

WYROK

z dnia 17 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
2 stycznia 2018 r. przez wykonawcę Zakłady Techniki Dźwigowej Techlift sp. z o.o.

z siedzibą we Wrocławiu, ul. Jana Długosza 3 lok. A, 51 - 162 Wrocław w postępowaniu
prowadzonym przez zamawiającego Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław
sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Przybyszewskiego 102/104, 51 - 148 Wrocław

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. oferty wykonawcy LIFTEC sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Swarzędzu, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczonej przez Zakłady Techniki Dźwigowej Techlift sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Towarzystwa Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. na rzecz Zakładów Techniki Dźwigowej Techlift sp. z o.o. kwotę w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów uiszczonego wpisu.

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

Przewodniczący:

do wyroku z dnia 17 stycznia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 23/18

Zamawiający Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługi w zakresie wykonywania konserwacji dźwigów osobowych zamontowanych w budynkach mieszkalnych TBS Wrocław Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz całodobowego dyżuru pogotowia dźwigowego i usuwania usterek technicznych”, o numerze postępowania nadanym przez zamawiającego ZT.360.1.2017.GK, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych 29.11. 2017 r. pod numerem 623985-N-2017, podzielone na dwie części (dwa zadania), dalej zwane jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej jako „p.z.p.”

W dniu 27 grudnia 2017 r. zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, zaś 2 stycznia 2018 r.

odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, w zakresie

części 1 - zadania nr 1, wniósł wykonawca Zakłady Techniki Dźwigowej Techlift sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Jana Długosza 3 lok. A, 51 - 162 Wrocław, dalej zwany jako „odwołujący”.

W odwołaniu, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 p.z.p., zarzucono zamawiającemu naruszenie (pisownia oryginalna): art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 90 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Liftec Sp. z o.o. Spółka komandytowa złożonej w ramach zadania nr 1 w sytuacji, gdy wskazana w ofercie cena jest rażąco niska.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie zamawiającemu ponownego badania i oceny oferty LIFTEC sp. z o.o. sp. k. w ramach zadania nr 1, względnie nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty LIFTEC sp. z o.o. sp. k. jako zawierającej rażąco niską cenę;
- 3) nakazanie zamawiającemu ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach zadania nr 1;
- 4) zasądzenie na rzecz odwołującej zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych.

Uzasadniając swoje stanowisko odwołujący zacytował pkt IV ust. 1 i 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”) postępowania: Przedmiotem

zamówienia jest wykonywanie konserwacji dźwigów osobowych zamontowanych w budynkach mieszkalnych stanowiących własność zamawiającego, położonych we Wrocławiu przy ul. Wojanowskiej nr 2 - 84, ul. Rodzyńskiej nr 1 - 5, 2 - 14, Daktylowej 1 - 5 ul. Świstackiego 5 - 13, ul. Bytomskiej 1 - 5, ul. Kasztelańskiej nr 13 - 21, ul. Krzywoustego nr 285, pochyłych platform schodowych zamontowanych w budynkach mieszkalnych we Wrocławiu przy ul. Krępskiej nr 44 i 46, ul. Brzezińskiej nr 21 i 33, ul. Dolnobrzeskiej nr 28, ul. Górniczej nr 50 oraz usługi całodobowego pogotowia dźwigowego przeznaczonego do uwalniania ludzi i usuwania usterek technicznych.

W wyżej wymienionych budynkach mieszkalnych zamontowane są następujące urządzenia:

- 1) dźwigi osobowe O RONA - 55 urządzeń;
- 2) dźwigi osobowe KONE - 5 urządzeń;
- 3) dźwigi osobowe PILAWA - 8 urządzeń;
- 4) dźwig osobowy VIMEC - 1 urządzenie;
- 5) platformy schodowe KLEIDIENST - 2 urządzenia;
- 6) platformy schodowe GARA VENTA - 4 urządzenia.

Zamawiający dokonał podziału zamówienia na części i z uwagi na fakt, że odwołanie odnosi się do zadania 1, odwołujący zaznaczył, iż zgodnie z pkt IV ust. 3 SIWZ zadanie nr

1 obejmuje: 1) wykonywanie konserwacji dźwigów osobowych zamontowanych w budynkach

mieszkalnych we Wrocławiu przy ulicach: Wojanowskiej nr 2 - 84, Rodzyńskiej nr 1 - 5, 2 - 14, Daktylowej nr 1 - 5; 2) wykonywanie usługi całodobowego pogotowia dźwigowego przeznaczonego do uwalniania ludzi i usuwania usterek technicznych. Na dowód powyższego oraz na okoliczność „określenia zakresu i złożoności usługi” odwołujący wskazał dokumentację postępowania - SIWZ wraz ze wzorem umowy. Odwołujący zaznaczył również, iż w wyżej wymienionych budynkach zamontowane są dźwigi osobowe ORONA łącznie 55 urządzeń - szczegółowy wykaz dźwigów wraz z określeniem parametrów technicznych stanowi załącznik nr 1 do SIWZ.

Następnie odwołujący podniósł, iż na potrzeby sfinansowania zamówienia publicznego będącego przedmiotem postępowania zamawiający, zgodnie z informacją z otwarcia ofert ze strony internetowej zamawiającego, zamierzał przeznaczyć następujące kwoty:

- 1) na część zamówienia oznaczoną jako zadanie nr 1: brutto 280 843,20 zł;
- 2) na część zamówienia oznaczoną jako zadanie nr 2: brutto 92 897,28 zł.

W dalszej kolejności uzasadnienia odwołujący wskazał na oferty złożone w postępowaniu:

- nr 1 wykonawcy LIFTEC sp. z o.o. sp. k. z ceną oferty brutto w wysokości 119 750,40 zł,
 - nr 2 wykonawcy Schindler Polska sp. z o.o. z ceną oferty brutto w wysokości 249 480,00 zł,
 - nr 3 wykonawcy Zakład Techniki Dźwigowej Techlift sp. z o.o. z ceną oferty brutto w wysokości 225 715,20 zł,
 - nr 4 wykonawcy LIFT SYSTEM S.C. z ceną oferty brutto w wysokości 327 888,00 zł,
- konkludując, iż w średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wyniosła 230 708,40 zł, podczas gdy oferta wykonawcy LIFTEC sp. z o.o. sp. k. zawierała cenę na poziomie 119 750,40 zł.

Ponadto odwołujący cytował art. 90 ust. 1a p.z.p. i zauważył, iż na gruncie

przedmiotowej sprawy, w przypadku obu wskaźników tj. wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert cena oferty wykonawcy LIFTEC sp. z o.o. sp. k. jest zdecydowanie niższa od wskazanych w p.z.p. 30% - jak wynika z powyższego zestawienia różnica pomiędzy ceną ofertową LIFTEC sp. z o.o. sp. k., a średnią wartością wszystkich złożonych ofert wynosi 48,09%, z kolei różnica pomiędzy ceną ofertową LIFTEC sp. z o.o. sp. k., a szacunkową wartością zamówienia wynosi 57,36%.

Wobec powyższego, w ocenie odwołującego, zamawiający był zobowiązany (a nie tylko uprawniony) do wezwania wykonawcy LIFTEC sp. z o.o. sp. k. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, stosownie do treści art. 90 ust. 1 p.z.p. Odwołujący dodał również, iż swoje obawy co do ceny zaoferowanej przez wykonawcę LIFTEC sp. z o.o. sp. k. wskazał w piśmie do zamawiającego z dnia 11 grudnia 2017 r. na które nie otrzymał odpowiedzi - dowód - pismo z 11.12.17 na okoliczność wskazywania konieczności zbadania oferty LIFTEC sp. z o.o. sp. k. pod kątem rażąco niskiej ceny. Następnie stwierdzono, że na wskazane pismo nie otrzymano odpowiedzi, jak też w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający nie zamieścił informacji czy badał ofertę wykonawcy LIFTEC sp. z o.o. sp. k. pod kątem rażąco niskiej ceny i czy udzielono odpowiedzi na takowe wezwanie. Ponadto odwołujący dodał, że wpiery uzyskał ustną informację od zamawiającego w przedmiocie wezwania do wyjaśnień wykonawcy wybranego jako najkorzystniejszego w postępowaniu w zakresie zadania 1, a następnie, dnia 2 stycznia 2018 r., zamawiający udostępnił odwołującemu treść tychże wyjaśnień.

