

WYROK

Warszawa, dnia 27 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2024 r. przez wykonawcę **T.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Inwest Realizacja Inwestycji T.P. z siedzibą w Toruniu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Airko Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łędzinach**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Odwołującego** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczonej przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

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 4563/24

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. *Wykonanie instalacji klimatyzacji w pomieszczeniach biurowych — O/Koszalin*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 września 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00511686/01.

W dniu 3 grudnia 2024 r. wykonawca T.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Inwest Realizacja Inwestycji T.P. z siedzibą w Toruniu, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

a.art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, która nie była najkorzystniejsza oraz odrzuceniu najkorzystniejszej (z niepodlegających odrzuceniu) oferty Odwołującego;

b.art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że nie zawiera rażąco niskiej ceny, a Odwołujący złożył ofertę z ceną rynkową i wyjaśnił wszelkie wątpliwości w tym zakresie oraz poprzez odrzucenie oferty na podstawie ustaleń Zamawiającego niemających charakteru związanego z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny, a polegających na uznaniu za niewiarygodne wyjaśnień Odwołującego w zakresie przewidywanego czasu potrzebnego na wykonanie czynności konserwacyjnych urządzeń;

c.art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza, tj. oferta Odwołującego zawiera korzystniejszą cenę stanowiącą 100% kryterium oceny ofert;

d.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez powołanie tej podstawy prawnej jako przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy z treści czynności nie wynika, by oferta Odwołującego została uznana za niezgodną z warunkami zamówienia, a także w sytuacji, gdy czas wykonania usług związanych z konserwacją i naprawą urządzeń nie stanowił warunków udzielenia zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego, ponownego przeprowadzenia badania i oceny ofert w postępowaniu,

Pismem z dnia 17 grudnia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: specyfikację warunków zamówienia, ofertę i wyjaśnienia Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny, informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych i wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 23 grudnia 2024 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego przez Zamawiającego dowodu z opinii biegłego. Izba wobec przedstawionych stanowisk, biorąc pod uwagę przedstawioną argumentację na rozprawie, postanowiła wniosek oddalić. Stosownie bowiem do art. 541 ustawy Pzp, przeprowadzenie tego dowodu prowadziłoby do zbędnej zwłoki w postępowaniu, a ponadto istnieje obiektywna możliwość wydania rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie bez odwoływania się do wiedzy specjalisty, w oparciu o inne dowody, w tym przede wszystkim biorąc pod uwagę dokumentację z postępowania o zamówienie publiczne. W ocenie Izby, zgromadzony materiał dowodowy pozwala na wydanie wyroku.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z przesłuchania świadka, bowiem fakty będące jego przedmiotem mogą zostać stwierdzone innymi dowodami. Ponadto, Izba uznała, że okoliczności, które miałyby zostać dowiedzione za pomocą wskazanego dowodu, powinny stanowić przedmiot wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z referencji wystawionych na rzecz Odwołującego. Izba uznała, że ww. dowód jest nieprzydatny dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Dotyczy bowiem danych, które nie są przedmiotem oceny w toku niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na wykonaniu instalacji klimatyzacji w systemie VRF w pomieszczeniach biurowych Oddziału ZUS w Koszalinie, zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych oraz usługi konserwacji i przeglądów gwarancyjnych zainstalowanych urządzeń instalacji klimatyzacji.

Jak stanowi §3 ust. 12 Projektowanych postanowień umowy - Załącznik nr 9 do specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, *Zakres czynności, które należy wykonać w trakcie przeglądów i konserwacji: Czyszczenie filtrów, Czyszczenie skraplacza, Czyszczenie i dezynfekcja parownika, Czyszczenie styków podzespołów automatyki i sterowania, Sprawdzenie sterowania i sygnalizacji urządzeń, Kontrola szczelności połączeń układów, Kontrola szczelności układu odprowadzania skroplin, Kontrola przewodów i izolacji pod względem uszkodzeń mechanicznych, Regulacja parametrów chłodniczych, Kontrola stanu napełnienia czynnikiem chłodniczym i ewentualne dopełnienie instalacji chłodniczych freonem, Regulacja automatyki i sterowania dostosowana do potrzeb indywidualnych.*

Zgodnie z Rozdziałem pkt 7.2.2 SWZ, Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryterium ceny ofert: cena – waga 100%.

