

**WYROK**

Warszawa, dnia 26 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: **Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2024 r. przez wykonawcę **Orona Sp. z o.o.**

**z siedzibą w Krakowie, ul. Ciepłownicza 28, 31-574 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Przybyszewskiego 102/104, 51-148 Wrocław**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **LIFT-SYSTEM s.c. D.T., A.T. z siedzibą w miejscowości Wilkowice, Wilkowice 1A, 55-020 Żórawina**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Orona Sp. z o.o.**

**z siedzibą w Krakowie, ul. Ciepłownicza 28, 31-574 Kraków** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Orona Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Ciepłownicza 28, 31-574 Kraków** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **4 339 zł 20 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta trzydzieści dziewięć złotych dwadzieścia groszy) poniesioną przez **Towarzystwo Budownictwa Społecznego**

**Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Przybyszewskiego 102/104,**

**51-148 Wrocław** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

2.2. zasądza od wykonawcy **Orona Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,**

**ul. Ciepłownicza 28, 31-574 Kraków** na rzecz **Towarzystwa Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,**

**ul. Przybyszewskiego 102/104, 51-148 Wrocław** kwotę **4 339 zł 20 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta trzydzieści dziewięć złotych dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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:.....**

**Uzasadnienie**

Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Usługi w zakresie wykonywania konserwacji dźwigów osobowych zamontowanych w budynkach mieszkalnych TBS Wrocław Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz całodobowego dyżuru pogotowienia dźwigowego i usuwania usterek technicznych”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 kwietnia 2024 r. pod numerem publikacji ogłoszenia 199291-2024 (numer wydania Dz.U. S: 67/2024).

W dniu 22 lipca 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Orona Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Lift-System s.c. D. Tarka, A. Tarka z siedzibą w Żórawinie, zwanego dalej „wykonawcą Lift-System”, dla zadania nr 4, dla zadania nr 5 oraz dla zadania nr 6, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5, 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

wykonawcy Lift-System (w zadaniu nr 4, 5 oraz 6) w sytuacji, gdy oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień nie udowodnił i nie wykazał, aby zaoferowana cena i koszty (w tym ich części składowe) nie były rażąco niskie;

2.art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5, 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad nieuczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawcy, uznając ofertę wykonawcy (w zadaniu nr 4, 5 oraz 6) za niebudzącą wątpliwości w zakresie ceny co doprowadziło do zaniechania uznania oferty tego wykonawcy za zawierającą rażąco niską cenę, zaś samo złożenie oferty w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia ww. oferty;

3.art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Lift-System (w zadaniu nr 4, 5 oraz 6) jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta złożona przez wykonawcę Lift-System jako zawierająca cenę rażąco niską powinna zostać odrzucona, a w jej miejsce za najkorzystniejszą winna zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu w ramach zadań nr 4, 5 oraz 6;
- 2.nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Lift-System w związku z faktem, że zaproponowana cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej;
- 3.orzeczenie na rzecz Odwołującej się uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności koszty uiszczanego wpisu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., iż Zamawiający dnia 15 maja 2024 r. wezwał wykonawcę Lift-System do wyjaśnień istotnych części składowych ceny oferty dla Zadania nr 3, dla Zadania nr 4, dla Zadania nr 5 oraz dla Zadania nr 6. Wyjaśnienia miały dotyczyć właśnie zaoferowanej godzinowej stawki roboczogodzinnej kosztorysowej, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej stawki w złożonej ofercie. W wezwaniu tym Zamawiający wskazał, że dla zadania nr 4 zaoferowana przez wykonawcę stawka roboczogodziny kosztorysowej wraz z narzutami wynosi 60,84 zł i jest niższa o 80,30% od średniej arytmetycznej stawki roboczogodziny kosztorysowej wszystkich złożonych ofert dla Zadania nr 4. Dla zadania nr 5 zaoferowana przez wykonawcę stawka roboczogodziny kosztorysowej wraz z narzutami wynosi 60,84 zł i jest niższa o 80,30% od średniej arytmetycznej stawki roboczogodziny kosztorysowej wszystkich złożonych ofert dla Zadania nr 5. Natomiast dla zadania nr 6 zaoferowana przez wykonawcę stawka roboczogodziny kosztorysowej wraz z narzutami wynosi 60,84 zł i jest niższa o 80,30% od średniej arytmetycznej stawki roboczogodziny kosztorysowej wszystkich złożonych ofert dla Zadania nr 6.