W ocenie odwołującego treść złożonych przez wykonawcę LIFTEC sp. z o.o. sp. k. wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny ofertowej nie pozwala na przyjęcie, iż wykonawca ten w swojej ofercie nie zawarł rażąco niskiej ceny.

Dalej argumentowano, iż w myśl art. 90 ust. 2 p.z.p. obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 4 p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W sytuacji zatem kiedy wykonawca nie udziela stosownych wyjaśnień albo wyjaśnienia te nie pozwalają na przyjęcie, że badana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, oferta taka powinna zostać odrzucona. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący zacytował fragment orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z 24.08.2017 r., sygn. akt KIO 1637/17 oraz część wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 23.09.2009 r., sygn. akt XII Ga 88/09.

Odwołujący wskazał ponadto, iż pomimo tego, że ciężar udowodnienia, że cena ofertowa nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy, to odwołujący podnosi, iż z uwagi na aktualną sytuację rynkową, nie jest możliwe, aby wykonawca LIFTEC sp. z o.o. sp. k. zrealizował przedmiotowe zadanie w sposób należyty, uwzględniający jego kompleksowy charakter, a nade wszystko wymogi przewidziane powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, za cenę wskazaną w ofercie - twierdzenia te poparto fragmentem wyroku Izby z dnia 4.09.2017 r. sygn. akt. KIO 1573/17.

W dalszej części uzasadnienia zarzutu odwołujący argumentował, iż wykonawca LIFTEC sp. z o.o. sp. k. wskazał cenę ofertową za wykonanie zadania 1 w kwocie 119 750,40 zł brutto, zaś usługa świadczona ma być przez okres 24 miesięcy, co oznacza że miesięczny koszt świadczenia takiej usługi wynosi zaledwie 4 989,60 zł brutto. Odwołujący przypomniał też, iż przedmiotem zadania 1 jest świadczenie usługi konserwacji aż 55 dźwigów osobowych oraz całodobowego pogotowia dźwigowego przeznaczonego do uwalniania ludzi i usuwania usterek technicznych. Oznacza to, w ujęciu odwołującego, że wykonawca musi być gotowy choćby do tego, aby w sytuacjach alarmowych, które wystąpić mogą o każdej porze dnia, każdego dnia, będzie zobowiązany do usunięcia powstałych usterek czy też do umożliwienia wydostania się z dźwigu osobom, które z przyczyn technicznych nie mogą tego zrobić bez pomocy specjalisty. Wszystko to winno być skalkulowane w ofercie wykonawcy.

Odwołujący zwrócił przy tym uwagę na obowiązki, jakie zamawiający we wzorze umowy dla zadania 1 stanowiącym załącznik do SIWZ zastrzegł dla wykonawcy tj., że:

- 1) wykonawca zobowiązuje się utrzymywać dźwigi w ruchu oraz w stanie technicznym zapewniającym niezawodność i bezpieczeństwo pracy (§ 4 ust. 1 wzoru umowy);
- 2) wykonawca zobowiązuje się, iż ze strony wykonawcy czynności konserwacyjne i pogotowia dźwigowego wykonywane będą przez pracowników wykonawcy, którzy

posiadają wymagane przepisami prawa uprawnienia do obsługi urządzeń

dźwigowych (§ 4 ust. 2 wzoru umowy);

3) materiały do wykonywania czynności konserwacyjnych, o których mowa w § 2 wykonawca zobowiązuje się dostarczać we własnym zakresie, w ramach wynagrodzenia określonego w § 9 niniejszej umowy (§ 4 ust. 3 wzoru umowy);

4) wykonawca zobowiązuje się do stawienia na miejscu awarii i podjęcia czynności naprawczych w ciągu 1 godziny od chwili powiadomienia przez zamawiającego w godz. 8.00 - 16.00 o niesprawności dźwigów (§ 4 ust 6 wzoru umowy);

5) wykonawca zobowiązuje się, w ramach wynagrodzenia określonego w § 9 niniejszej umowy, do dostarczenia i zamontowania i utrzymywania w kabinach dźwigów aktywnych kart GSM do łączności z pogotowiem dźwigowym (§ 5 ust 2 wzoru umowy);

6) w przypadku zgłoszenia o niesprawności dźwigu związanego z uwolnieniem ludzi uwięzionych w kabinie, wykonawca zobowiązuje się dojechać pod wskazany adres w ciągu 1 godziny licząc od czasu przyjęcia zgłoszenia (§ 5 ust. 3 wzoru umowy);

7) w przypadkach awarii urządzenia wykonawca zobowiązany jest:

a) unieruchomić dźwig i zabezpieczyć go przed dostępem osób trzecich w wypadku stwierdzenia stanu zagrożenia dla ludzi i mienia,

b) niezwłocznie, lecz nie później niż w ciągu godziny poinformować zamawiającego o unieruchomieniu dźwigu i jego przyczynie (§ 6 wzoru umowy);

Dowód - dokumentacja postępowania, w szczególności SIWZ wraz ze wzorem umowy, na okoliczność zakresu i złożoności usługi.

Odwołujący podkreślił również, iż w zakresie czynności konserwacyjnych, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z 29 października 2003 r. w sprawie warunków technicznych dozoru technicznego w zakresie eksploatacji niektórych urządzeń transportu bliskiego (Dz. U. z 2003 r., nr 193, poz. 1890), dźwigi osobowe powinny być poddawane przeglądom konserwacyjnym co 30 dni. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest konserwacja aż 55 dźwigów osobowych, do tego dochodzą jeszcze coroczne badania okresowe, których koszt również winien być przez wykonawców uwzględniony w ich ofertach. Zaś wszystkie czynności objęte przedmiotowym zamówieniem powinny być wykonywane przez odpowiednich specjalistów mających przewidziane prawem, ale także SIWZ, uprawnienia do wykonywania takich czynności - zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej - pkt VII ust. 1.2 pkt b) SIWZ.

Odwołujący dodał, że stosownie do treści art 29 ust 3a p.z.p. zamawiający wymagał zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę,

7

w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2016 r. poz. 1666 ze zm.), osób wykonujących w trakcie realizacji zamówienia nw. czynności:

1) konserwacyjne dźwigów i usuwania usterek technicznych;

2) uwalniania ludzi uwięzionych w kabinach.

Dowód - dokumentacja postępowania, w szczególności SIWZ wraz ze wzorem umowy, na okoliczność zakresu i złożoności usługi.

W ocenie odwołującego na rynku wrocławskim, na którym ma być realizowane zamówienie, średnie wynagrodzenie takiego pracownika - konserwatora z wyżej wymienionymi uprawnieniami oscyluje wokół kwoty 3500,00 zł brutto (w tym miejscu wskazuje się przeciętne wynagrodzenie konserwatora, ale w zależności od pracodawcy może być ono nawet dwukrotnie wyższe), jednak należy do tego doliczyć jeszcze odpowiednie dodatki, które będą zwiększać średnie wynagrodzenie konserwatora. W tym miejscu zacytowano fragment orzeczenia Izby z dnia 16.06.2017 r. sygn. akt 1074/17. Odwołujący kontynuował myśl, iż do samego wynagrodzenia konserwatora powiększonego o koszty pracodawcy, ponadto należy 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 (przy uwzględnieniu comiesięcznych

przeglądów, docierania na miejsce awarii etc.).