Stosownie do pkt 15.1 SWZ *Wykonawca podaje cenę oferty w sposób określony w pkt 1.2. Formularza oferty (Załącznik nr 1 do SWZ). Wykonawca winien podać łączną wartość zamówienia (tj. za roboty budowlane polegające na wykonaniu instalacji klimatyzacji w pomieszczeniach biurowych w Oddziale ZUS w Koszalinie oraz za usługi konserwacji i przeglądów gwarancyjnych zainstalowanych urządzeń instalacji klimatyzacji), a także:*

5.1.1. wartość zamówienia za roboty budowlane polegające na wykonaniu instalacji klimatyzacji w pomieszczeniach biurowych w Oddziale ZUS w Koszalinie, która powinna wynikać z załączonego kosztorysu ofertowego (zgodnie z pkt 1.2.1. Formularza oferty),

5.1.2. wartość zamówienia za usługi konserwacji i przeglądów gwarancyjnych zainstalowanych urządzeń instalacji klimatyzacji, która powinna wynikać z formularza cenowego (zgodnie z pkt 1.2.2. Formularza oferty).

Jak stanowi pkt 5.12 SWZ *Wykonawca kalkulując cenę oferty winien uwzględnić wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w szczególności:*

- 5.12.1. wszystkie roboty objęte przedmiotem zamówienia,
- 5.12.2. wszelkie koszty związane z organizacją robót budowlanych oraz koszty wywozu nieczystości stałych,
- 5.12.3. w przypadku powierzenia części zamówienia osobom trzecim, także koszt zaangażowania Podwykonawców,
- 5.12.4. wszystkie inne, nie wymienione wyżej ogólne koszty, które mogą wystąpić w związku z wykonywaniem robót budowlanych (prowadzonych zgodnie z warunkami umowy i obowiązującymi przepisami),
- 5.12.5. koszty związane z wykonaniem obowiązków w okresie rękojmi i gwarancji w zakresie określonym umową,
- 5.12.6. rabaty i upusty,
- 5.12.7. inne koszty mające wpływ na realizację przedmiotu zamówienia, takie jak: koszty administracyjne, w tym ubezpieczenie i nadzór, opłaty i podatki oraz inne nie wymienione koszty niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia,
- 5.12.8. stawkę roboczogodziny netto skalkulowaną z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia na umowę o pracę oraz kosztami, o których mowa w § 6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczenia planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2021 r. poz. 2458) tj. m.in. obligatoryjne obciążenia płac.

Izba ustaliła, że wartość szacunkowa udzielanego zamówienia, zgodnie z protokołem postępowania, została ustalona na kwotę 3 126 010,15 zł. Oferta Odwołującego opiewała na kwotę 2 219 772,60 zł brutto, z czego cena za usługi konserwacji i przeglądów gwarancyjnych zainstalowanych urządzeń instalacji klimatyzacji na kwotę 30 000 zł brutto, a oferta wykonawcy Airko Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łędzinach na kwotę 2 382 766,50 zł brutto, z czego cena za usługi konserwacji i przeglądów gwarancyjnych zainstalowanych urządzeń instalacji klimatyzacji na kwotę 177 894,90 zł brutto.

Pozostali wykonawcy zaoferowali za usługi konserwacji i przeglądów gwarancyjnych zainstalowanych urządzeń instalacji klimatyzacji następujące kwoty:

- a. 482 775 zł brutto - F.H.U. BIO-KLIMA.J.
- b. 348 000 zł brutto - Artcomfort T.S.
- c. 115 866 zł brutto - Zakład Wentylacji i Klimatyzacji KLIMATEX M.K.
- d. 98 400 zł brutto - N3M Sp. z o.o.
- e. 195 508,50 zł brutto - H.M. VMINVEST
- f. 157 000 zł brutto - Lagom Sp. z o.o.
- g. 289 050 zł brutto - Biuro Projektowo-Usługowe WIK K.A.

Zamawiający wskazał, iż przeznaczy na sfinansowanie przedmiotu zamówienia kwotę 3 844 992,49 zł brutto.