Zamawiający udostępnił Odwołującemu treść udzielonych wyjaśnień, które nie pozwalają na przyjęcie, że wykonawca Lift-System wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, oprócz umów o pracę, które potwierdzałyby wyliczenia wykonawcy i pozwalały uznać, że oferta została skalkulowana rzetelnie i nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca Lift-System lakonicznie wskazał, że: stawka roboczogodziny kosztorysowej wynosi 32,00, koszty paliwa wynoszą 22,40, sprzęt i środki czystości wynoszą 2,15 a zysk wynosi 4,29.

Wykonawca Lift-system w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że „każdy z Wykonawców, przygotowując ofertę, mógł wziąć pod uwagę zupełnie inne aspekty zamówienia. Każdy z Wykonawców ma własne zasady co do polityki cenowej, funkcjonuje na zupełnie innych zasadach polityki cenowej” w żaden sposób nie uzasadniając tego szerzej, aby oferta przez niego przedstawiona nie budziła wątpliwości. Na cenę godzinowej stawki roboczogodziny kosztorysowej wraz z narzutami ma wpływ szereg różnych czynników, nie tylko koszty paliwa (wskazane lakonicznie) czy umowy o pracę, w których zdaniem Odwołującego stawki w nich wskazane są nierynkowe i nie jest możliwe, że osoby, które posiadają uprawnienia do konserwacji dźwigów elektrycznych, nadane przez jednostkę dozoru technicznego, zgodnie z ustawą z dnia 21 grudnia 2000r. o dozorcze technicznym (Dz.U z 2019r., poz.667) oraz świadectwo kwalifikacji E i D rozszerzone do wykonywania pomiarów elektrycznych zarabiały 6.176,46 zł brutto. Odwołujący z uwagi na rozwój firmy prowadzi regularne rekrutacje i rozmowy kwalifikacyjne z kandydatami posiadającymi odpowiednie uprawnienia konserwatorskie i nie spotkał się z zarobkami poniżej 8000 zł. Z wywiadów z kandydatami wynika ponadto, że niektóre z konkurencyjnych podmiotów stosują skomplikowane schematy wynagradzania, przy czym na umowie o pracę wykazują stawki niższe, a istotne części wynagrodzenia są realizowane za pomocą różnych schematów (umowy zlecenia, płatności z podmiotów powiązanych, wypłaty gotówką itd.). Nie jest również możliwe, aby od 2 lat Lift-System nie zaktualizował stawek wynagrodzenia wysokokwalifikowanym pracownikom, dla których istnieje głęboki deficyt na rynku pracy, przy czym był to okres najwyższej od dziesięcioleci inflacji w Polsce a także najwyższej dynamice wzrostu wynagrodzeń. Zatem pracownicy otrzymali podwyżki, których Lift-System s.c. nie wskazał.

Umowy o pracę zawierają zapisy o premii uznaniowej, ale nie jest znana wysokość ani częstotliwość jej wypłaty.

Nieznane są także inne komponenty motywacyjne do wynagrodzeń konserwatorów Lift-System (np. Benefit). Nie znane są koszty wynagrodzenia za pełnione dyżury. Ostatnie aneksy do umów są sprzed 1,5 roku - 2 lat, najwyższe odczyty inflacji były notowane w 2022 r. oraz 2023 r., wtedy także najdynamiczniej rosły wynagrodzenia. Brak aktualizacji wynagrodzenia od tego czasu.

Odwołujący przedstawił zestawienie kosztów, które wziął pod uwagę przy wycenie stawki godzinowej za roboczogodzinę i zestawił je z ceną wykonawcy Lift-System. Z przedstawionej w uzasadnieniu odwołania tabeli wynika jednoznacznie, że wykonawca Lift-System nie tylko nie uwzględnił wielu czynników cenotwórczych, ale samo przeliczenie stawki wynagrodzenia jego pracownika na roboczogodzinę daje kwotę 48,87 zł, co jednoznacznie wskazuje, że zaferowana stawka jest rażąco niska.