W dalszej kolejności odwołujący zarzucił, iż w wyjaśnieniach wykonawca LIFTEC sp. z o.o. sp. k. przemilczała kwestię, jaka ilość urządzeń konserwowanych jest przez spółkę - ograniczając się do stwierdzenia, że „obecna ilość urządzeń konserwowanych przez firmę w oddziale oraz planowane kolejne 75 szt. (TBS) nie spowoduje wzrostu zatrudnienia”. W ocenie odwołującego fakt ten został przemilczany, ponieważ podanie tej liczby rzutowałoby na ocenę, czy spółka ma rzeczywiście niezbędną liczbę pracowników do realizowania przedmiotu umowy.

Odwołujący podniósł, iż wykonawca LIFTEC sp. z o.o. sp. k. sam wyjaśnił, że zatrudnia jedynie dwóch konserwatorów oraz pomocnika konserwatora. Przypomnieć przy tym należy, zdaniem odwołującego, że pomocnik konserwatora nie będzie mógł wykonywać czynności konserwacyjnych, ponieważ nie ma stosownych kwalifikacji. Wobec tego LIFTEC sp. z o.o. sp. k. będzie mogła korzystać jedynie z dwóch swoich pracowników. Jeden konserwator może miesięcznie wykonywać czynności konserwacyjne (kompleksowe) dla około 100 dźwigów, co już sugeruje że przy większej liczbie urządzeń konserwowanych przez LIFTEC sp. z o.o. sp. k. wykonawca ten może nie dysponować odpowiednią ilością pracowników. Odwołujący kontynuował, iż dysponując jedynie dwoma pracownikami z odpowiednimi uprawnieniami nie jest możliwe realizowanie usługi (nie mówiąc już o realizowaniu innych kontraktów) w zgodzie z przepisami kodeksu pracy, z uwagi na

konieczność pełnienia ciągłych dyżurów na wypadek zdarzeń alarmowych - wchodzi to

8

w zakres zamówienia, a wykonawca w krótkim odstępie czasu obowiązany jest do dotarcia na miejsce i usunięcia awarii lub umożliwienia wydostania się osób z dźwigu. Przy dwóch pracownikach oznacza to, że pracownicy pełniliby dyżury przez 15 dni w miesiącu, co zdecydowanie pozostaje w sprzeczności z przepisami kodeksu pracy. Odwołujący zwrócił, przy tym uwagę na fakt, że wykonawca LIFTEC sp. z o.o. sp. k. wyznaczył do realizacji dwóch zadań tylko jednego konserwatora, co oznacza, że musiałby on pełnić dyżur ciągle. Nie jest zatem możliwe, zdaniem odwołującego, iż przy takich zasobach kadrowych, realizowanie umowy w zgodzie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

Następnie odwołujący podkreślił, że z uwagi na fakt, iż zatrudniony na umowie o pracę konserwator może średnio świadczyć usługi konserwacyjne w stosunku do około 100 dźwigów, tak aby zachowane były wymogi przewidziane powszechnie obowiązującymi przepisami prawa tj. czynności dokonuje osoba mająca stosowne uprawnienia i dokonuje ich w odpowiednich odstępach czasu, dociera na miejsce zdarzenia w określonym przez zamawiającego przedziale czasowym, to przy wskazanej przez LIFTEC sp. z o.o. sp. k. cenie zaledwie 4 989,60 zł brutto nie jest możliwe należyte realizowanie usługi, przy zachowaniu odpowiednich jej standardów, z zachowaniem przez wykonawcę odpowiedniego zysku. Co więcej, w ocenie odwołującego, wskazane przez wykonawcę LIFTEC sp. z o.o. sp. k. ilości godzin przewidziane na realizację umowy nie zawierają w żadnym wypadku czasu, jakie rzetelny wykonawca powinien założyć na usuwanie ewentualnych usterek i awarii, które znacznie zwiększają koszty kontraktu. W ocenie odwołującego wykonawca LIFTEC sp. z o.o. sp. k. nie uwzględnił również kosztów materiałów eksploatacyjnych, których obowiązek ponoszenia również spoczywa na wykonawcy, a podane przez tego wykonawcę wyjaśnienia co do wynagrodzenia pracowników nie uwzględniają kosztów pracodawcy i dodatkowych dyżurów - dowód: wyjaśnienia LIFTEC sp. z o.o. sp. k. z 13.12.2017 r., na okoliczności niewykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i wyjaśnienia przedstawiciela odwołującego się na okoliczność rynkowych cen świadczenia przedmiotowej usługi.

Z przytoczonych powyżej okoliczności faktycznych w ocenie odwołującego wynika zatem, że cena zaoferowana w ramach zadania 1 przez wykonawcę LIFTEC sp. z o.o. sp. k. jest nierealistyczna i niewiarygodna, w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert złożonych w toku postępowania. Nie jest możliwe świadczenie przedmiotowej usługi zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w zgodzie z warunkami określonymi przez zamawiającego w SIWZ tj. przy zachowaniu odpowiednich standardów świadczenia usługi, w tym także czasów reakcji na mogące wystąpić w przyszłości zdarzenia takie jak awarie i konieczność umożliwienia wydostania się z dźwigu osobom, które się w nim znajdują. Z uwagi na realia rynku, ale także na bezpieczeństwo osób korzystających z dźwigów należy przyjąć, że oferta wykonawcy LIFTEC sp. z o.o. sp. k. zawiera rażąco niską cenę, a jako taka winna zostać przez zamawiającego odrzucona.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości i obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

Tak określone, na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p., zarzuty i stanowiska stron określiły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem a contrario musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte.

Izba jest zatem związana przedstawionymi zarzutami i co do zasady nie może orzekać w zakresie szerszym niż wskazano w odwołaniu, co jednak nie oznacza związania Izby podstawą prawną wskazaną przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Izba jest zatem uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechania Zamawiającego wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy i nie budzą jakichkolwiek wątpliwości (vide wyrok KIO z 26.04.2012 r., sygn. akt KIO 711/12).

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związane go bezpośrednio z zarzutami, które odwołujący stawia zachowaniu zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby (tak KIO w wyrokach: z 08.12.2015 r., sygn. akt KIO 2598/15; z 09.09.2016 r., sygn. akt KIO 1610/16) jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 17 lutego 2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15).

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy LIFTEC sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Swarzędzu, ul. Księżycowa 15/2 62-020 Swarzędz. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, datowane na dzień 08.01.2018 r., okazało się nieskuteczne. Zgodnie z art. 185 ust. 2 p.z.p. in fine, zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w jednej z form przewidzianych w dyspozycji tego przepisu - pisemnej opatrzonej podpisem (którą przepis nazywa „postacią papierową”) albo elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Zgodnie z informacją otrzymaną od zamawiającego, potwierdzoną w aktach sprawy, kopia odwołania została przekazana drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 03.01.2018 r., zatem dnia 08.01.2018 r. mijał termin na skuteczne przekazanie przystąpienia, które w wymaganej wskazaną normą formie

pisemnej zostało doręczone Izbie dnia 10.01.2018 r. Ponadto do przystąpienia nie dołączono

10

dokumentów potwierdzających umocowanie pana P. K. do składania oświadczeń w imieniu spółki.

Na rozstrzygnięcie Izby co do niedopuszczenia do udziału w postępowaniu odwoławczym nie służy odrębny środek zaskarżenia. Z kolei, jak wynika z art. 196 ust. 5 p.z.p., orzeczenia Izby doręcza się wyłącznie stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocnikom. Wykonawcy, którzy nie zgłosili skutecznie udziału w postępowaniu odwoławczym nie posiadają statusu uczestnika postępowania, zatem w myśl przywołanego unormowania, nie ma obowiązku doręczenia im orzeczenia Izby.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowieniami siwz, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska przedstawione pisemnie:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności na kanwie wykładni pojęcia wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej przez Sąd Najwyższy - zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu.

(tak Sąd Najwyższy w Uchwałach z dnia 17 listopada 2017 r. o sygn. akt III CZP 56/17 oraz sygn. akt III CZP 58/17).

Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust.

1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust.