Pismem z dnia 30 października 2024 r. r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podnosząc, że *Zaoferowana przez Pana cena oraz jej istotna część składowa, tj. cena za usługi konserwacji i przeglądów gwarancyjnych zainstalowanych urządzeń instalacji klimatyzacji wydają się rażąco niskie i budzą uzasadnione wątpliwości, co do możliwości rzetelnego, niewadliwego i jakościowego wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Całkowita cena oferty: 2 219 772,60 zł jest niższa o 42,27% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, wynoszącej 3 844 992,49 zł. Cena usług konserwacji i przeglądów gwarancyjnych wskazana w ofercie: 30 000,00 zł, jest niższa o 94,33% od wartości zamówienia wynoszącej 528 800,00 zł. W związku z powyższym prosimy o udzielenie szczegółowych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oraz jej istotnej części składowej, tj. ceny za usługi konserwacji i przeglądów gwarancyjnych, oraz złożenie stosownych dowodów.*

W odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 4 listopada 2024 r. Odwołujący przedłożył wyjaśnienia, załączając następujące dokumenty: umowy handlowe na materiały i urządzenia oraz umowy pracowników wraz z aneksami i uprawnieniami.

Pismem z dnia 13 listopada 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień konkretyzujących w przedmiocie rażąco niskiej ceny, wskazując *Pismem z 30 października zwróciliśmy się do Pana z prośbą o złożenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy zaoferowana przez Pana cena oraz jej istotna część składowa, tj. cena za usługi*

konserwacji i przeglądów gwarancyjnych zainstalowanych urządzeń instalacji klimatyzacji wydają się rażąco niskie i budzą uzasadnione wątpliwości, co do możliwości rzetelnego, niewadliwego i jakościowego wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Pana wyjaśnienia otrzymaliśmy 4 listopada. W naszej ocenie złożone wyjaśnienia należy doprecyzować w przedmiocie przedstawionej kalkulacji kosztów za usługi konserwacji i przeglądów gwarancyjnych zainstalowanych urządzeń instalacji klimatyzacji. W związku z tym prosimy o:

1. wyjaśnienie, czy przedstawiona kalkulacja jednego serwisu uwzględnienia cały zakres czynności do wykonania w trakcie przeglądu i konserwacji 157 urządzeń (zgodnie z Pana ofertą cena brutto za wykonanie jednej usługi konserwacji i przeglądu gwarancyjnego zainstalowanych urządzeń instalacji klimatyzacji wynosi: 3 000,00 zł brutto, natomiast według złożonych wyjaśnień: 2 190 zł brutto) ?

2. wskazanie czy przyjęty do kalkulacji czas 8 godzin jest wystarczający na wykonanie usługi w uwzględnieniem przerw ?

3. wskazanie liczby osób, które będą realizowały przedmiotową usługę oraz liczby dni realizacji jednej usługi serwisu.

4. określenie czasu wykonania poszczególnych czynności zgodnie z zakresem przeglądu i konserwacji wykazany w przedmiocie umowy (§ 3 ust. 12 projektowanych postanowień umowy) dla jednej jednostki wewnętrznej i jednej jednostki zewnętrznej.

Odwolujący na ww. pismo odpowiedział w dniu 15 listopada 2024 r. wskazując, że sam koszt, który zostanie poniesiony przez wykonawcę wynosi 2 190 zł brutto, na który składają się:

- koszt dojazdu do Koszalina (obie strony) – 1 000,00 zł,
- koszt zakupu chemii, środków dezynfekujących, materiałów potrzebnych do wykonania konserwacji – 800,00 zł,
- koszt zatrudnienia pracownika w zakresie wyliczenia kosztu jednego delegowania do tych czynności (wynagrodzenie – 240,00 zł, dieta za podróż służbową – 90,00 zł, nocleg – 60,00 zł).

Odwolujący wyjaśnił, że przedmiotowe usługi wykonywane będą przez: - dwie osoby - pracownika oraz właściciela firmy albo dwóch pracowników, które będą realizowały usługę w ciągu jednego dnia, tj. 8 godzin, z uwzględnieniem przerw albo - jednego pracownika, który realizował będzie usługę w dwa dni, w wymiarze po 8 godzin dziennie, z uwzględnieniem przerw. W treści wyjaśnień Odwołujący wskazał, że przyjęty do kalkulacji czas na wykonanie serwisu w sposób rzetelny, niewadliwy oraz jakościowy jednego urządzenia to 5-6 minut.