Odwołujący podkreślił także, że wynagrodzenie nie jest jedynym czynnikiem kosztowym związanym z zatrudnieniem. Dochodzą do niego takie koszty jak: koszt leasingu/ amortyzacji pojazdów, badań okresowych, szkoleń obowiązkowych (służba BHP), amortyzacji i utrzymywania narzędzi, utrzymywania systemów IT, usług jak np. parkingi miejskie, odzież roboczej, środków ochrony indywidualnej, uzyskania uprawnień zawodowych, utrzymania magazynu oraz lokali itp. Te koszty w przełożeniu na wycenę godziny mogą stanowić nawet 80% wysokości ceny. Zakładając zatem średni zarobek konserwatora wraz z kosztem wynagrodzenia po stronie pracodawcy na poziomie - koszt 1 rbg wyniesie powyżej 60 zł. Do tego należałoby dodać koszty pośrednie oraz zysk. W oparciu o rzeczywiste koszty pracy sposób Odwołujący skalkulował cenę roboczogodziny do przetargu.

Odwołujący podkreślił także, że ciężar udowodnienia, że ofertowa cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy. Z uwagi na aktualną sytuację rynkową, nie jest możliwe, aby wykonawca Lift-System zrealizowała przedmiotowe zadanie w sposób należyty, uwzględniający jego kompleksowy charakter, a nade wszystko wymogi przewidziane powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, za godzinową stawkę robocizny kosztorysowej wskazaną w ofercie.

Odnosnie zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji w ofercie wykonawcy Lift-System Odwołujący podniósł, że przedstawione okoliczności świadczące o przedstawieniu w ofercie wykonawcy Lift-System ceny rażąco zaniżonej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, należy działanie wykonawcy zakwalifikować także jako czyn nieuczciwej konkurencji. Zachowanie wykonawcy Lift-System polega bowiem na utrudnianiu innym przedsiębiorcom – pozostałym oferentom w postępowaniu – dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku. Niewątpliwie, takie działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk, a to w związku z art. 15 ust. 1 pkt. 1) uznk Wykonawca Lift-System, przedstawiając wartość godzinowej stawki roboczogodziny, skalkulował ją znacznie poniżej rynkowych kosztów jej wykonania. Nie uwzględniono nie tylko istotnych elementów kosztowych – takich jak koszty pracodawcy związane z narzutami pracowniczymi, a także elementów związanych z dostępnością i bieżącą eksploatacją sprzętu, szkoleniami, materiałami. Zawarta w ofercie stawka roboczogodziny wraz z narzutami naraża na znaczne zachwianie konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami na lokalnym rynku. Jednocześnie Odwołujący podniósł, że jednym z najczęściej ujawnianych czynów nieuczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych jest manipulowanie ceną lub jej częściami. Za czyn nieuczciwej konkurencji może być uznane takie działanie, które polega na manipulowaniu ceną oferty, np. poprzez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia. Nadto dodał, że na rynku wrocławskim, na którym realizowane ma być zamówienie, średnie wynagrodzenie takiego pracownika – konserwatora z wyżej wymienionymi uprawnieniami oscyluje wokół kwoty 8000 zł brutto (w tym miejscu wskazuje się przeciętne wynagrodzenie konserwatora, ale w zależności od pracodawcy może być ono znacząco wyższe), jednak należy do tego doliczyć jeszcze odpowiednie dodatki, które będą jeszcze zwiększać średnie wynagrodzenie konserwatora. Obszerny Raport Płacowy firmy Randstad z porównaniem wynagrodzeń w roku 2021, wg miast oraz stanowisk. W raporcie tym na stronie 62 (Wrocław) jest prognozowane wynagrodzenie dla stanowiska „inżynier serwisu (mobilny)”, które odpowiada stanowisku Konserwatora Dźwigów. Przeciętne wynagrodzenia sprzed 4 lat dla tego stanowiska wynosiło 7000 zł (min.) – 8000 zł (maks.). W obecnych czasach średnie wynagrodzenie zasadnicze w tej branży kształtuje się na poziomie 9000 zł brutto. Nie należy przy tym zapominać o dodatkowych kosztach, które w związku z zatrudnieniem pracownika ponosić pracodawca tzw. koszty pracodawcy. Tak więc do samego wynagrodzenia pracownika powiększonego o koszty pracodawcy, należy także doliczyć koszty niezbędnych materiałów oraz paliwa i inne koszty związane z eksploatacją pojazdów tak, aby wykonawca mógł dotrzeć do miejsca, w którym świadczone mają być usługi.