2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia materialnoprawnych przesłanek z art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak podniósł odwołujący działania i zaniechania zamawiającego wskazane w odwołaniu, które pozostają w sprzeczności z przepisami p.z.p., są przyczyną powstania po stronie odwołującego szkody, gdyby bowiem zamawiający kierował się przepisami p.z.p., to oferta wykonawcy LIFTEC sp. z o.o. sp. k. w zakresie zadania nr 1, musiałaby zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę, zaś oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba stwierdziła, iż oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji rankingu oceny ofert w ramach zadania nr 1 postępowania, a także iż odwołujący wykazał, a zamawiający nie zakwestionował interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przejawiającego się możliwością poniesienia przez odwołującego szkody, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty LIFTEC sp. z o.o. sp. k. złożonej w ramach zadania nr 1 w sytuacji, gdy wskazana w ofercie cena jest rażąco niska.

Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które ma istotny

wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem konsekwencją

zaniechania zamawiającego jest wybór jako najkorzystniejszej oferty, która zawiera rażąco

niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wobec potwierdzenia się okoliczności

faktycznych ujętych w treści uzasadnienia odwołania, twierdzenia w zakresie tych

okoliczności podnoszone przez zamawiającego Izba uznała za gołosłowne, zmierzające

wyłącznie do poprawy sytuacji procesowej strony i nie mogące uchylić obiektywnej

bezprawności zakwestionowanego przez odwołującego zaniechania odrzucenia oferty

wykonawcy LIFTEC sp. z o.o. sp. k. Konsekwencją uwzględnienia odwołania jest nakazanie

zamawiającemu, w stosunku co do objętego zakresem zaskarżenia zadania nr 1

najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. oferty wykonawcy LIFTEC sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Swarzędzu oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Ponadto, Izba - zgodnie z żądaniem odwołania zawartym w petitum - zweryfikowała czy zasadnym byłoby nakazanie zamawiającemu ponownego badania i oceny oferty

wykonawcy LIFTEC sp. z o.o. sp. k., w szczególności na kanwie linii orzeczniczej w przedmiocie możliwości skierowania powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień co do

kalkulacji ceny, na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p.

Treść sentencji jest wynikiem braku stwierdzenia w sprawie występowania przesłanek umożliwiających dokonanie czynności ponownego badania i oceny oferty, w tym wezwania do złożenia wyjaśnień wykonawcy LIFTEC sp. z o.o. sp. k., bowiem treść obecnie przedłożonego dokumentu wyjaśnień, opisanego w dalszej części uzasadnienia, a także uchybienie przez wykonawcę obowiązowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 p.z.p., w szczególności poprzez brak przedłożenia dowodów dla wykazania swoich twierdzeń, czy brak sporządzenia chociażby zestawienia czy kalkulacji ceny, spowodowałoby, iż wynikiem powtórnego wezwania wykonawca przedstawiłby całkiem nowy dokument.

Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie popiera jednolite stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych, iż nie ma przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia nie rozwiązały wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną, jednakże wyłącznie w przypadku kiedy pierwotnie przedłożone wyjaśnienia wymagają doprecyzowania czy uszczegółowienia, zaś w ocenianym stanie faktycznym de facto wyceniono jedynie jeden składnik ceny - wynagrodzenie konserwatora, wbrew wieloskładnikowemu, określönemu przez zamawiającego przedmiotowi zamówienia. W ustalonym stanie faktycznym ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień skutkowałoby przywróceniem wykonawcy terminu na dokonanie czynności złożenia wyjaśnień i dowodów, co do sposobu kalkulacji ceny, gdyż w ocenie Izby przedłożony dokument z dnia 13.12.2017 r. takich wyjaśnień nie stanowi. W sytuacji gdy wykonawca składa wyjaśnienia ogólne, nierzeczowe, niepoparte faktami, a przede wszystkim nie odnoszące się do przedmiotu zamówienia, wbrew obowiązowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 p.z.p., rozumianemu jako dołożenie należytej staranności, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego w sposób rzetelny wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty, ponowne wezwanie wykonawcy do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby bowiem do obejścia prawa i naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zatem Izba stwierdziła, iż w ustalonym stanie rzeczy nie spełnione

13

pozostały przesłanki, które mogłyby skutkować ponownym wezwaniem do złożenia wyjaśnień przez wykonawcę LIFTEC sp. z o.o. sp. k. i nakazała zamawiającemu odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 p.z.p., przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż zgodnie z art. 90 ust. 3 p.z.p. „Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.” Wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 3 p.z.p. zostały przez Ustawodawcę uregulowane w art. 90 ust. 1 p.z.p., gdzie unormowano wezwanie do złożenia wyjaśnień określane przez pryzmat wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określönymi wymaganiami, w brzmieniu normy: „Jeżeli zaofferowana 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 określönymi 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 2017 r.;

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.”, a także w art. 90 ust.

1a p.z.p., gdzie w pkt 1 Ustawodawca określił przesłankę ex lege do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 p.z.p., kwantyfikowaną procentową różnicą pomiędzy ceną oferty wykonawcy, a wartością zamówienia z doliczonym podatkiem od towarów i usług lub średnią arytmetyczną złożonych w postępowaniu ofert, chyba, że zamawiający uzna, iż rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych i różnica co najmniej 30% pomiędzy ww. wartościami nie wymaga wyjaśnienia, zaś w pkt 2 art. 90 ust. 1a p.z.p.

Ustawodawca określił fakultatywne wezwanie do złożenia wyjaśnień, wskazując, iż

14

w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności w przypadku istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień z art. 90 ust. 1 p.z.p.

Zatem wskazana w art. 90 ust. 3 ustawy p.z.p. sankcja odrzucenia jest bezpośrednio związana z procedurą wezwania, unormowaną w art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p., a także obowiązkiem wykonawcy wynikającym z art. 90 ust. 2 p.z.p. "Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.", którego niewykonanie skutkuje odrzuceniem oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., gdyż z uwagi na treść art. 90 ust. 1 p.z.p. dopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. - który stanowi, iż „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.” - w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny oferty (vide wyrok z 31.05.2017 r. sygn. akt KIO 1001/17).

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wystosowane na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p., na wykonawcy ciąży obowiązek wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i sposobu dokonania jej kalkulacji, a więc udowodnienia, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. W przypadku nie złożenia wyjaśnień lub złożenia wyjaśnień, których ocena wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że cena jest rażąco niska, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę (art. 90 ust. 3 p.z.p.), ponadto konsekwencją oceny ceny jako rażąco niskiej jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. (por. wyrok z 10.11.2016 r. sygn. akt KIO 2043/16).

Ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie wykładni art.

90 ust. 1 i 3 p.z.p. podkreśla, iż wykonawca w ramach swoich wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 p.z.p.) wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przełożenie na uchwytne i wymierne wartości

ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności. Przy tym wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy, w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych, zaś zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe

obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu

15

udzielania zamówień publicznych. Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów, zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym dokonania rzetelnej oceny ofert. (por. m.in. wyroki KIO: z 08.06.2017 r. sygn. akt KIO 1021/17, z 20.04.2017 r. sygn. akt KIO 681/17, z 06.06. 2016 r. sygn. akt KIO 800/16). Ponadto wypada zauważyć, iż celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 i 1 a p.z.p., jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia - procedura wyjaśniająca musi zmierzać do wyjaśnienia sposobu skalkulowania zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów. W związku z tym, przedłożenie przez wykonawcę jedynie ogólnych, lakonicznych wyjaśnień i niewiarygodnych dowodów, bądź brak jakichkolwiek dowodów, mogłoby prowadzić do odrzucenia oferty bez prowadzenia dodatkowych wyjaśnień.