Zamawiający w dniu 28 listopada 2024 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Airko Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łędzinach oraz odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, podnosząc, że *określony przez wykonawcę w wyjaśnieniach czas wykonania usługi serwisowej jednego urządzenia 5-6 minut, wskazuje na przyjęcie przez Wykonawcę niewłaściwych założeń co do sposobu realizacji zamówienia, w wyniku czego:* ☐ *treść oferty jest niezgodna w warunkami zamówienia,* ☐ *nie jest możliwa prawidłowa realizacja przedmiotu zamówienia za określoną w ofercie kwotę, tj. 30 000,00 zł. Wykonawca nie wykazał więc realności i wiarygodności zaoferowanej ceny.*

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Airko Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łędzinach, dalej „Przystępujący”.

Następnie, Izba stwierdziła, że w postępowaniu zgłoszenie przystąpienia zgłosił wykonawca Lagom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie.

Izba postanowiła nie dopuścić ww. wykonawcy do postępowania odwoławczego z uwagi na niedopełnienie obowiązków dotyczących wskazania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Należy podkreślić, że interes z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp jest pojęciem szerszym niż interes we wniesieniu odwołania

(art. 505 ust. 1 ustawy Pzp), zatem co do zasady nie jest konieczne wykazywanie przez zgłaszającego przystąpienie, że uzyskanie rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje umożliwi mu wprost uzyskanie zamówienia. Dla uzyskania statusu przystępującego wystarczające będzie zainteresowanie wynikiem sprawy, zgodnie ze stanowiskiem strony, do której zgłasza się przystąpienie. Skoro tak, to wystarczający dla uznania skuteczności przystąpienia jest interes zgłaszającego przystąpienie polegający na oczekiwaniu, że w związku z rozstrzygnięciem odwołania na korzyść Zamawiającego, postępowanie o udzielenie zamówienia będzie prowadzone prawidłowo, zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w sytuacji gdy wykonawca złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Powyższe twierdzenia nie zostały wskazane przez wykonawcę Lagom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie w zgłoszeniu przystąpienia.

Wykonawca podkreślał jedynie w odniesieniu do materiału filmowego załączonego do odwołania, że *Tak przeprowadzony "pokaz " nie przegląd techniczny , stawia naszą branżę profesjonalną w złym świetle w oczach Inwestorów przez co znacznie zaniża świadomość Inwestorów o ewentualnych kosztach i procesach technicznych z tym związanych. W naszym interesie jest aby nie rozpowszechniać takich prezentacji technicznych nieprawidłowego przeprowadzania przeglądów i konserwacji urządzeń wraz z zaniżeniem po przez to cen usług.*(pisownia oryginalna).

Izba podkreśla, że pojęcie interesu wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje nie jest nieograniczone pod względem zakresu przedmiotowego. W ocenie składu orzekającego, wykonawca będzie miał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, jeśli można racjonalnie stwierdzić, że określone orzeczenie Izby będzie miało znaczenie dla danego wykonawcy. W zgłoszeniu przystąpienia wykonawcy Lagom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie brak takiej argumentacji. Fakt istnienia interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje wykonawca nie może wynikać wyłącznie z domniemania Izby, skoro wykonawca jest zobowiązany do jego wskazania.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie podlega oddaleniu

Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwolujący podnosił, że przyjęty zakres czasowy, tj. 5-6 minut na wykonanie usługi serwisowej jednego urządzenia jest wystarczający do wykonania wszystkich wymaganych czynności. Na potwierdzenie powyższego załączono do odwołania filmy przedstawiające pracownika Odwołującego wykonującego wszystkie czynności we wskazanym czasie.

Zamawiający wskazywał, że przyjęcie przez Odwołującego niewłaściwych założeń co do sposobu realizacji zamówienia, spowodowało, że wycena istotnej części składowej, tj. ceny za usługi konserwacji i przeglądów gwarancyjnych zainstalowanych urządzeń instalacji klimatyzacji, jest na tyle niska, że ma wpływ na zaniżenie ceny całkowitej, przez co zaoferowana cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

W ocenie składu orzekającego z powyższym stanowiskiem Zamawiającego należy się zgodzić.