Zamawiający w dniu 24 lipca 2024 r. przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej.

W dniu 25 lipca 2024r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Lift-System s.c. D. Tarka, A. Tarka z siedzibą w Żórawinie, zwany dalej „Przystępującym”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 21 sierpnia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z złożonym spisem kosztów.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Lift-System s.c. D. Tarka, A. Tarka z siedzibą w Żórawinie, zwanego dalej „Przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U.

z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji,

o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez Strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny (tożsamy dla wszystkich zarzutów):

Zamawiający w Rozdziale XIV „OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY OFERTY” podał, że:

„1. Cenę oferty dla poszczególnych zadań stanowić będzie: suma wynagrodzenia brutto za wykonanie usług konserwacji dźwigów lub platform schodowych przez okres 24 miesiące, które należy wyliczyć w sposób określony w tabeli formularza ofertowego, stanowiącego odpowiednio załącznik nr 1.1 – 1.6 do SWZ, (24 miesiące x miesięczne wynagrodzenie brutto za usługi konserwacji) powiększone o kwotę ryczałtową brutto określona przez Zamawiającego na naprawy dźwigów odpowiednio dla: (...)

2. Ceny brutto wszystkich elementów zamówienia należy skalkulować w sposób jednoznaczny, tzn. uwzględnić ewentualne oferowane upusty, koszty transportu, koszty ubezpieczenia, podatku VAT, gwarancji, rozmieszczenia, instalacji, montażu oraz prezentacji przedmiotu zamówienia (jeśli dotyczy) w siedzibie Zamawiającego oraz wszystkie inne niewymienione koszty, niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. (...).”

Wartość zamówienia oszacowano na 1 156 773,80 zł, co stanowi równowartość 249 460,61 euro, z podziałem na części, w tym:

- zadanie 4 - 453 315,60 zł, co stanowi równowartość 97 758,43 euro,

- zadanie 5 – 242 226,40 zł, co stanowi równowartość 52 236,61 euro,

- zadanie 6 – 51 686,20 zł, co stanowi równowartość 11 146,23 euro.

Zamawiający przed otwarciem ofert udostępnił kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 1 156 773,80 zł brutto, w tym na sfinansowanie:

- zadania 4 w wysokości 489 580,85 zł brutto,

- zadania 5 w wysokości 261 604,51 zł brutto,

- zadania 6 w wysokości 55 821,10 zł brutto.

W postępowaniu dla zadania nr 4 złożono 3 oferty. Ceny brutto złożonych ofert były następujące: oferta nr 1 złożona przez wykonawcę TK Elevator Eastem Europe GmbH Sp. z o.o. – 449 340,10 zł (godzinowa stawka robocizny kosztorysowej z narzutami kosztów pośrednich i zysku Rzn wyliczona według wzoru:  $Rzn = R + (R \times Kp) + (R + (R \times Kp)) \times Z - 721,05$  zł); oferta nr 2 złożona przez Odwołującego – 489 652,10 zł (godzinowa stawka robocizny kosztorysowej z narzutami kosztów pośrednich i zysku Rzn wyliczona według wzoru:  $Rzn = R + (R \times Kp) + (R + (R \times Kp)) \times Z - 144,82$  zł) oraz oferta nr 3 złożona przez wykonawcę Lift-System s.c. D. Tarka, A. Tarka Sp. z o.o. – 503.908,10 zł (godzinowa stawka robocizny kosztorysowej z narzutami kosztów pośrednich i zysku Rzn wyliczona według wzoru:  $Rzn = R + (R \times Kp) + (R + (R \times Kp)) \times Z - 60,84$  zł).