W oparciu o zakresione we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

1. a) przedmiotem części I postępowania - zadania nr 1 jest wykonywanie czynności konserwacji 55 dźwigów osobowych typu orona, określonych w załączniku nr 1 do SIWZ tabela „zad. 1”, zamontowanych w podanych budynkach mieszkalnych stanowiących własność zamawiającego oraz wykonywanie usługi całodobowego pogotowia dźwigowego przeznaczonego do uwalniania ludzi i usuwania usterek technicznych w tychże dźwigach;
- b) zgodnie z pkt IV ppkt 4 SIWZ „Do zakresu czynności konserwacyjnych dźwigów osobowych należy, w szczególności:
 - 1) prowadzenie konserwacji dźwigów zgodnie z wytycznymi określonymi w § 14 Rozporządzenia Ministra Gospodarki Pracy i Polityki Społecznej z dnia 2 października 2003r. w sprawie warunków technicznych dozoru technicznego w zakresie eksploatacji niektórych urządzeń transportu bliskiego (Dz.U z 2003 r, Nr 193, poz. 1890) oraz instrukcjami konserwacji producenta dźwigów,
 - 2) dostarczenie i wymiana środków smarujących, wkładek topikowych, drobnych elementów montażowych, jak: śruby, nakrętki, podkładki, pokrywy kaset przyzywowych, tuleje gumowe, gałki i korki drzwi, wkręty zawleczeni, nity ,krótkie odcinki przewodów elektrycznych oraz uzupełnienie oświetlenia w kabinach dźwigów jak: żarówki (światłówki) w oprawach oświetleniowych kabin, żarówki sygnalizacyjne, bezpieczniki, kondensatory, diody do IA, układy R-C,
 - 3) wykonanie elektrycznych rocznych pomiarów rezystancji izolacji i skuteczności działania urządzeń ochronnych,
 - 4) uczestnictwo w czynnościach związanych z okresowymi kontrolami wykonywanymi przez Urząd Dozoru Technicznego;
- c) Izba stwierdziła, iż powyższe zapisy z lit. b) ppkt 1) - 4) zostały przez zamawiającego przeniesione do § 2 ust. 1 wzoru umowy, który zgodnie z treścią pkt V SIWZ określa wymagane przez zamawiającego warunki wykonania zamówienia, prawa i obowiązki stron umowy w sprawie zamówienia publicznego (załącznik nr 17 do SIWZ).

Ponadto, zgodnie z pkt IV ppkt 7 i 8 SIWZ (treść ta stanowi § 2 ust. 4 i 5 wzoru umowy): do zakresu czynności konserwacyjnych pochyłych platform schodowych należy, w szczególności 1) czyszczenie i smarowanie elementów platform (toru jezdni i elementów ruchomych urządzenia) 2) przegląd zespołów i części

platform, dokonywanie regulacji układu napędowego, kontaktów bezpieczeństwa oraz elementów wchodzących w skład aparatury sterowej oraz usuwanie usterek elektromechanicznych, zaś do zakresu usługi pogotowia dźwigowego należy w szczególności: 1) uwalnianie ludzi uwięzionych w kabinie, 2) usuwanie usterek technicznych nie wymagających wymiany części urządzeń.

d) zgodnie z § 4 ust. 3 wzoru umowy - „materiały do wykonywania czynności konserwacyjnych, o których mowa w § 2 wykonawca zobowiązuje się dostarczać we własnym zakresie, w ramach wynagrodzenia określonego w § 9 niniejszej umowy”;

e) w pkt XIII SIWZ - opis sposobu obliczenia ceny - zamawiający wskazał w ppkt 3 - „miesięczne wynagrodzenie musi obejmować wszelkie koszty jakie wykonawca poniesie na realizację usługi konserwacji i całodobowego pogotowia dźwigowego, w tym zapewnienie łączności dwukierunkowej poprzez zamontowanie kart telemetrycznych GSM w kabinach dźwigów”.

Powyższy obowiązek znalazł odzwierciedlenie w § 5 wzoru umowy, zgodnie z którym:

1) „Wykonawca zobowiązuje się przyjmować całodobowo zgłoszenia

o niesprawności dźwigów w szczególności związanych z uwolnieniem ludzi uwięzionych w kabinie na numer telefonu Pogotowia Dźwigowego.....

2) Wykonawca zobowiązuje się, w ramach wynagrodzenia określonego

w § 9 niniejszej umowy, do dostarczenia i zamontowania i utrzymywania

w kabinach dźwigów aktywnych kart GSM do łączności z Pogotowiem Dźwigowym.

3) W przypadku zgłoszenia o niesprawności dźwigu związanego z uwolnieniem ludzi uwięzionych w kabinie, Wykonawca zobowiązuje się dojechać pod wskazany adres w ciągu 1 godziny licząc od czasu przyjęcia zgłoszenia”.

2. Nie było spornym między stronami, co znalazło również odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania, że zamawiający wymagał zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów kodeksu pracy (pkt IV.1 SIWZ - klauzula dotycząca zatrudnienia na podstawie umowy o pracę), stosownie do art. 29 ust. 3a p.z.p., osób wykonujących w trakcie realizacji zamówienia czynności konserwacyjne dźwigów i usuwania usterek technicznych oraz czynności uwalniania ludzi uwięzionych w kabinach. Jednakże nigdzie nie określono ile osób wykonawca lub podwykonawca winien zatrudnić w tej formie, jak i zamawiający nie wymagał określonego wymiaru etatu stosunku pracy.

3. Wykonawca LIFTEC sp. z o.o. sp. k zaoferował cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie zadania 1 w wysokości 119 750,40 zł brutto tj. 4 989,60 zł/miesięcznie - cena ta jest o 57,36 % niższa niż szacunkowa wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług (280 843,20 zł) i o 48,09 % niższa niż średnia arytmetyczna cen wszystkich czterech złożonych ofert (230 708,40 zł).

4. W dniu 12 grudnia 2017 r. na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p. zamawiający wezwał wykonawcę LIFTEC sp. z o.o. sp. k, do złożenia wyjaśnień „dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonej w postępowaniu na część oznaczoną jako Zadanie nr 1 i na część zamówienia oznaczoną jako Zadanie nr 2, w tym dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.” W treści wezwania zamawiający przypomniał wykonawcy o jego obowiązku zgodnie art. 90 ust. 2 p.z.p. i sankcji wynikającej z art. 90 ust. 3 p.z.p.

5. Odpowiedź na powyższe wezwanie wykonawca LIFTEC sp. z o.o. sp. k przedłożył zamawiającemu pismem z dnia 13.12.2017 r., do pisma nie dołączono żadnego dowodu.

W treści odpowiedzi na wezwanie wykonawca wskazał iż:

- przedmiot zamówienia wycenił zgodnie z SIWZ;
- głównym czynnikiem wpływającym na koszty kalkulacji cen za konserwację dźwigów (...) oraz całodobowego dyżuru pogotowia dźwigowego i usuwanie usterek technicznych to koszty funkcjonowania administracji przedsiębiorstwa;

- podkreślono nowoczesność rozwiązań i optymalizację funkcji i zadań, jak też

zarządzanie wewnątrz przedsiębiorstwa mające za zadanie optymalizacją kosztów

przy utrzymaniu niezmienniej jakości świadczonych usług, zaś „kolejnym czynnikiem

mającym znaczący wpływ na ceny jednostkowe konserwacji to koszty wynagrodzeń

18

pracowników, które zostały ustalone przy zachowaniu wszelkich norm prawnych, a ilość urządzeń przypisanych do każdego z konserwatorów jest tak dobrana, aby jego czas pracy był maksymalnie wykorzystany.”;

- budżet jest ustalany i rozliczany regionalnie;
- oddział we Wrocławiu posiada dwóch konserwatorów i pomocnika konserwatora, oddział zajmuje się wyłącznie konserwacją i naprawami urządzeń dźwigowych;
- miesięczne koszty utrzymania oddziału wynoszą 15 800,00 zł brutto, natomiast przychód wynosi powyżej 29 000,00 zł brutto;
- obecna ilość urządzeń konserwowanych w oddziale oraz planowane kolejne 75 szt.