Na wstępie należy wskazać, że oferta Odwołującego za usługi konserwacji i przeglądów gwarancyjnych zainstalowanych urządzeń instalacji klimatyzacji wyniosła 30 000,00 zł brutto, czyli jest to oferta cenowa w ogóle niezblizna do ofert pozostałych wykonawców. U pozostałych podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia składowa część ceny oferty związana z wykonywaniem w czasie trwania gwarancji serwisu wahała się od 98 400,00 zł (jak słusznie zauważył Przystępujący dotyczy to oferty podmiotu mającego siedzibę w Koszalinie, tak jak oddział Zamawiającego) do 482 775,000 zł. Średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert w tym zakresie, uwzględniając ofertę Odwołującego to 210 499,38 zł. Kwota wskazana przez Odwołującego, tj. 30 000,00 zł, zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, jest niższa o 94,33% od tej wartości zamówienia wynoszącej 528 800,40 zł.

Jak zwraca się uwagę w doktrynie i orzecznictwie cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia jego specyfiki, jak też jest ceną nierynkową, tj. nie występuje na danym rynku, na którym poziom cen wyznaczany jest między innymi poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym. Oznacza to tyle, że aby doszło do odrzucenia oferty należy w sposób jednoznaczny ustalić, że w okolicznościach danej sprawy, wykonawca zaoferował taki jej poziom, że nie będzie w stanie za tę cenę zamówienia zrealizować. Ceny podane przez innych wykonawców w zakresie serwisu w

niniejszym postępowaniu potwierdzają, że kwota Odwołującego jest nierealistyczna.

Po drugie, zaoferowana w ramach serwisu kwota dotyczy, zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego, czynności konserwacyjnych w czasie 5-6 minut. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, na podstawie uzyskanych informacji czas przeglądu jednego urządzenia (dotyczy zarówno jednostki zewnętrznej jak i wewnętrznej), w zakresie zbliżonym do wymagań przedstawionych w SWZ trwa około 30 minut. Powyższe potwierdzają również wyjaśnienia złożone w postępowaniu przez innych wykonawców: Zakład Wentylacji i Klimatyzacji KLIMATEX M.K. oraz Airko Sp. z o. o., którzy wskazali, że czas potrzebny na wykonanie usługi konserwacji i przeglądu gwarancyjnego jednego urządzenia, zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, wynosi średnio 48-60 minut.

Ponadto, szereg instrukcji urządzeń różnych producentów potwierdza, że sama czynność konserwacyjna trwa dłużej niż 5 minut, bowiem poprzedzona jest dodatkowymi czynnościami. Dla przykładu w Instrukcji obsługi klimatyzatora pokojowego Daikin zawarto postanowienie dotyczące czynności konserwacyjnych i serwisowych, a dokładnie czyszczenia filtrów powietrza, które brzmi: „Mocz je w ciepłej wodzie przez około 10-15 min”. W Dokumentacji techniczno-ruchowej klimatyzatora SPLIT podmiotu SONNIGER jest napisane: „Podczas czyszczenia należy wyłączyć urządzenie i odłączyć zasilanie na ponad 5 min”. Również w Instrukcji montażu i obsługi Jednostki zewnętrznej VRF serii LV-XEO / LV-EO producenta LENNOX (urządzenia zaoferowane przez Odwołującego) widnieje postanowienie: „Podczas prac związanych z konserwacją i naprawą falownika: Nie otwierać pokrywy skrzynki elektrycznej przez 5 min od wyłączenia zasilania”. Rację należy przyznać Odwołującemu, że pracownik po wyłączeniu zasilania może wykonywać czynności w kolejnych urządzeniach, nie czekając beczynnie na upływ czasu. Niemniej nie oznacza to, że w ciągu 5 minut wykonawca jest w stanie wykonać konserwację urządzenia.