W postępowaniu dla zadania nr 5 złożono 3 oferty. Ceny brutto złożonych ofert były następujące: oferta nr 1 złożona przez wykonawcę TK Elevator Eastem Europe GmbH Sp. z o.o. – 276 090,70 zł (godzinowa stawka robocizny kosztorysowej z narzutami kosztów pośrednich i zysku Rzn wyliczona według wzoru:  $Rzn = R + (R \times Kp) + (R + (R \times$

Kp)) x Z – 721,05 zł); oferta nr 2 złożona przez Odwołującego – 252 503,70 zł ((godzinowa stawka robocizny kosztorysowej z narzutami kosztów pośrednich i zysku Rzn wyliczona według wzoru:  $Rzn = R + (R \times Kp) + (R + (R \times Kp)) \times Z - 144,82$  zł) oraz oferta nr 3 złożona przez wykonawcę Lift-System s.c. D.Tarka, A.Tarka Sp. z o.o. – 254 317,90 zł (godzinowa stawka robocizny kosztorysowej z narzutami kosztów pośrednich i zysku Rzn wyliczona według wzoru:  $Rzn = R + (R \times Kp) + (R + (R \times Kp)) \times Z - 60,84$  zł).

W postępowaniu dla zadania nr 6 złożono 3 oferty. Ceny brutto złożonych ofert były następujące: oferta nr 1 złożona przez wykonawcę TK Elevator Eastern Europe GmbH Sp. z o.o. – 62 185,50 zł (godzinowa stawka robocizny kosztorysowej z narzutami kosztów pośrednich i zysku Rzn wyliczona według wzoru:  $Rzn = R + (R \times Kp) + (R + (R \times Kp)) \times Z - 721,05$  zł); oferta nr 2 złożona przez Odwołującego – 68 982,30 zł (godzinowa stawka robocizny kosztorysowej z narzutami kosztów pośrednich i zysku Rzn wyliczona według wzoru:  $Rzn = R + (R \times Kp) + (R + (R \times Kp)) \times Z - 144,82$  zł) oraz oferta nr 3 złożona przez wykonawcę Lift-System s.c. D.Tarka, A.Tarka Sp. z o.o. – 54 668,70 zł (godzinowa stawka robocizny kosztorysowej z narzutami kosztów pośrednich i zysku Rzn wyliczona według wzoru:  $Rzn = R + (R \times Kp) + (R + (R \times Kp)) \times Z - 60,84$  zł).

Zamawiający, pismem z dnia 15 maja 2024 r., działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp skierował do wykonawcy Lift-System Wezwanie do wyjaśnienia istotnych części składowych ceny oferty dla Zadania nr 3, dla Zadania nr 4, dla Zadania nr 5, dla Zadania nr 6 – „*złożenia wyjaśnień co do zaoferowanej godzinowej stawki robocizny kosztorysowej w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej stawki w złożonej ofercie, w szczególności w zakresie:*

- 1) *zarządzania procesem świadczonych usług za pomocą kosztorysów własnych lub wycen zaangażowania osób w realizację przedmiotowego zamówienia,*
- 2) *wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia;*
- 3) *oryginalności dostaw, usług lub oferowanych przez wykonawcę, które powodują możliwość zaoferowania wskazanej ceny ofertowej;*
- 4) *zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie - w tym potwierdzenia, że przyjęta cena oferty zagwarantuje realizację wskazanych obowiązków oraz zysku przedsiębiorcy,*
- 5) *zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;*
- 6) *zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
- 7) *zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;*
- 8) *wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.” (...)*

- *Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia stawki robocizny kosztorysowej wraz z narzutami, która będzie służyła do rozliczania zleconych napraw, w szczególności potwierdzenia, że w kalkulacji zostały uwzględnione stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz obowiązków w zakresie zabezpieczenia społecznego.*

*Na Wykonawcy ciąży obowiązek przedłożenia wyjaśnień wraz z dowodami, że zaoferowana cena umożliwi realizację zamówienia a wycena zaproponowana przez Wykonawcę jest rzetelna i umożliwi realizację wskazanego zamówienia, w tym celu Wykonawca może przedłożyć kalkulację własną oraz dowody, że osoby realizujące w imieniu Wykonawcy umowę są zatrudnieni na umowę o pracę z wynagrodzeniem nie niższym niż minimalne wynagrodzenie za pracę (dowód: zanonimizowane umowy o pracę).*

*W ramach wyjaśnień Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć dowody potwierdzające i uprawdopodobniające przyjęte do kalkulacji założenia np. umowy o podwykonawstwo, oferty podwykonawców, kopie umów zleceń/pracę, kalkulacje własne, koszty wypożyczenia, zużycia narzędzi, ew. podstawy do stosowania niższych stawek niż minimalne, opisy wybranych rozwiązań służących obniżeniu kosztów itp. (...).”.*

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Lift-System, pismem z dnia 20 maja 2024 r. złożył wyjaśnienia, załączając skan umowy nr DT.36212/2022 z dnia 21.06.2022 r. z aktualnymi elementami cenotwórczymi, skan fragmentu biuletynu Sekocenbud za I kwartał 2024 r. oraz zanonimizowane umowy o pracę konserwatorów.

Zamawiający, pismem z dnia 3 czerwca 2024 r., działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp skierował do wykonawcy Lift-System wezwanie „do złożenia wyjaśnień w zakresie uprzednio przedłożonych oświadczeń oraz wyjaśnień co do zaoferowanej godzinowej stawki robocizny kosztorysowej, mających na celu wykazanie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W związku z przekazanymi wyjaśnieniami w tym złożonym oświadczeniu, że wszyscy konserwatorzy urządzeń dźwigowych zatrudnieni są na umowy o pracę oraz, że wysokość ich wynagrodzenia jest większa niż aktualne minimalne wynagrodzenie za pracę określone przez Prezesa Rady Ministrów wnosimy o

udostępnienie treści umów, z których wynikać będzie wynagrodzenie pracowników. Złożone wraz z wyjaśnieniem umowy o pracę nie przedstawiają wynagrodzenia pracowników. Informujemy również, że znamy stawki z poprzednich umów zawartych z TBS Wrocław sp. z o.o. jednak wskazane dowody nie potwierdzają że Wykonawca w obecnym postępowaniu nie zaoferował stawki rażąco niskiej.(...).”.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Lift-System, pismem z dnia 6 czerwca 2024 r., przekazał do wglądu w pełnym brzmieniu umowy o pracę wraz z podaną wysokością wynagrodzenia zatrudnionych konserwatorów urządzeń dźwigowych.

Pismem z dnia 12 lipca 2024 r. Zamawiający przekazał wykonawcom m.in. informację o wyborze oferty wykonawcy Lift-system jako najkorzystniejszej dla zadania nr 4, nr 5 i nr 6.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp stanowi, że:

„5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub koszty 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”.

Z kolei art. 16 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- 2)przejrzysty,
- 3)proporcjonalny.”.

Oznacza to, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Złożone wyjaśnienia nie mogą mieć przy tym charakteru ogólnego. Składane są bowiem celem stwierdzenia, że podejrzenie Zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny było nieuzasadnione. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa więc na wykonawcy. Podkreślić także należy, że wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wiąże się z określonymi konsekwencjami dla wykonawcy. Powoduje bowiem, że to po stronie wykonawcy powstaje obowiązek wykazania realności i prawidłowości kalkulacji ceny oraz obliuguje go do złożenia wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień. (tak też wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2665/24)

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający wymagał podania przez wykonawców określonych informacji a więc łącznej ceny brutto za wykonanie zamówienia, ceny netto miesięcznej za konserwację jednego urządzenia, miesięcznego wynagrodzenie netto, podatku VAT 8%, miesięcznego wynagrodzenia brutto oraz „godzinowej stawki robocizny kosztorysowej z narzutami kosztów pośrednich i zysku” obejmującej: stawkę robocizny kosztorysowej, wskaźnik narzutu kosztów pośrednich oraz wskaźnik narzutu zysku. Takie też informacje podali w złożonych ofertach wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie tego zamówienia.

Wykonawca Lift-System stawkę robocizny kosztorysowej wycenił na kwotę 32,00 zł, natomiast stawkę robocizny kosztorysowej z narzutami kosztów pośrednich i zysk na kwotę 60,84 zł. A ponieważ Zamawiający średnią arytmetyczną stawki roboczogodziny kosztorysowej dla zadania nr 4, 5 i 6 wyliczył na kwotę 308,90 zł wobec tego wezwał tego wykonawcę (Lift-System) „do wyjaśnienia stawki roboczogodziny kosztorysowej wraz z narzutami, która będzie służyła do rozliczania zleconych napraw, w szczególności potwierdzenia, że w kalkulacji zostały uwzględnione stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz obowiązków w zakresie zabezpieczenia społecznego”. Otrzymane wyjaśnienia, jak wskazał Zamawiający w wezwaniu z dnia 3 czerwca 2024 r., nie potwierdzały tego, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wobec czego wykonawca ten został wezwany do złożenia umów o pracę konserwatorów, z których wynikałoby iż „wysokość ich wynagrodzenia jest większa niż aktualne minimalne wynagrodzenie o pracę”.

Wobec powyższego ocenie należy poddać zarówno wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Lift-System, jak i załączone do nich dowody. Wyjaśnienia te, wbrew twierdzeniom Odwołującego, pozwalają na przyjęcie, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest rażąco niska. Wykonawca wskazał bowiem co zdecydowało o skalkulowaniu ceny na takim właśnie poziomie. Stawkę robocizny kosztorysowej odniósł bowiem do aktualnie obowiązującej za świadczenie usług i napraw i konserwacji znajdujących się w budynkach zarządzanych przez tego Zamawiającego. Stawka ta – jak podał - jest zbliżona do obecnej stawki. Nie jest to jednak ta sama stawka. Stawka ta wynosiła bowiem 53,24 zł a obecnie wynosi 60,84 zł.

Stawkę tę wykonawca Lift-System oparł na wskaźnikach cenotwórczych, tj. średniej wartości stawek roboczogodziny dla województwa dolnośląskiego według cennika Sekocenbudu za I kwartału 2024 r., uwzględniając charakter wykonywanych usług i, stosując stawki cennika Sekocenbudu jedynie na zasadzie analogii oraz pozostawiając

na takim samym poziomie jak dotychczas przez niego stosowany w przygotowywanych kosztorysach wskaźnik narzutów pośrednich oraz wskaźnik narzutu zysku.

Stawka ta (stawka roboczogodziny kosztorysowej) została przez niego skalkulowana na kwotę 32,00 zł. Kwota ta wzbudziła wątpliwości Zamawiającego stąd powtórne wezwanie dokonane także w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp i żądanie złożenia umów o pracę konserwatorów.

Wykonawca Lift-System wyjaśnił bowiem, że konserwatorzy urządzeń dźwigowych są zatrudnieni na podstawie umów o pracę a wysokość ich wynagrodzenia jest wyższa niż minimalna stawka wymagana przepisami prawa. Informacje te nie wynikały jednak z pierwotnie złożonych i zanonimizowanych umów o pracę. Okoliczność tę potwierdzają dopiero złożone przez wykonawcę, w wyniku ponownego wezwania, umowy o pracę.

Nie znajduje także uzasadnienia zarzut niewykazania w odniesieniu do przedłożonych umów o pracę podwyżki inflacyjnej, gdyż przepisy prawa pracy nie zawierają postanowień, które nakazywałyby pracodawcom waloryzacje wynagrodzenia z powodu inflacji. W praktyce oznacza to więc, że tzw. podwyżki inflacyjne są wyłącznie wynikiem dobrej woli pracodawcy.

Odwołujący wskazując na nierynkową wysokość wynagrodzenia pracowników wykonawcy Lift-System (konserwatorów urządzeń dźwigowych) wynikających z przedłożonych przez niego umów posłużył się ogólnikami. Odwołał się bowiem do przeprowadzanych rekrutacji i rozmów kwalifikacyjnych oraz wywiadów z kandydatami do pracy w charakterze konserwatorów urządzeń dźwigowych. Na tę okoliczność nie przedstawił jednak żadnych dowodów. To natomiast Zamawiający zestawiał wynagrodzenia netto pracowników wykonawcy Lift-System z wynagrodzeniami funkcjonującymi na rynku wrocławskim, na którym ma być realizowane zamówienie i ustalił – co Zamawiający podkreślił w odpowiedzi na odwołanie - że średnie wynagrodzenie pracownika – konserwatora oscyluje w granicach 6000,00 zł brutto.

Odnosząc się z kolei do kwestii wynagrodzenia motywacyjnego, na które także wskazał Odwołujący, a właściwie braku informacji co do wysokości i częstotliwości wypłaty premii uznaniowej stwierdzić należy, że wynagrodzenie motywacyjne stanowi przyznawanie pracownikom premii lub innych form dodatkowego wynagrodzenia w zamian za wykroczenie poza swoje normalne obowiązki. Stanowi więc sposób na zachęcanie pracowników do lepszego wykonywania pracy. Premia uznaniowa jest niewątpliwie rodzajem dodatkowego wynagrodzenia, które przyznawane jest pracownikowi według uznania pracodawcy a więc zależy od jego decyzji. Trudno więc z uwagi na jej charakter stwierdzić na tym etapie, że będzie ona przyznana.

A ponadto zadania realizowane przez konserwatorów urządzeń dźwigowych będą wykonywane także przez współwłaściciela (firmy Lift-System), który stosowne uprawnienia także posiada. Pozwala to również – jak dalej wyjaśnił – na obniżenie kosztu wykonywanej usługi.

Odnosząc się z kolei do zawartego w treści odwołania zestawienia kosztów realizacji zadań w przetargu, w którym Odwołujący zestawiał koszty jakie ponosiłby w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia z „symulacją na podstawie podobnych kosztów Lift – System” stwierdzić należy, że jest to zestawienie kosztów właściwe jedynie dla Odwołującego. Wobec tego nie można tak zestawionych kosztów Odwołującego przenosić wprost na wykonawcę Lift-System. Każdy z wykonawców prowadzi bowiem działalność o innym charakterze i skali. Koszty każdego z nich będą więc inne. Przykładowo Odwołujący dla obydwu podmiotów wskazał w zestawieniu kosztów na „koszt leasingu auta” w wysokości 1050,00 zł, podczas gdy wykonawca Lift-System w złożonych wyjaśnieniach wskazał jedynie, że posiada dużą flotę samochodową. Z treści jego oświadczenia nie wynika, że samochody te są leasingowane. Wobec tego niejako z automatu, wobec braku dowodów, koszt leasingu nie może być przyjęty.

Jeśli chodzi o pozostałe koszty, które – jak wskazał Odwołujący – powinny być wyspecyfikowane w treści oferty przez wykonawców stwierdzić należy, że Zamawiający podał w SWZ w jaki sposób cena oferty, jak i jej poszczególne składniki, w tym „stawka robocizny kosztorysowej wraz z wskaźnikami narzutów kosztów pośrednich i zysku” mają być wyliczone. Wszystkie te elementy wykonawca przedstawił w ofercie, a ponadto w treści złożonych wyjaśnień podał także koszt paliwa, koszt sprzętu i środków czystości oraz planowana wysokość zysku.

W kontekście powyższego Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że kwota roboczogodziny pracownika jest rażąco niska. Nie wykazał także, że wykonawca Lift-System dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulowaniu ceną oferty a tym samym utrudnieniu dostępu do tego zamówienia innym wykonawcom. Jego twierdzenia są przy tym gołosłowne i niczym nie poparte.

Dlatego też Izba uznała, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej (zarzut 3 odwołania). Art. 239 ustawy Pzp stanowi bowiem, że:

„1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z

najniższą ceną lub kosztem.”.

Oznacza to, że podstawową zasadą związaną z wyborem najkorzystniejszej oferty jest zasada wyboru wyłącznie w oparciu o kryteria oceny ustalone przez zamawiającego dla danego, konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określone w dokumentach zamówienia. Zamawiający musi zastosować do wyboru najkorzystniejszej oferty wszystkie kryteria, które zostały wskazane w dokumentach zamówienia, i odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu, i jednocześnie nie może zastosować żadnych innych kryteriów. A ponieważ Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny i badania ofert, uznając za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Lift-System, brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia tego przepisu. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten także nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) 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).

**Przewodnicząca:**.....