(TBS) nie spowoduje wzrostu zatrudnia;

- założone miesięczne wpływy wynikające ze świadczenia usług konserwacyjnych dla TBS zwiększą jedynie przychody oddziału, co pozytywnie wpłynie na dalszy rozwój;

- zatrudnieni pracownicy posiadają kwalifikacje do wykonywania pomiarów elektrycznych, które to czynności ujęte są w ich obowiązkach wynikający z umowy o pracę - firma nie ponosi dodatkowych kosztów w tym zakresie - przy orientacyjnym koszcie wykonania pomiarów elektrycznych od 150 do 250 zł netto, są to przy najniższej stawce oszczędności wynoszące 75 szt. x 150 zł = 11 250,00 zł netto/rok;

- pracownicy firmy montowali 55 szt. urządzeń Ordona i już je konserwowali - bardzo dobra znajomość produktu sprawia, że konserwacja i naprawy przeprowadzane są sprawniej, bez konieczności zagłębiania się w instrukcje konserwacyjne, zaś „wiedza połączona z odpowiednimi kwalifikacjami sprawia, że zakładamy usterkowość urządzeń na bardzo niskim poziomie co spowoduje, że ilość czasu poświęconego na wizyty na obiekcie będzie bardzo niska”;

- dodatkowym czynnikiem pozwalającym na oszczędności jest skupienie urządzeń w jednej lokalizacji - redukuje to czas i koszty dojazdów na usługę konserwacji o ok. 50%; zaś dla pozostałych urządzeń konserwacja będzie przeprowadzana zgodnie z instrukcją producenta np. w przypadku dźwigów kone zakłada tzw. „konserwację modułową” polegającą na określonej kontroli wybranych elementów dźwigu w danym miesiącu co również pozwala zredukować czas pracy;

- zastosowanie monitoringu pracy konserwatorów spowodowało w skali firmy obniżenie kosztów paliwa o ok. 12% w stosunku do okresu w którym nie stosowano lokalizatorów GPS - ilość przejechanych kilometrów w miesiącu (bez GPS) ok. 33 000 km, zaś ilość z GPS, stan na listopad 2017 - ok. 29 500 km. Powyższe

pozwala znacząco zredukować czas dojazdu i pracy konserwatora, a także miesięczny koszt paliwa o ok. 1 500,00 zł brutto, przy średniej cenie 1 litra 4,60 zł brutto (pb/on) i średnim spalaniu 9l/100 km;

- LIFTEC wdrożył nowoczesny program obsługi klientów i zarządzania serwisem

„LIFTcare” - urządzenie pozwalające maksymalnie wykorzystać czas pracy konserwatora dające mu pełny wgląd do historii dźwigu, terminów konserwacji, ilości i rodzaju usterek, planowaniu napraw prewencyjnych, które mają zapobiec awariom, a także planowaniu badań okresowych UDT;

- „Uwzględniając wszystkie powyższe czynniki optymalizujące działalność (...) przedstawiamy poniżej wyliczenie kwoty. Czynniki te spowodowały możliwość zaoferowania cen dostosowanych do obecnych potrzeb panujących na rynku, a także utrzymania wysokiej jakości usług. Do realizacji zadania firma LIFTEC zamierza wyznaczyć 1 konserwatora. Założono 112 godzin miesięcznie na wykonywanie przedmiotu umowy. Godzina pracy 1 konserwatora uwzględniająca koszty firmy wynosi 31,35 zł brutto. Zatem 112 godz. X 31,35 zł brutto = 3 511,20 zł/miesiąc. Zakładane miesięczne wpływy z tytułu realizacji umowy wynosić będą 6 612,84 zł

brutto miesiąc”;

- na zakończenie wyjaśnień zapewniono, że kwota jest wystarczająca do rzetelnej realizacji zadania podlegającego na konserwacji urządzeń będących zasobach TBS, a także, iż wykonawca przestrzega przepisów z zakresu prawa pracy i prawa ochrony środowiska.

W oparciu o akta sprawy odwoławczej Izba ustaliła, iż do przedłożonego pisma z dnia 13.12.2017 r. wykonawca LIFTEC sp. z o.o. sp. k. nie dołączył żadnych dowodów wskazujących na właściwą kalkulację ceny oferty, czyniąc tym swoje twierdzenia gołosłownymi, brak też w treści wyjaśnień jakiegokolwiek kalkulacji czy chociażby zestawienia wartości przyjętych do wyliczenia ceny ofertowej. Jak już wcześniej wskazano, ciężar dowodu w zakresie wykazania, że cena lub koszt nie są rażąco niskie spoczywa na wykonawcy, zgodnie z art. 90 ust. 2 p.z.p., zatem wykonawca w ramach składanych wyjaśnień winien przedłożyć dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i zasadność przedłożonych wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż wykazać oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić - dla skutecznego wykazania nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyliczyć, ale także udowodnić, czy choćby przekonująco uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty (por. wyrok KIO z 14.04.2015r., sygn. akt KIO 637/15).

Zatem wobec braku przedłożenia przez wykonawcę LIFTEC sp. z o.o. sp. k. jakichkolwiek dowodów, których również wymaga w swej literalnej treści art. 90 ust. 1 p.z.p.

i których to zamawiający żądał od wykonawcy w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z dnia

20

12.12.2017 r., przedłożone przez spółkę wyjaśnienia, należy potraktować jako stanowisko podmiotu ukształtowane w postępowaniu, którego celem było, jak się może wydawać, przekonanie zamawiającego do swojego spojrzenia na sprawę, z zaznaczeniem, iż stanowisko to wobec braku chociażby próby wykazania jego prawidłowości nie posiada prymatu wiarygodności (por. wyrok KIO z dnia 10.06.2015 r., KIO 1103/15).

Ponadto należy zaznaczyć, że zamawiający na którym w toku postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 190 ust. 1a p.z.p. spoczywał ciężar dowodu, iż wybrana oferta LIFTEC sp. z o.o. sp. k. nie zawiera rażąco niskiej ceny, również nie przedłożył żadnego dowodu na wykazanie prawidłowości skalkulowanej w ofercie spółki ceny. Zamawiający w niniejszym postępowaniu w istocie odstąpił od jakiegokolwiek aktywności dowodowej pomimo obciążenia go ciężarem dowiedzenia prawidłowości dokonanej czynności i podjętej oceny wyjaśnień spółki, której ofertę wybrał jako najkorzystniejszą.

Izba dokonała weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na ocenie złożonych przez przystępującego wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., co do prawidłowego wyliczenia ceny oferty, w korelacji z treścią wezwania do złożenia wyjaśnień, a także w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia, co skutkowało stwierdzeniem, iż zamawiający nieprawidłowo ocenił złożone przez przystępującego wyjaśnienia, zaś zarzuty stawiane w tym zakresie przez odwołującego są uzasadnione i zasługują na uwzględnienie, a tym samym oferta LIFTEC sp. z o.o. sp. k. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na wstępie wskazać należy, iż wobec treści dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ocenie Izby nieuprawnione okazały się twierdzenia odwołującego, że wyjaśnienia dotyczące ceny są niewiarygodne z racji wskazania przez wykonawcę LIFTEC sp. z o.o. sp. k., iż wykonawca obecnie zatrudnia dwóch konserwatorów oraz pomocnika i nie zamierza zatrudniać dodatkowych osób, zaś do realizacji zamówienia skieruje jednego konserwatora, który obecnie jest pracownikiem wykonawcy - co zdaniem odwołującego jest niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa pracy, w szczególności w powiązaniu z obowiązkiem pełnienia dyżurów.

Należy zaznaczyć, iż zamawiający nie określił szczegółowych wymogów co do zatrudnienia osób, w oparciu o wymagania art. 29 ust 3 a p.z.p. W dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia, czy we wzorze umowy, nie wskazano konkretnej ilości wymaganych do

realizacji zamówienia osób, ani nie podano wymiaru etatu na jaki pracownik/cy wykonawcy mieliby zostać zatrudnieni, pozostawiając to swobodzie wykonawców. Ponadto zamawiający

21

stawiając warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniej zdolności technicznej i zawodowej dla zadania 1 (pkt VII ppkt 2.1.1 lit. b) SIWZ), wymagał uprawnień do konserwacji dźwigów i świadectwa kwalifikacji E i D, rozszerzonego do wykonywania pomiarów elektrycznych przy wskazaniu iż „uprawnienia i kwalifikacje mogą być posiadane przez jedną osobę lub oddzielnie przez kilka osób.”