Po trzecie, okoliczność podnoszona w odwołaniu, że cena całkowita Odwołującego nie różni się znacznie od ceny Przystępującego, a wszystkie złożone oferty wahały się od 2.198.899,60 zł do 2.995.249,22 zł, pozostaje irrelevantna dla niniejszej sprawy. Należy wskazać, że ustalenia, co do rażąco niskiej ceny można odnosić do oferowanych składowych cen, dotyczy to sytuacji, gdy mogą one zaważyć na należytych wykonaniu przyszłej umowy. Art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie precyzuje okoliczności, które mogą powodować po stronie zamawiającego wątpliwości, a jedynie wskazuje na to, że w sytuacji, gdy takie poweźmie, m.in. co do cen istotnych części składowych, które w jego ocenie mogą stwarzać zagrożenie, że przedmiot zamówienia nie zostanie wykonany zgodnie z postawionymi przez niego wymaganiami, jest obowiązany zażądać od wykonawców wyjaśnień. Oznacza to, że Zamawiający mając m.in. na uwadze dokonaną przez siebie analizę cen na rynku, własne doświadczenie przy udzielaniu podobnych zamówień, ceny złożonych w postępowaniu ofert, a przede wszystkim specyfikę zamówienia, dokonuje oceny pozyskanych ofert w aspekcie możliwości należytego wykonania umowy za podane w nich ceny i - w razie powzięcia w tym zakresie wątpliwości - występuje do wykonawców o wyjaśnienia tych cen.

Ocena wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych obejmuje dwa aspekty, tj. nie tylko formalny (pod względem zgodności treści wyjaśnień z żądaniem wynikającym z wezwania), ale też materialny, polegający na badaniu treści wyjaśnień i załączonych dowodów pod względem ich rzetelności i możliwości wykonania za nią przedmiotu zamówienia. W związku z tym złożenie przez wykonawcę wyłącznie wyjaśnień o charakterze ogólnym jest niewystarczające dla uzasadnienia ceny oferty. Wezwanie Odwołującego do wyjaśnień ceny stworzyło bowiem domniemanie, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę. Obalenie tego domniemania obciążało Odwołującego. (vide wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1452/22).

Jakkolwiek różnice w cenach poszczególnych ofert mogą być wynikiem różnych czynników indywidualnie związanych z danym podmiotem np. warunków technicznych, organizacyjnych, ekonomicznych, czy finansowych w jakich działa wykonawca, kosztów związanych z zatrudnieniem osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia, odległości miejsca prowadzenia działalności wykonawcy od miejsca świadczenia zamówienia, to jednak zważywszy na specyfikę zamówienia oraz okoliczność, że Odwołujący zaoferował w analizowanym postępowaniu tak niską cenę za usługi konserwacji, której rzetelności nie wykazał w składanych wyjaśnieniach, nie można przyjąć, że jest ona rynkowa.

Po czwarte, zgodnie z art. 537 pkt 1 Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. W konsekwencji należy przyjąć, że rolą odwołującego się wykonawcy, który kwestionuje prawidłowość oceny złożonych przez niego wyjaśnień, jest udowodnienie przed Izbą, że były one prawidłowe, a tym samym, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty była błędna. Odwołujący nie powinien jednak przedstawiać nowych dowodów na potwierdzenie prawidłowości przedłożonej Zamawiającemu kalkulacji, zwłaszcza jeżeli zawierałyby one nieznane Zamawiającemu w dacie rozstrzygnięcia postępowania informacje.

Zatem, załączone do odwołania filmy z czynności konserwacyjnych winny zostać załączone do wyjaśnień. Tym bardziej, że biorąc pod uwagę, że wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego), Odwołujący winien

zdawać sobie sprawę, że na potwierdzenie realności poszczególnych cen zobowiązany jest dołączyć dowody. W szczególności w sytuacji gdy Zamawiający drugim wezwaniem wprost żądał wyjaśnienia, czy przedstawiona kalkulacja jednego serwisu uwzględnia cały zakres czynności do wykonania w trakcie przeglądu i konserwacji 157 urządzeń.

Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał realności i wiarygodności zaoferowanej ceny. Istotne jest bowiem to, aby sposób kalkulacji ceny zapewniał należyte wykonanie zamówienia. Przyjęcie przez wykonawcę niewłaściwych założeń co do sposobu realizacji zamówienia spowodowało, że wycena istotnej części składowej, tj. ceny za usługi konserwacji i przeglądów gwarancyjnych zainstalowanych urządzeń instalacji klimatyzacji, nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

Przypomnieć należy, że wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, zawierać uzasadnienie zaoferowanej ceny, w tym wskazanie okoliczności wpływających na zaoferowanie takiej a nie innej ceny oraz przede wszystkim potwierdzające jej realny charakter. Biorąc pod uwagę dwukrotne wyjaśnienia Odwołującego oraz pozyskane przez Zamawiającego informacje w zakresie usług serwisowych urządzeń instalacji klimatyzacji, należy uznać, że wykonanie serwisu jednego urządzenia w sposób rzetelny, niewadliwy oraz jakościowy w czasie 5-6 minut jest niemożliwe lub nieprawdopodobne do realizacji, co przekłada się na cenę usługi - nie jest możliwa prawidłowa realizacja przedmiotu zamówienia za określoną w ofercie kwotę, tj. 30 000,00 zł. Zatem, przyjęcie przez wykonawcę niewłaściwych założeń co do sposobu realizacji zamówienia, spowodowało, że wycena istotnej części składowej, tj. ceny za usługi konserwacji i przeglądów gwarancyjnych zainstalowanych urządzeń instalacji klimatyzacji, jest na tyle niska, że ma wpływ na zaniżenie ceny całkowitej, przez co zaoferowana cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

W związku z powyższym Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, uznając że odrzucenie oferty Odwołującego było prawidłowe.

W konsekwencji nie potwierdził się zarzut dokonania wyboru oferty wykonawcy, która nie była najkorzystniejsza. Tym samym nie sposób uznać, aby Zamawiający naruszył w kwestionowanym zakresie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ nie mógł zostać uwzględniony jako niemający żadnego wpływu na wynik rozstrzygnięcia.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, uznając że odrzucenie oferty Odwołującego było nieprawidłowe, stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający na podstawie ww. przepisu jest zobowiązany odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przez warunki zamówienia – zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Treść warunków zamówienia, to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia katalog potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania przez zawarcie i zrealizowanie z należyłą starannością umowy. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa.

Rzeczona niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w warunkach zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia. Możliwe być winno także wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami czy normami warunków zamówienia.

W tym miejscu wymaga podkreślenia, iż jakkolwiek Izba dostrzega ścisły związek między procedurą wyjaśnień poziomu ceny a treścią oferty wykonawcy, to jednak wywodzenie niezgodności oferty z warunkami zamówienia na podstawie wyjaśnień ceny nie będzie każdorazowo miarodajne czy też w ogóle możliwe bez uzyskania od wykonawcy dalszych wyjaśnień. Należy zaznaczyć, że przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia oraz jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia zostały uregulowane w odrębnych przepisach, a dla zaistnienia możliwości odrzucenia oferty na tych podstawach konieczne jest ziszczenie się innych rodzajowo okoliczności. Nie jest jednak tak, że na podstawie wyjaśnień ceny oferty nie mogą ujawnić się podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o inne przepisy ustawy Pzp, w tym np. art. 226 ust. 1 pkt 5. Nie można również wykluczyć sytuacji, w której zostaną spełnione łącznie przesłanki określone art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz 8 ustawy Pzp. Powyższe wymaga jednak szczegółowej analizy *ad casum*. (vide wyrok KIO z dnia 17 maja 2022 r. sygn. akt 936/22).

Przenosząc powyższe rozważania na niniejszy stan faktyczny należy wskazać, że Zamawiający nieprawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem nie wykazał, z którym to postanowieniem warunków zamówienia oferta Odwołującego jest niezgodna. Należy podkreślić, że możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami czy normami warunków zamówienia, a tego Zamawiający zaniechał. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 26 września 2024 r. sygn. akt KIO 2299/22 *Punktem wyjścia dla stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań dokumentacji postępowania sporządzonej w danym postępowaniu. Nie wystarczy więc stwierdzić niezgodności oferty z niewyartykułowanymi w SWZ intencjami zamawiającego lub oczekiwanym przez niego sposobem rozumienia dokumentacji postępowania, którego w niej nie ujawniono. Jeżeli zamawiający nie jest w stanie wprost wskazać treści dokumentacji zamówienia, z którą oferta jest sprzeczna, takie odrzucenie jest wadliwe. Zamawiający może zastosować sankcję w postaci odrzucenia oferty wyłącznie wtedy, gdy jest w stanie wykazać, co w ofercie wykonawcy nie jest zgodne z warunkami zamówienia i w jaki sposób ta niezgodność występuje - w konfrontacji z klarownie wskazanymi wymaganiami SWZ.*

Niemniej z uwagi na fakt, iż oferta Odwołującego, w ocenie składu orzekającego, i tak podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, uwzględnienie odwołania w powyższym zakresie nie miałoby wpływu na wynik. Zgodnie z artykułem 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:.....