Mając na uwadze powyższe, twierdzenia odwołującego w przedmiocie wykazywania, że wadliwym było przyjęcie przez LIFTEC sp. z o.o. sp. k., iż jedna osoba jest wystarczająca do realizacji umowy, lub wykazywanie, iż niemożliwym jest realizacja umowy bez zwiększania przez spółkę zatrudnienia, wobec braku objęcia zaskarżeniem treści wymogów zamawiającego - co do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, czy też braku określenia ilości czy wymiaru etatu/ów w opisie przedmiotu zamówienia - na obecnym etapie były twierdzeniami spóźnionymi. Aby skutecznie wywodzić, iż jeden pracownik jest niewystarczający do realizacji umowy, a tym bardziej, iż brak dodatkowego zatrudnienia po stronie wykonawcy LIFTEC sp. z o.o. sp. k. świadczy, iż wadliwie skalkulował on cenę, wpierv należałoby ustalić na jakich zasadach obecnie jest zatrudniony pracownik, który zostanie skierowany przez spółkę do pracy przy realizacji zamówienia publicznego, w szczególności jaki wymiar etatu zajmują mu obecnie wykonywane czynności dla pracodawcy, następnie jaki wymiar etatu stanowią czynności wymagane przez zamawiającego, zgodnie z SIWZ - czego zamawiający nie doprecyzował, zaś żaden z wykonawców nie zaskarżył tejże treści SIWZ, co więcej, nie budziła ona w tym zakresie żadnych wątpliwości wykonawców, bowiem żaden wykonawca nie żądał jej wyjaśnienia. W konsekwencji powyższego nie wykazano, że założenie skierowania do pracy jednej osoby jest niezgodne z treścią SIWZ i warunkami przyszłej umowy, a wyniku powoduje błędną kalkulację ceny ofertowej, wobec faktu, że zamawiający takich wymogów sam szczegółowo nie określił, pozostawiając to swobodnemu wyborowi wykonawców.

Izba przyjęła za wiarygodne i prawidłowe twierdzenia zamawiającego w tym zakresie, jednakże okoliczność ta nie mogła uchylić obiektywnego stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego prawa, gdyż wykonawca LIFTEC sp. z o.o. sp. k. nie wykazał realności i rzetelności kalkulacji ceny ofertowej, w tym w szczególności nie ujął w wyjaśnieniach i nie skalkulował żadnego z wymaganych w treści SIWZ i wzoru umowy kosztów wliczonych w miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe, oprócz jednego składnika - wynagrodzenia pracownika, jak szczegółowo wykazano w dalszej części uzasadnienia, co jednoznacznie wskazuje, iż zaoferowana cena wypełnia przesłanki art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., bowiem jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca LIFTEC sp. z o.o. sp. k w złożonych wyjaśnieniach podkreślił koszty

miesięcznego utrzymania wrocławskiego oddziału w wysokości 15 800,00 zł brutto

22

i miesięczny przychód w kwocie 29 000,00 zł, jednakże brak jest tutaj jakiegokolwiek odniesienia jaki to mogłoby mieć wpływ na realizację zamówienia dla zamawiającego, kwota ta nie tylko nie została powiązana z przedmiotem umowy, ale pozostała w sferze twierdzeń wykonawcy, gdyż nie wykazano żadnym dowodem, że wskazane wartości są rzeczywiste i powinny być przez zamawiającego wzięte pod uwagę. Wykonawca wskazał również na oszczędności w zakresie braku zlecania podmiotom trzecim pomiarów elektrycznych w kwocie 11 250,00 zł netto rocznie, jednakże uszło uwadze wykonawcy, że posiadanie uprawnień stanowiło wymóg zamawiającego i nie wykazano, żeby było to czynnikiem niespotykanym w branży podmiotów działających na rynku konserwacji urządzeń dźwigowych. Tożsamo wskazana przez wykonawcę wiedza o dźwigach ordon, kwalifikacje pracowników, a także monitoring pracy poprzez lokalizatory GPS wpływający na mniejsze zużycie paliwa nie stanowi czynnika nadzwyczajnego w dziedzinie usług konserwacji dźwigów, zaś, jak wskazał odwołujący, takie narzędzia pracy są na poziomie standardowym i wykorzystywane przez każdy profesjonalny podmiot, zaś zamawiający na rozprawie nie wykazał okoliczności przeciwnych. Izba w tym zakresie podkreśla, że powołanie się na standardowo występujące w obrocie czynniki i zabiegi zapewniające ekonomiczną efektywność podejmowanych czynności wymagane zawodowym charakterem działalności wykonawcy nie mogą stanowić substytutu dowodu na okoliczność racjonalności zaoferowanej ceny ofertowej - w istocie przyjęcie takiego założenia uczyniłoby postawione przez ustawodawcę w zakresie dowiedzenia realności ceny wymagania fikcyjnymi.

Jednakże, co najistotniejsze nie wykazano, że powyższe - nawet nie wycenione przez wykonawcę LIFTEC sp. z o.o. sp. k. czynniki - powodują obniżenie wynagrodzenia na poziomie odbiegającym o 57,36 % od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, a także, iż powodują, że wykonawca może zaoferować cenę niższą o 48,09 % od średniej arytmetycznej ceny wszystkich czterech złożonych w postępowaniu ofert.

Konkludując powyższe, Izba stwierdziła, że wykonawca nie wskazał prawidłowo zamawiającemu w jaki sposób posiadane przez niego warunki wpływają na cenę oferty, gdyż nawet nie podano ich wartości w przeliczeniu na polski złoty, a tam gdzie to uczyniono wskazać należy, iż po pierwsze nie udowodniono w żaden sposób przyjętych wartości, a także oszczędności na poziomie wskazanym przez wykonawcę (oszczędności 11 250,00 zł netto rocznie za pomiary i zredukowanie miesięcznego kosztu paliwa o 1500 zł brutto - przy braku wskazaniu przez wykonawcę ile te koszty wynoszą, w związku z czym informacji o zmniejszeniu o 1500,00 zł nie ma nawet do jakiej wartości odnieść) nie uzasadniają zaoferowania miesięcznej kwoty za wykonanie umowy na poziomie 4 989,60 zł brutto, przy szacowanych i zakładanych na realizację umowy przez zamawiającego miesięcznie

11 701,80 zł brutto i średniej miesięcznej cenie arytmetycznej wynikającej ze złożonych
23

w postępowaniu ofert w kwocie 9 612,85 zł brutto, rocznie zaś odpowiednio - 280 843,20 zł 230 708,40 zł, przy cenie LIFTEC sp. z o.o. sp. k. mniejszej o ponad 100 000,00 zł czyli 119 750,40 zł. Wprost przeciwnie - wskazuje to, że wykonawca skupił się w wyjaśnieniach na nieskwantyfikowanych, mgliście zarysowanych twierdzeniach o rzekomych oszczędnościach pomijając, iż powinien wykazać zamawiającemu, że zaoferowaną ceną objął cały przedmiot zamówienia określony przez zamawiającego w SIWZ.

Izba stwierdziła, jak słusznie podnosił odwołujący, że w przedłożonych wyjaśnieniach nie wykazano, a nawet nie wskazano, iż cena ofertowa obejmuje składniki wynikające z wzoru umowy, które w miesięcznym wynagrodzeniu winien skalkulować wykonawca składający ofertę:

1. materiały do wykonywania czynności konserwacyjnych o których mowa w § 2, które zgodnie z § 4 ust. 3 wzoru umowy, wykonawca zobowiązuje się dostarczać we własnym zakresie, w ramach wynagrodzenia wynikającego z umowy;

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 2 i 3 wzoru umowy są to: środki smarujące, wkładki topikowe, drobne elementy montażowe, takie jak: śruby, nakrętki, podkładki, pokrywy kaset przyzywowych, tuleje gumowe, gałki i korki drzwi, wkręty zawleczeni, nity, krótkie odcinki przewodów elektrycznych oraz uzupełnienie oświetlenia w kabinach dźwigów jak: żarówki (światłówki) w oprawach oświetleniowych kabin, żarówki sygnalizacyjne, bezpieczniki, kondensatory, diody do IA, układy R-C, materiały/urządzenia do wykonania elektrycznych rocznych pomiarów rezystancji izolacji i skuteczności działania urządzeń ochronnych, zaś na podstawie § 2 ust. 4 pkt 1 i 2 wzoru umowy materiały do: czyszczenia i smarowania elementów platform (toru jezdnego i elementów ruchowych urządzenia), a także przeglądu zespołów i części platform, dokonywania regulacji układu napędowego, kontaktów bezpieczeństwa oraz elementów wchodzących w skład aparatury sterowej oraz do usuwania usterek elektromechanicznych.

2. dostawa, zamontowanie i utrzymywanie w kabinach dźwigów aktywnych kart GSM do łączności z pogotowiem dźwigowym, które całodobowo ma pełnić wykonawca wybrany w postępowaniu (§ 5 ust. 2 wzoru umowy);

3. koszty dojazdu wynikające z obowiązku stawienia się na miejscu awarii i podjęcia czynności naprawczych w ciągu 1 godziny licząc od czasu zgłoszenia przez zamawiającego (§ 4 ust. 6 i § 5 ust. 3 wzoru umowy);

Izba stwierdziła, iż brak uwzględnienia przez wykonawcę LIFTEC sp. z o.o. sp. k. kosztów wskazanych w punktach 1 - 3, pomimo ich istotności dla realizacji zamówienia, już sam w sobie prowadzi do podważenia realności ceny zaoferowanej przez spółkę. Należy,

kosztów wykonywania umowy, ocenić jako zmierzający do zaniżenia ceny ofertowej, która w związku z tym nie oddaje stanu rzeczywistego i nie została skalkulowana z uwzględnieniem całości przedmiotu zamówienia. Jedynie pobocznie należy odnieść się do dowodu - dwóch tabel szacowania, o treści sporządzone „wg kosztów/danych podanych przez LIFTEC”, przedłożonych przed odwołującego i wskazać, że zaledwie częściowo mogłyby one pomóc w ustaleniu racjonalnego poziomu konkretnych kosztów, gdyby nie fakt, że wykonawca LIFTEC sp. z o.o. sp. k. ofertujący cenę, której zarzucono wypełnienie hipotezy art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., a także sam zamawiający nie wdali się w spór w tym zakresie. Zaś w związku z faktem, iż zamawiający nie zaoferował żadnej kalkulacji tych kosztów, i takowa nie znajduje się w wyjaśnieniach spółki, kalkulacji odwołującego nie było z czym skonfrontować i nie zaszła potrzeba ich oceny pod kątem ustalenia istotnych i spornych elementów stanu faktycznego. W istocie bierność po stronie zamawiającego i braki w wyjaśnieniach, skutkowały ostanieniem się zarzutów w tym zakresie, ponieważ nie zaoferowano nie tylko dowodów, ale nawet przekonujących twierdzeń na okoliczność przeciwną - niezależnie od konkretnej wysokości nie wziętych pod uwagę kosztów, w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, spółka niewątpliwie nie osiągnęłaby żadnego zysku z realizacji przedmiotowego zamówienia, a jest bardzo prawdopodobne, iż realizowałaby je ze stratą. Nie okazało się jednak w tym stanie postępowania istotne dowiedzenie, jak duża mogłaby to być strata. Okoliczność ta nie była również istotna przez pryzmat dyspozycji art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Tym samym stwierdzenie wykonawcy, na ostatniej stronie wyjaśnień, iż miesięcznym kosztem wykonywania zamówienia jest praca jednego konserwatora - czyli 3 511,20 zł brutto, zaś wpływy wynosić będą 6 612,84 zł brutto, nie może zostać zakwalifikowane jako wyliczenia wskazujące, iż cena została skalkulowana w sposób prawidłowy, a tym samym ujęto w niej wymagania zamawiającego określone w treści dokumentacji postępowania, a przede wszystkim nie uzasadnia zaoferowania przez Liftec sp. z o.o. sp. k. wynagrodzenia na poziomie odbiegającym o 57,36 % od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, a także, iż nie powodują, że wykonawca może zaoferować cenę niższą o 48,09 % od średniej arytmetycznej ceny wszystkich czterech złożonych w postępowaniu ofert. Wyjaśnienia te w istocie świadczą o braku elementarnej, wymaganej w profesjonalnym obrocie staranności po stronie wykonawcy, który skalkulował cenę nie biorąc pod uwagę żadnych kosztów, które sumarycznie mogą całkowicie skonsumentować dochód z realizacji umowy, a nawet doprowadzić do realizacji go ze stratą lub przy pominięciu niektórych czynności wymaganych przez zamawiającego.

Izba zbadała czynność zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w korelacji z zarzutem zaniechania odrzucenia Liftec sp. z o.o. sp. k., gdyż przedmiotem odwołania może być czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 180

ust. 1 p.z.p.) i stwierdziła, iż przedstawione wyjaśnienia, bez dowodów, wykazały, że wykonawca Liftec sp. z o.o. sp. k. zaoferował cenę nierealną, niewiarygodną i nie obejmującą całego zakresu zamówienia, co powoduje po stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia tejże oferty.

Ustosunkowując się do wniosku odwołującego zawartego w odwołaniu o przeprowadzenie dowodu z wyjaśnień przedstawiciela odwołującego na okoliczność rynkowych cen świadczenia przedmiotowej usługi, Izba oddaliła wniosek dowodowy ponieważ dla rozstrzygnięcia sprawy w granicach zarzutów odwołania Izba w niniejszej sprawie może oprzeć się wyłącznie na złożonych dokumentach, zaś okoliczności istotne w tym zakresie potwierdziły już złożone w postępowaniu oferty, w tym oferta złożona przez odwołującego. Należy przy tym zauważyć, że o ile zrozumiała jest inicjatywa odwołującego w zakresie szerszego wyjaśnienia okoliczności faktycznych sprawy, o tyle potrzeba przeprowadzenia dowodu powinna wynikać z ujawnienia się istotnych dla rozstrzygnięcia i spornych pomiędzy stronami okoliczności - w zakresie tezy dowodowej zaoferowanej przez odwołującego, takie okoliczności w sprawie w stanie stwierdzonym w wyniku analizy zgromadzonych dokumentów - w szczególności zaś wyjaśnień co do ceny Liftec sp. z o.o. sp. k. nie występowały.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 p.z.p., orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na

wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p.

W zakresie kosztów postępowania orzeczono, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. w zw. z § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) zaliczając na poczet kosztów postępowania uiszczony przez odwołującego wpis, a także nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu odwołującemu kosztów postępowania odwoławczego, w postaci zwrotu kosztów wpisu.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o zasądzenie kosztów postępowania w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, gdyż do czasu zamknięcia rozprawy nie przedłożono na tę okoliczność żadnego dokumentu. Wskazać przy tym należy, iż zgodnie

z literalnym brzmieniem § 3 pkt. 2 lit b ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania

26

odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600,00 zł. Zatem w tym zakresie Izba orzeka w oparciu o szczególne regulacje, wprowadzone do systemu prawa na potrzeby postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, które wymagają nie tylko złożenia formalnego wniosku i odwołania się do maksymalnej kwoty wynikającej z treści przedmiotowego rozporządzenia, bowiem warunkiem uwzględnienia wniosku jest przedłożenie do akt sprawy rachunku, dowodu poniesienia uzasadnionych kosztów strony, zaś w przypadku braku lub niemożliwości przedłożenia rachunku, Izba nie ma podstaw do uwzględnienia wniosku o zasądzenie kosztów wynikających z § 3 pkt. 2 lit. a ww. rozporządzenia (por. postanowienie KIO z 26.03.2014 r. o sygn. akt KIO 490/14, wyrok KIO z 09.09.2014 r. o sygn. akt KIO 1761/14).

Przewodniczący: