

Sygn. akt: KIO 3459/22

WYROK

z dnia 11 stycznia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **PROGRESS Technika Dźwigowa G. P., G. P. spółka jawna** z siedzibą w Gliwicach ul. Chorzowska 58, 44-100 Gliwice w postępowaniu w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnikę Śląską**, ul. Akademicka 2A, 44-100 Gliwice.

przy udziale wykonawcy **L. B.** prowadzącego działalność gospodarczą po firmą **Ergo Service L. B.**, ul. Sieroszewskiego 9a, 43-300 Bielsko-Biała zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża **PROGRESS Technika Dźwigowa G. P., G. P. spółka jawna** z siedzibą w Gliwicach, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **PROGRESS Technika Dźwigowa G. P., G. P. spółka jawna** z siedzibą w Gliwicach na rzecz **Politechniki Śląskiej** w Gliwicach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Politechnika Śląska w Gliwicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest konserwacja i badania elektryczne dźwigów w obiektach Politechniki Śląskiej w Gliwicach, Katowicach i Zabrze numer referencyjny: IA1.283.73.2022.EO. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 5 grudnia 2022 r., numer 2022/BZP 00476226/01.

21 grudnia 2022 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez L. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ERGO Service L. B. w Bielsku-Białej (dalej: „Ergo Service”). Wykonawca PROGRESS Technika Dźwigowa G. P., G. P. spółka jawna (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie na ww. czynność, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ERGO Service L. B., pomimo że podmiot ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nawet pomimo złożonych wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny nie wykazał, iż cena nie jest rażąco niska, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ERGO Service L. B., pomimo że oferta ta nie spełniała wymogów SIWZ, albowiem jak przyznał sam oferent w wyjaśnieniach z dnia 19 grudnia 2022 r. adresowanych do Zamawiającego oferta nie spełnia warunku, o którym mowa w Rozdziale II pkt 1 A ppkt 3 lit. c) albowiem podmiot ten nie posiada zorganizowanej kontroli jakości w myśl przepisów ustawy z dnia 15 marca 2019 r. o dozorze technicznym, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy ERGO Service L. B. jako zawierającej rażąco niską cenę oraz niespełniającej wymogów SIWZ.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ERGO Service L. B. (dalej: „Ergo Service”), która opierała na kwotę 381.357,00 zł brutto. Drugą ofertą, która została złożona w postępowaniu była oferta Odwołującego, która opiewała na kwotę 636.951,00 zł brutto inne oferty były wyższe. Zamawiający na realizację zamówienia zamierzał przeznaczyć 600.171,00 zł brutto. Spośród ofert, które w ocenie Zamawiającego nie podlegały odrzuceniu oferta Ergo Service i Oferta Odwołującego różniły się wyłącznie ceną. Oferta Ergo Service uzyskała 60 pkt w punktacji cenowej, natomiast oferta Odwołującego uzyskała 35,35 pkt. Oferta Ergo Service była niższa o 30% zarówno od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Pzp jak również od kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Cena oferty Ergo Service stanowi 65% kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na Zamówienie i 59% ceny oferty Odwołującego, a więc spełniała warunki uznania, iż jej cena jest rażąco zaniżona.

Odwołujący podał, że Zamawiający wezwał wykonawcę Ergo Service do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp. Ergo Service tych wyjaśnień udzielił. Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z tymi wyjaśnieniami. Wyjaśnienia te nigdy nie zostały mu udostępnione. Istotne jest, iż wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp. W myśl stanowiska KIO (por. wyrok z dnia 27 czerwca 2022, sygn. akt: KIO 1530/22) jeśli chodzi o wezwanie, którego podstawą jest art. 224 ust. 1 lub 2 Pzp, konsekwencją niezłożenia wyjaśnień lub złożenia wyjaśnień niewystarczających jest odrzucenie oferty jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp), natomiast w przypadku wniesienia odwołania ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 537 Pzp). W realiach niniejszej sprawy to Zamawiający lub Ergo Service powinni wykazać, że cena zaproponowana przez ten podmiot nie jest rażąco zaniżona. Należy bowiem wziąć pod uwagę, iż cena ta jest o ponad 255.000,00 zł niższa od oferty złożonej przez Odwołującego, a także o ponad 360.000,00 zł niższa od oferty złożonej przez kolejnego oferenta niepodlegającego wykluczeniu. Ponadto cena ta jest o 218.000,00 zł niższa od kwoty przeznaczonej na realizację Zamówienia przez Zamawiającego. Już na pierwszy rzut oka widać zatem, że cena ta jest rażąco zaniżona. W ocenie Wykonawcy żaden podmiot działający w warunkach uczciwej konkurencji, biorąc pod uwagę wzrost kosztów zatrudnienia (wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę powodujący również wzrost innych wynagrodzeń), wzrost ceny paliwa, energii elektrycznej,

gazu, poszczególnych produktów wywołany panującą inflacją nie jest w stanie wykonać tejże usługi za cenę wskazaną przez Ergo Service. Koszty zaproponowane przez tą firmę są znacząco poniżej stawek rynkowych, o czym świadczą pozostałe oferty różniące się między sobą o kilkadziesiąt a nie kilkaset tysięcy. Zdaniem Odwołującego wskazane przez Ergo Service ceny są nierealne do wykonania i świadczą o tym, iż podmiot ten prowadząc działalność gospodarczą w szarej strefie, np. zatrudniając nielegalnie pracowników. Żaden podmiot na rynku nie jest w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia za cenę wskazaną przez Ergo Service. (Dowód: przesłuchanie w charakterze Odwołującego P. G., przykładowe oferty przygotowane przez innych kontrahentów, wydruki ogłoszeń o wyborze najkorzystniejszych ofert z innych podobnych przetargów. Powyższe dowody Odwołujący zobowiązał się przedstawić najpóźniej na rozprawie.

W podsumowaniu pierwszego zarzutu Odwołujący stwierdził, że oferta złożona przez Ergo Service nie ma ekonomicznego uzasadnienia i żaden podmiot na warunkach wolnorynkowych za te pieniądze nie podjąłby się realizacji zamówienia, co z kolei implikuje wniosek, iż cena zaproponowana przez oferenta jest rażąco zaniżona, a tym samym oferta powinna podlegać odrzuceniu.

W uzasadnieniu drugiego zarzutu Odwołujący stwierdził, że oferta Ergo Service nie spełnia warunków SWZ i powinna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący podniósł, że w Rozdziale II opisie przedmiotu zamówienia w części A. Warunki i wymagania w zakresie konserwacji dźwigów w pkt 3 wskazano, iż zgodnie z ustawą o dozorze technicznym, Wykonawca musi spełniać następujące warunki:

- a) posiadać urządzenia umożliwiające naprawę urządzeń technicznych zgodnie z odpowiednią technologią;
- b) zatrudniać pracowników posiadających zaświadczenia kwalifikacyjne – uprawnienia UDT – potwierdzające umiejętność wykonywania czynności konserwacyjnych urządzeń dźwigowych oraz znajomość warunków technicznych dozoru technicznego, norm i przepisów prawnych w tym zakresie;
- c) posiadać zorganizowaną kontrolę jakości.

W myśl art. 9 ust. 2 ww. ustawy Organ właściwej jednostki dozoru technicznego, na wniosek wytwarzającego urządzenia techniczne oraz materiały i elementy stosowane do ich wytwarzania, naprawiającego lub modernizującego urządzenia techniczne, wydaje uprawnienie po stwierdzeniu, że wytwarzający, naprawiający lub modernizujący spełnia wymagania w zakresie wytwarzania, naprawy lub modernizacji tych urządzeń, a w szczególności:

- 1) wdrożył właściwą technologię wytwarzania, naprawy lub modernizacji;
- 2) posiada urządzenia zapewniające wytwarzanie, naprawę lub modernizację zgodnie z technologią, o której mowa w pkt 1;
- 3) zatrudnia pracowników o odpowiednich kwalifikacjach, określonych w odrębnych przepisach;
- 4) posiada zorganizowaną kontrolę jakości.

Ustęp 3 cytowanego przepisu ustawy o dozorcze technicznym stanowi natomiast, że wymagania określone w ust. 2 uważa się za spełnione, jeżeli wytwarzający, naprawiający lub modernizujący urządzenia techniczne posiada system jakości zgodny z Polskimi Normami, zatwierdzony i nadzorowany przez organ właściwej jednostki dozoru technicznego. Przyznanie uprawnień jest stwierdzone dokumentem wydanym przez właściwy organ dozoru technicznego, który w szczególności zawiera informacje, o których mowa w art. 9 ust. 4.

Następnie Odwołujący podał, że przedmiotem jest konserwacja dźwigów. Konserwacja dźwigów może przybrać postać: reagującą – naprawa w sytuacji, gdy doszło do uszkodzenia; zapobiegawczą – połączoną z zaplanowaniem wymiany elementu w ujęciu regularnych odstępów czasu na podstawie danych technicznych – wymiana następuje wtedy, gdy istnieje prawdopodobieństwo, że części maszyny są zużyte i nie mogą działać prawidłowo: predykcyjną – opartą na prawdopodobieństwie; przewidującą na bazie wcześniejszych danych, że w określonym czasie będzie musiała nastąpić wymiana części. Z treści SWZ wynika również, że przedmiotem zamówienia jest konserwacja dźwigów i reakcja na sytuacje awaryjne. Reakcją na sytuacje awaryjne może być z kolei naprawa dźwigu, a skoro tak to Ergo Service powinna posiadać w myśl SWZ i ustawy z dnia 21 grudnia 2000 r. o dozorcze technicznym zorganizowany system jakości, którego posiadanie powinno zostać potwierdzone dokumentem wydanym przez odpowiedni organ dozoru technicznego. W swoich wyjaśnieniach z 19 grudnia 2022 r. sam wykonawca przyznał, iż takiego dokumentu nie posiada, a posiada jedynie „wewnętrzny system kontroli jakości”, który pojęciowo nie jest tożsamy z systemem zorganizowanej kontroli jakości, o którym mowa w Rozdziale II SIWZ części A pkt 3 lit. c. i art. 9 ust. 2 ustawy o dozorcze technicznym. Wewnętrzny system kontroli jakości nie jest bowiem zatwierdzany przez odpowiedni organ dozoru technicznego.

Powyższe zdaniem Odwołującego wskazuje, że oferta Ergo Service powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż jest niezgodna z warunkami SWZ.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, iż co do zasady rażąco niską ceną będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena

oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej - jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia obejmujące jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe ustalana będzie przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej. Wszelkie wyjaśnienia powinny w sposób niebudzący wątpliwości pozwolić Zamawiającemu na ocenę oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, z uwzględnieniem faktu, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek przygotowania wyjaśnień w tym przedmiocie. Celem postępowania wyjaśniającego powinno być ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia- procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwości kosztowych. Zaś wyjaśnienia wykonawcy powinny być jednoznaczne, uchwytnie i powinny zawierać wymierne wartości ekonomiczne, a wszystko to powinno być poparte wiarygodnymi dowodami. Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się ofertą Ergo Service, a także z wyjaśnieniami złożonymi w trybie art. 224 ust. 2 Pzp w odpowiedzi na pismo Odwołującego z dnia 14 grudnia 2022 r. w przedmiocie rażąco niskiej ceny Ergo Service w piśmie z dnia 19 grudnia 2022 r. podniósł jedynie, że : „W odpowiedzi na kolejne zarzuty dotyczące kalkulacji ceny informuję, iż każda firma kalkuluje ceny zgodnie z własnymi wytycznymi, więc nie będę odnosił się co do kwestii kalkulacji przez firmę Progres Technika Dźwigowa, ponieważ nie mogą mi narzucić swojego sposobu kalkulacji. Moją kalkulację przedstawiłem w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i podtrzymuję ten sposób kalkulacji, ponieważ od wielu lat w ten sposób wyliczam swoje ceny i realizuję z powodzeniem zadania dla innych podmiotów.” Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia te nie są w żaden sposób przekonujące, a nadto nie zawierają żadnych danych ekonomicznych nie sposób więc stwierdzić, że wykonawca Ergo Service w sposób prawnie doniosły uzasadnił sposób skalkulowania swojej ceny i rozwiązał wątpliwości w przedmiocie rażąco niskiej ceny, a skoro tak to oferta ta winna podlegać odrzuceniu.

Odnosząc się do drugiego z przedstawionych zarzutów Odwołujący stwierdził, że w orzecznictwie KIO dominuje pogląd, iż to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że złożona przez niego oferta jest zgodna z treścią SWZ, a zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada wszystkim wymaganiom Zamawiającego. Zamawiający nie powinien domyślać się jakie parametry posiada zaoferowane urządzenie czy też poszukiwać informacji poza treścią oferty. Deklaracja wykonawcy powinna być jednoznaczna i nie budzić wątpliwości Zamawiającego. W realiach niniejszej sprawy wykonawca Ergo Service nie wykazał, że spełnia warunki SWZ, a nadto sam przyznał w piśmie z 19 grudnia 2022 r., że nie posiada

systemu zorganizowanej kontroli jakości zatwierdzonego przez UDT. Brak ten ma charakter nieusuwalny i oferta wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że przedmiotem zamówienia jest usługa obejmująca konserwację i badania elektryczne dźwigów w obiektach Politechniki Śląskiej w Gliwicach, Katowicach i Zabrze wraz z wykonaniem resursu. W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał od wykonawców między innymi posiadania urządzeń umożliwiających naprawę urządzeń technicznych zgodnie z odpowiednią technologią; zatrudniania pracowników posiadających zaświadczenie kwalifikacyjne - uprawnienia UDT - potwierdzające umiejętności wykonywania czynności konserwacyjnych urządzeń dźwigowych oraz znajomości warunków technicznych dozoru technicznego, norm i przepisów prawnych w tym zakresie oraz posiadania zorganizowanej kontroli jakości. Wbrew twierdzeniom Odwołującego przedstawionym w treści odwołania Zamawiający nie stawiał wykonawcom wymogu czy też nie określił jako warunku udziału w postępowaniu posiadania uprawnienia wydanego w formie decyzji administracyjnej do wytwarzania, naprawiania lub modernizacji urządzeń technicznych oraz materiałów i elementów stosowanych do ich wytwarzania, o którym mowa w art. 9 ustawy z dnia 21 grudnia 2000 roku o dozorcze technicznym. Zamawiający nie żądał także spełnienia przez wykonawców wszystkich przesłanek, od spełnienia których wskazana wyżej ustawa o dozorcze technicznym (dalej: Udt) uzależnia wydanie przedmiotowego uprawnienia. Zamawiający nie żądał tym bardziej przedstawienia przedmiotowego uprawnienia (decyzji administracyjnej), o którym mowa w zdaniu poprzedzającym ani żadnego innego potwierdzenia jego posiadania. W konsekwencji całkowicie chybiony jest zarzut Odwołującego sformułowany w pkt 2 petitum odwołania. Zamawiający nie wskazał jako warunku zamówienia posiadania uprawnień, o których mowa w art. 9 Udt. Zamawiający rzeczywiście wymagał posiadania przez wykonawców zorganizowanej kontroli jakości. Jednakże należy zauważyć, iż Udt nie zawiera definicji legalnej czy jakiegokolwiek innej definicji pojęcia zorganizowanej kontroli jakości. Zamawiający natomiast nie stawiał dodatkowych warunków w tym zakresie. Tym samym, posiadanie przez wykonawcę Ergo Service zorganizowanej kontroli jakości w formie dokumentu wewnętrznego, stanowiącego tajemnicę przedsiębiorstwa, co Wykonawca wskazał w piśmie z dnia 19 grudnia 2022 r. a następnie potwierdził w piśmie z dnia 27 grudnia 2022 r., uznać należy za spełnienie wymagań Zamawiającego wyartykułowanych w SWZ. Art. 9 ust. 3 Udt, na treść którego Odwołujący powołuje się w odwołaniu, odnosi się do „systemu jakości”, co nie jest tożsame ze zorganizowaną kontrolą jakości, o której mowa w SWZ.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a także linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający nie może odrzucić oferty wykonawcy na podstawie niespełnienia „dodatkowych” warunków, które nie zostały wskazane w SWZ, czy też nieprzedłożenia dokumentów, których obowiązek przedłożenia nie został wskazany w SWZ. W konsekwencji wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie tylko nie powinien odrzucić oferty wykonawcy Ergo Service na podstawie wskazanego przez Odwołującego przepisu, ale wręcz nie jest uprawniony do takiego odrzucenia oferty.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący zdaje się nie rozróżniać precyzyjnie użytych w Udt pojęć „konserwacja” oraz „naprawa”. Pojęcia te nie odpowiadają dosłownie potocznemu ich znaczeniu. Zakres użytego w Udt pojęcia „konserwacja” został rozwinięty i doprecyzowany w wydanym na podstawie art. 8 ust. 4 Udt Rozporządzeniu Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 30 października 2018 r. w sprawie warunków technicznych dozoru technicznego w zakresie eksploatacji, napraw i modernizacji urządzeń transportu bliskiego (Dz.U. z 2018 r. poz. 2176 z późn. zm.). Mianowicie, zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 4 przedmiotowego rozporządzenia, do konserwującego należy usuwanie usterek oraz innych nieprawidłowości w działaniu UTB. Powyższe dodatkowo przeczy twierdzeniom Odwołującego przedstawionym w treści uzasadnienia odwołania, albowiem do wykonywania usług konserwacji (które są przedmiotem zamówienia, a w których zakres wchodzi usuwanie usterek oraz innych nieprawidłowości w działaniu UTB) konieczne a zarazem wystarczające jest, aby pracownicy wykonawcy posiadali odpowiednie kwalifikacje potwierdzone zaświadczeniem kwalifikacyjnym, o którym mowa w art. 23 Udt oraz wydanym na jego podstawie Rozporządzeniu Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 21 maja 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1008 z późn. zm.) w sprawie sposobu i trybu sprawdzania kwalifikacji wymaganych przy obsłudze i konserwacji urządzeń technicznych oraz sposobu i trybu przedłużania okresu ważności zaświadczeń kwalifikacyjnych. Zamawiający w SWZ wymaganie takie postawił, a wykonawca Ergo Service wymaganie to spełnia. Co istotne, wbrew stanowisku Odwołującego, do wykonywania przedmiotu zamówienia (usług konserwacyjnych) nie jest konieczne posiadanie przez wykonawcę uprawnienia, o którym mowa w art. 9 Udt.

Niezależnie od powyższego, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, na wypadek niezaaprobowania przez Izbę przedstawionej powyżej argumentacji Zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 462 ust. 1 Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający zgodnie ze wspomnianym wyżej przepisem, uprawniony jest co prawda do wprowadzenia pewnych ograniczeń oraz wymagań w tym zakresie, w niniejszej sprawie Zamawiający jednak tego nie uczynił. Wobec powyższego, gdyby nawet hipotetycznie przyjąć, iż w ramach zamówienia, którego dotyczy niniejsza

sprawa konieczne będzie dokonanie napraw w rozumieniu Udt, do wykonania których konieczne będzie, aby podmiot je wykonujący posiadał uprawnienia, o których mowa w art. 9 Udt, wykonawca Ergo Service może wykonać przedmiotowe czynności przy udziale podwykonawcy, co zadeklarował.

Odnosząc się natomiast do stawianego przez Odwołującego zarzutu sformułowanego w pkt 1 Odwołania, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, Zamawiający stwierdził, iż także ten zarzut jest chybiony. Oferta wykonawcy Ergo Service rzeczywiście zawiera cenę o 30% niższą zarówno od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, jak i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10. Jednakże Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 1 i 2 Pzp, pismem z dnia 15 grudnia 2022 r. zwrócił się do Wykonawcy z prośbą o złożenie wyjaśnień celem ustalenia czy oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Wykonawca w dniu 19 grudnia 2022 r. złożył obszernie wyjaśnienia, w których przedstawił poszczególne czynniki cenotwórcze wpływające na możliwość zaoferowania przez niego ceny niższej niż w innych ofertach, kalkulację cenową oraz podstawy tej kalkulacji. W ocenie Zamawiającego złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia są wystarczające i uzasadniają podaną w ofercie cenę. Wobec powyższego, wbrew twierdzeniom Odwołującego brak jest także podstaw do odrzucenia oferty Ergo Service na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Niezależnie od powyższego zdaniem Zamawiającego zarzut Odwołującego, dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp winien zostać oddalony ze względu na samą jego wadliwość. Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 Pzp odwołanie powinno zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Zgodnie z utartą linią orzecniczą KIO „Szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu nie zwalania Odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta nie może być rozumiana w ten sposób, iż Odwołujący może poprzestać na przedstawieniu tezy, że skoro zaistniałej podstawy do wszczęcia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ust. 1 czy 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to znaczy, że cena ta musi być rażąco niska, przerzucając ciężar dowodu na wykonawcę, który złożył ofertę lub na Zamawiającego.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 czerwca 2022 r. sygn. akt: KIO 1225/22). Odwołujący w przedmiotowej materii ograniczył się do sformułowania zarzutu oraz uzasadniania go okolicznością, iż w jego opinii wykonanie zamówienia nie jest możliwe za zaoferowaną przez wykonawcę Ergo Service cenę oraz że cena jest znacznie niższa, niż cena pozostałych dwóch ofert złożonych w postępowaniu. Odwołujący nie przedstawił jednak

żadnych dowodów czy chociażby obiektywnych okoliczności potwierdzających jego twierdzenia. Co więcej wskazać należy, iż nawet ewentualne przedstawienie dowodów na rozprawie należało będzie uznać za spóźnione co potwierdza trafnie przytoczony przez Przystępującego wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lutego 2013 r. w którym to Izba wskazała, iż „odwołujący się nie wskazał, dlaczego - w jego ocenie - wykazane usługi nie spełniają postawionego warunku. Szczegółowe informacje przedstawił dopiero na rozprawie, jednak w ocenie Izby stanowiło to nieuprawnione rozszerzenie zarzutu. Stąd też Izba nie zajmowała się analizowaniem danych przekazanych przez odwołującego się na rozprawie i zarzut oddaliła, jako wadliwy formalnie.”. Wadliwość i pozorność stawianego przez Odwołującego zarzutu potwierdza także fakt, iż Odwołujący, jak sam przyznał przed złożeniem odwołania w niniejszej sprawie nie zapoznał się ze złożonymi przez wykonawcę Ergo Service wyjaśnieniami dotyczącymi rażąco niskiej ceny. Brak posiadania tak istotnych informacji nie przeszkodził jednak Odwołującemu w sformułowaniu zarzutu, dla zasadności którego kluczowe znaczenie ma właśnie ten dokument, którego treści nie znał. W tym miejscu podkreślenia z całą stanowczością wymaga, iż Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie wyjaśnień dotyczących ceny, o których mowa powyżej dopiero w dniu 27 grudnia 2022 r., a więc w dniu, w którym wniósł odwołanie, którego dotyczy niniejsza sprawa. Co istotne, dokument został przesłany Odwołującemu tego samego dnia, niezwłocznie po otrzymaniu przez Zamawiającego stosownego wniosku. Mianowicie, Odwołujący przesłał prośbę (pierwszą i jedyną) o udostępnienie mu wyjaśnień dotyczących ceny w dniu 27 grudnia 2022 r. o godzinie 10:26, Zamawiający udostępnił Odwołującemu przedmiotowe wyjaśnienia tego samego dnia o godzinie 10:33, Odwołujący przesłał Zamawiającemu odwołanie (po raz drugi) również 27 grudnia 2022 r. o godzinie 10:42. Jak wynika z powyższego, nieprawdziwe są twierdzenia Odwołującego podnoszone w treści odwołania, jakoby wyjaśnienia dotyczące ceny nigdy nie zostały mu udostępnione, a także że nie zostały mu udostępnione przed wniesieniem odwołania.

W odniesieniu do obydwu zarzutów sformułowanych w odwołaniu Zamawiający wskazał, iż wykonawca Ergo Service zarówno w złożonej przez niego ofercie, jak i w późniejszych pismach zadeklarował, iż spełnia wymogi SWZ oraz wykona zamówienie zgodnie z postanowieniami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia. Powołując się na przywołane orzeczenie KIO Zamawiający wskazał, że nawet w przypadku, gdyby sporządzona przez niego dokumentacja, w tym opis przedmiotu zamówienia, dała się ewentualnie niejednoznacznie interpretować, negatywnymi skutkami takiego stanu faktycznego nie może zostać obciążony wykonawca.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca L. B. prowadzący działalność gospodarczą po firmą Ergo Service (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do

postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stając się uczestnikiem postępowania. W piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienie do postępowania Przystępujący odniósł się do zarzutów w nim postawionych oraz wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący w piśmie datowanym 3 stycznia 2023 r., złożonym do Prezesa KIO 5 stycznia 2023 r. wniósł o dopuszczenie dowodów z:

- 1) oferty złożonej przez odwołującego wraz z załącznikami,
- 2) oferty złożonej przez L. B. wraz z załącznikami,
- 3) wezwania zamawiającego adresowanego do L. B. z 15 grudnia 2022 r. oraz wyjaśnień L. B. z 19 grudnia 2022 r. wraz z załącznikami,
- 4) zestawienia (kosztorysu) przygotowanego przez Odwołującego w przedmiocie minimalnych kosztów obsługi zamówienia wraz ze szczegółowymi wyliczeniami,
- 5) ofert złożonych Odwołującemu przez potencjalnych podwykonawców na wykonanie usług objętych zamówieniem,
 - na okoliczność, iż oferta L. B. zawiera rażąco niską cenę i powinna podlegać odrzuceniu, a także na okoliczność, iż L. B. nie udzielił szczegółowych wyjaśnień w zakresie żądanym przez Zamawiającego w dniu 15 grudnia 2022 r., a tym samym nie udzielił wyjaśnień wystarczających by jego ceny nie uznać za rażąco niskiej,
- 6) wydruku z https://www.udt.gov.pl/wykazy/uprawnione_zaklady_krajowe_UD.html?32 i wykazu osób uprawnionych za modernizację i kontrolę jakości wydanego przez UDT dla Odwołującego na fakt, iż L. B. nie znajduje się w wykazie podmiotów uprawnionych, posiadających zorganizowaną kontrolę jakości, o jakiej mowa w ustawie o dozorze technicznym, a tym samym nie spełnia warunków zamówienia.
- 7) z przesłuchania stron postępowania z ograniczeniem do osób odpowiedzialnych za reprezentację odwołującego na fakt sposobu kalkulacji ceny przedstawionej w ofercie oraz uzasadnionych kosztów wykonania zamówienia zgodnie z umową i sposobu wydawania uprawnień w zakresie zorganizowanej kontroli jakości przez UDT.

W uzasadnieniu pisma Odwołujący nawiązał do złożonego odwołania i podał, że zgodnie z art. 535 Pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawić aż do zamknięcia rozprawy. Dowodem w postępowaniu odwoławczym może być w zasadzie wszystko, w tym wyjaśnienia odwołującego. Dowody przedstawia się na potwierdzenie swoich twierdzeń lub na odparcie twierdzeń strony przeciwnej. Powyższa regulacja wprowadzająca prekluzję dowodową uprawnia zatem strony do przedstawiania wszelkich

dowodów do zamknięcia rozprawy na poparcie swoich twierdzeń wskazanych w odwołaniu lub na odparcie twierdzeń strony przeciwnej wskazanych w pismach procesowych. Odwołujący w treści odwołania podniósł twierdzenia, iż cena przedstawiona przez Przystępującego w ofercie jest rażąco niska i pomimo złożonych wyjaśnień nie obalono domniemania rażąco niskiej ceny, a także wskazał, iż oferta Odwołującego nie spełnia warunków SWZ. W niniejszym piśmie procesowym strona składa dowody na potwierdzenia tych twierdzeń.

Następnie Odwołujący przedstawił swoje stanowisko odnośnie treści wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego, wskazując na nowe okoliczności faktyczne zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, jako zdaniem Odwołującego, zawierającej rażąco niską cenę. Odwołujący przedstawił także stanowisko w zakresie drugiego z zarzutów odwołania. W tym zakresie także wskazał nowe okoliczności np. co do liczby stanowisk pracy w zakładzie, niezbędnej dla posiadania zorganizowanej kontroli jakości oraz stwierdzając m.in., że dokumentem potwierdzającym posiadanie zorganizowanej kontroli jakości jest wystawiony przez UDT „Wykaz osób odpowiedzialnych za modernizację oraz za kontrolę jakości”.

Do pisma zostały załączone: zestawienie przygotowanego przez odwołującego w przedmiocie minimalnych kosztów obsługi zamówienia wraz ze szczegółowymi wyliczeniami, oferty złożone Odwołującemu przez potencjalnych podwykonawców na wykonanie usług objętych zamówieniem (3 oferty), wydruk ze strony <https://www.udt.gov.pl/wykazy-uprawnionychzakladow/wykazy-uprawnionych-zakladow-krajowych>, wykaz osób odpowiedzialnych za modernizację oraz za kontrolę jakości wystawiony przez UDT dla Odwołującego.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego oraz ww. dowody załączone do złożonych w sprawie pism. Odwołujący nie podtrzymał wniosku o przesłuchanie stron - obecni na rozprawie wspólnicy Odwołującego składali wyjaśnienia w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane przez Strony i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej.

Izba ustaliła, co następuje:

Pismem z 15 grudnia 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Ergo Service L. B. do wyjaśnienia ceny oferty, na które w określonym terminie wykonawca udzielił wyjaśnień, w ramach których przedstawił m.in. swoją kalkulację ceny oferty.

Wyjaśnienia ceny oferty złożone przez Przystępującego zostały przekazane Odwołującemu przez Zamawiającego w niewielkim odstępie czasu od otrzymania wystąpienia w tym przedmiocie, tego samego dnia. Zarówno wystąpienie jak i przekazanie wyjaśnień miało miejsce w godzinach przedpołudniowych ostatniego dnia terminu na złożeniu odwołania.

Zgodnie z rozdziałem II SWZ *Opis Przedmiotu Zamówienia* (w treści „OPZ”):

1. *Przedmiotem zamówienia jest usługa obejmująca konserwację i badania elektryczne dźwigów w obiektach Politechniki Śląskiej w Gliwicach, Katowicach i Zabrze wraz z wykonaniem resursu. Usługę należy realizować zgodnie z poniższymi wymogami i informacjami podanymi w Wykazach 1-3 znajdującymi się w Formularzu Ofertowym stanowiącym integralną część przedmiotowej SWZ. Kod CPV 50.75.00.00-7 Usługi w zakresie konserwacji wind*

A. *Warunki i wymagania w zakresie konserwacji dźwigów*

1. *Dla zapewnienia bezpiecznej pracy dźwigów Wykonawca winien utrzymywać dźwigi w ciągłej sprawności technicznej i szybko reagować na nieprzewidziane awaryjne zatrzymanie, co oznacza, że dźwigi muszą być objęte całodobowym pogotowiem technicznym, by maksymalnie skrócić czas przestoju dźwigu w przypadku konieczności naprawy lub wymiany części.*

(...)

3. *„Zgodnie z ustawą z dnia 15 marca 2019 r. o dozorcze technicznym, Wykonawca musi spełniać następujące warunki:*

a) *posiadać urządzenia umożliwiające naprawę urządzeń technicznych zgodnie z odpowiednią technologią;*

b) *zatrudniać pracowników posiadających zaświadczenia kwalifikacyjne – uprawnienia UDT - potwierdzające umiejętność wykonywania czynności konserwacyjnych urządzeń dźwigowych oraz znajomość warunków technicznych dozoru technicznego, norm i przepisów prawnych w tym zakresie;*

c) *posiadać zorganizowaną kontrolę jakości.*

4. *Wykonujący czynności związane z konserwacją dźwigów, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 30 października 2018 r. w sprawie*

warunków technicznych dozoru technicznego w zakresie eksploatacji, napraw i modernizacji urządzeń transportu bliskiego, (konserwator) winien:

a) utrzymywać dźwigi w ruchu, gwarantować bezpieczeństwo i niezawodność ich funkcjonowania zgodnie z instrukcją obsługi i konserwacji danego dźwigu oraz przepisami dozoru technicznego;

(...)

B. Wymagania w zakresie wykonywania pomiarów elektrycznych

Badanie środków ochrony przeciwporażeniowej w zakresie (...)

C. Inne wymagania dotyczące realizacji zamówienia

1. Przy wykonywaniu prac należy stosować wyroby dopuszczone do obrotu i stosowania w budownictwie (ustawa o wyrobach budowlanych z 16.04.2004 r., wraz z rozporządzeniami wykonawczymi.

2. Prace należy wykonywać zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, obowiązującymi normami oraz zasadami wiedzy technicznej, w sposób nie zagrażający bezpieczeństwu ludzi i mienia.

(...)

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty zawarte w odwołaniu, w granicach których Izba orzeka.

Ad zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp

Na wstępie zauważenia wymaga, że zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 Pzp odwołanie powinno zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Zarzuty odwołania obejmują wskazanie przepisu ustawy, który zdaniem odwołującego został naruszony przez zamawiającego oraz okoliczności faktyczne, które jego zdaniem świadczą o uchybieniu wskazanym przepisom. Zarzuty odwołania powinny być uzasadnione w sposób pełny i konkretny. Nieprecyzyjne, ogólne ich przedstawienie, w szczególności w zakresie okoliczności faktycznych, oznacza nieprawidłowe postawienie zarzutu. Na etapie postępowania odwoławczego nie jest możliwe rozszerzanie czy zmienianie podstaw faktycznych zarzutów odwołania.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

W zakresie tego zarzutu Odwołujący w odwołaniu skoncentrował uwagę na porównaniu wysokości cen ofert złożonych w postępowaniu, zaznaczając, iż cena oferty Przystępującego jest zdecydowanie niższa niż cena oferty Odwołującego, a także od kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia i z porównania tych cen Odwołujący wywodził istnienie w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny.

W odwołaniu znalazło się stwierdzenie, że Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień ceny, które zostały udzielone, ale Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z ich treścią. Odwołujący zaznaczył przy tym, że *„Wyjaśnienia te nigdy nie zostały mu udostępnione”*. Jak natomiast stwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, i co przyznał Odwołujący na rozprawie, o przekazanie tych wyjaśnień wystąpił do Zamawiającego dopiero 27 grudnia 2022 r. i zostały mu one niezwłocznie przekazane. Nastąpiło to, jak stwierdził Zamawiający, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, w godzinach przedpołudniowych. Tak więc w dniu upływu terminu na wniesienie odwołania, Odwołujący dysponował wyjaśnieniami ceny złożonymi przez Przystępującego. Mógł zatem odnieść się do nich w odwołaniu w sposób konkretny, wskazując swoje zastrzeżenia do zawartej w nich treści, w tym do przedstawionych w wyjaśnieniach kalkulacji i postawić konkretne zarzuty co do nich.

Odwołujący nie zakwestionował jednak w odwołaniu zawartych w wyjaśnieniach stwierdzeń, w szczególności zawartej w nich kalkulacji, a jedynie przedstawił ogólnikowe twierdzenia dające wyraz temu, iż wyjaśnienia ceny zostały złożone przez Przystępującego. Odwołujący skupił uwagę w odwołaniu na cenie oferty Przystępującego, wskazując m.in., że nie ma ona ekonomicznego uzasadnienia, że stawki zaoferowane przez Przystępującego są nierynkowe, o czym jego zdaniem świadczą ceny pozostałych ofert, różniące się od siebie o kilkadziesiąt tysięcy złotych. Dopiero w piśmie z 3 stycznia 2023 r. (złożonym do Prezesa Izby 5 stycznia 2023 r.), a więc po upływie terminu na wniesienie odwołania, Odwołujący przedstawił swoje stanowisko co do treści wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego, co jest działaniem spóźnionym.

Nadto zwraca uwagę, że Odwołujący w odwołaniu w miejsce przedstawienia rzeczowych argumentów co do treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego ze wskazaniem, dlaczego uznaje, że nie obalają one domniemania istnienia w ofercie tego wykonawcy rażąco niskiej ceny, podkreślił wynikające z art. 537 Pzp zasady ciężaru dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zauważenia jednak wymaga, że jakkolwiek określone w tym przepisie zasady odbiegają od generalnej zasady w postępowaniu odwoławczym, określonej w art. 534 ust. 1 Pzp, z której wynika, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego zobowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, to jednak, nie zwalniają one

Odwołującego z postawienia w odwołaniu prawidłowo sformułowanego zarzutu, w tym prawidłowego i pełnego przedstawienia okoliczności faktycznych składających się na ten zarzut. W ocenie Izby treść odwołania nie spełnia wymogów w tym zakresie. Nie jest z niego wiadomo w szczególności, dlaczego wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny oferty. Odwołujący w szczególności nie wskazał, dlaczego cena oferty wykonawcy Ergo Service jest jego zdaniem nierynkowa, dlaczego cena ta nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, dlaczego została wadliwie skalkulowana.

Sama różnica cen ofert złożonych w postępowaniu, podnoszona przez Odwołującego w odwołaniu, nie przesądza natomiast o tym, że cena najniższa jest rażąco niska. Należy bowiem mieć na uwadze, że różnice w cenach poszczególnych ofert mogą być wynikiem różnych czynników indywidualnie związanych z danym podmiotem, dotyczących np. warunków organizacyjnych, ekonomicznych czy finansowych, w jakich wykonawca działa, ponoszonych kosztów związanych z wynagrodzeniem osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia, sposobu kalkulacji. W związku z tym nie może ona być jedynym wyznacznikiem dla stwierdzenia w ofercie wykonawcy Ergo Service rażąco niskiej ceny. Jak wyżej wskazano odwołanie nie zawiera konkretnych argumentów z powołaniem się na poszczególne elementy wyjaśnień ceny, które miałyby zdaniem Odwołującego świadczyć o tym, że Przystępujący nie złożył wyjaśnień, które uzasadniają podaną w ofercie cenę.

W okolicznościach analizowanej sprawy również cena oferty Przystępującego w relacji do kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, nie może sama w sobie przesądzać o jej rażąco niskim charakterze. Z protokołu postępowania wynika, że wartość zamówienia została określona na kwotę 906 185,00 zł, w tym wartość prawa opcji (70%) 373 135,00 zł. Z dokumentów zamówienia i stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie wynika, że dokonał on określenia tej kwoty w wyniku zapytania ofertowego, skierowanego do 7 wykonawców, w tym obecnego Odwołującego, który aktualnie realizuje zamówienie dla Zamawiającego, na podstawie wcześniej zawartej umowy. Tylko Odwołujący udzielił odpowiedzi, która, obok dotychczas pobieranego przez niego wynagrodzenia, posłużyła do określenia wartości szacunkowej zamówienia. W związku z tym należy przyjąć, że to sposób kalkulacji ceny stosowany przez Odwołującego był wyznacznikiem kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia. Jak natomiast zaznaczono powyżej, wykonawcy kalkulują swoje oferty w sposób zindywidualizowany, uwzględniający ich indywidualne uwarunkowania w jakich działają i przyjmowane zasady co wysokości zysku na danym zamówieniu. Nadto w sprawie zwraca uwagę, że w swojej ofercie, w arkuszu kalkulacyjnym ceny oferty, Odwołujący zastosował jednakową jednostkową stawkę konserwacji netto dla wszystkich obiektów objętych

zamówieniem. Niezależnie zatem od lokalizacji i związanego z tym kosztu dojazdu i ilości urzędzeń w tej lokalizacji oraz ich rodzaju, Odwołujący zastosował taką samą stawkę. Może to budzić wątpliwości. Tym bardziej, że odwołanie nie zawiera argumentu wskazującego na wadliwość w tym aspekcie wyceny Przystępującego, który, jak wynika z oferty, zaoferował zróżnicowane stawki, co może wskazywać na uwzględnienie w kalkulacji tego wykonawcy ww. czynników, które mogą różnicować wycenę usług co do poszczególnych obiektów.

W związku z tym przedstawione w odwołaniu okoliczności koncentrujące się wokół różnic cen ofert złożonych w postępowaniu oraz kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia samodzielnie nie potwierdzają zasadności zarzutu.

Rozstrzygając spór co do zaistnienia tej przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy, Izba ocenia czynność zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Każdy przypadek rozpatrywany jest indywidualnie. Wystosowanie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny oferty wykonawcy skutkuje powstaniem domniemania istnienia w tej ofercie rażąco niskiej ceny, którego obalenie obciąża wykonawcę, co wynika z art. 224 ust. 5 Pzp. W analizowanej sprawie Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których przedstawił okoliczności, właściwe dla tego wykonawcy, umożliwiające obniżenie ceny jego oferty oraz przedstawił swoją kalkulację. Ze złożonych wyjaśnień wynika, jakie koszty wykonawca uwzględnił w kalkulacji ceny. Zamawiający ocenił je jako wystarczające, zaś Odwołujący w odwołaniu ich nie podważył.

Jak wyżej zaznaczono odwołanie nie zawiera przekonujących argumentów wskazujących, że czynność oceny wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego dotknięta jest określonymi wadami. Dopiero za pismem złożonym do Prezesa Izby 5 stycznia 2023 r., a więc po upływie terminu na wniesienie odwołania, Odwołujący odniósł się do wyjaśnień złożonych przez Ergo Service i przedstawił zestawienie minimalnych kosztów obsługi wraz ze szczegółowymi wyliczeniami, w których przedstawił wyliczenia wykorzystując część danych przedstawionych przez Przystępującego, tj. stawkę za godzinę pracy, koszt dojazdu za km oraz koszt materiałów użytych do konserwacji. Jest to jednak działanie spóźnione. Rozszerzanie zarzutów odwołania po upływie terminu na jego wniesienie jest nieuprawnione. Zamawiający nie mógł się zapoznać z tymi wyliczeniami i w odpowiedzi na odwołanie, po ich analizie, wyrazić swojego stanowiska co do np. uwzględnienia odwołania bądź jego oddalenia.

W ocenie Izby również dowody w postaci ofert innych podmiotów, złożone przez Odwołującego za ww. pismem, nie stanowią wystarczającego potwierdzenia, że cena oferty Przystępującego jest nierealistyczna, że nie jest możliwe należyte wykonanie za nią przedmiotu zamówienia. Jakkolwiek wskazują one na ceny wyższe, niż zaoferował

Przystępujący, to jednak nie jest wiadomo, w jakich uwarunkowaniach podmioty te działają, np. czy wykorzystują pracę własną właścicieli, czy uwzględniły efekt skali.

Jak wynika z zestawienia otwartych ofert, w postępowaniu zostały złożone trzy oferty, tj. przez Przystępującego, Odwołującego i MP PROLIFT sp. z o.o., których rozpiętość cenowa jest wyraźna. Wskazuje to na zindywidualizowane podejście do kalkulacji cen ofert w postępowaniu. Przedmiotem zamówienia są usługi tj. konserwacja i badania elektryczne dźwigów we wskazanych obiektach wraz z usługą rewersu. Przy realizacji tego zamówienia, jak wynika ze stanowiska Zamawiającego i treści SWZ, nie było wymagane posiadanie przez wykonawcę uprawnień w zakresie modernizacji, które wiążą się z koniecznością spełnienia określonych dodatkowych wymagań wynikających z ustawy o dozorcze technicznym, na które wskazują podmioty, których oferty złożył Odwołujący np. „LIFTBUD” sp. z o.o. w Katowicach, a co, jak słusznie zauważył Zamawiający na rozprawie, może wpływać na wysokość stosowanych przez nich stawek. W związku tym trudno uznać, że oferty te są wyznacznikiem poziomu prawidłowych cen w analizowanym postępowaniu, przy uwzględnieniu jego przedmiotu.

W podsumowaniu należy stwierdzić, że Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu przekonujących argumentów wskazujących na zaistnienie podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę oferty tego wykonawcy. Również złożone przed zamknięciem rozprawy dowody nie potwierdzają zasadności sformułowanego w odwołaniu zarzutu.

Z tych względów ww. zarzut odwołania nie może być uwzględniony.

Ad zarzut naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Zgodnie z art. 7 pkt 29 Pzp przez warunki zamówienia należy rozumieć m.in. warunki wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, co oznacza, że do wymogów postawionych przez zamawiającego należy porównywać treść złożonych przez wykonawców ofert. Chodzi przy tym o merytoryczne wymagania, w tym co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, które są istotne dla wykonania zamówienia w stopniu zaspokajającym opisane przez zamawiającego oczekiwania oraz o merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia. Dla odrzucenia oferty na podstawie ww. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie niezgodności treści oferty z określonymi w SWZ wymaganiami, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości. W związku z tym opis tych warunków powinien być precyzyjny i jednoznaczny. Niejasne, pozwalające na różną interpretację postanowienia dotyczące warunków

zamówienia, nie mogą skutkować negatywnie dla wykonawcy, bowiem to Zamawiający jest ich autorem i to on powinien zadbać o precyzyjny i jednoznaczny opis warunków zamówienia. Specyfikacja warunków zamówienia nie może być zmieniana po terminie składania ofert.

Zarzut ten Odwołujący oparł na stwierdzeniu, że Przystępujący nie posiada zorganizowanej kontroli jakości w rozumieniu ustawy o dozorze technicznym, bowiem posiadanie jedynie wewnętrznego systemu kontroli jakości, który nie jest zatwierdzony przez odpowiedni organ dozoru technicznego, nie jest pojęciowo tożsame z systemem zorganizowanej kontroli jakości, o którym mowa w rozdziale II SIWZ części A pkt 3 lit. c i art. 9 ust. 2 ustawy o dozorze technicznym. Odwołujący podkreślił przy tym: *„Z treści SIWZ wynika również, że przedmiotem zamówienia jest konserwacja dźwigów i reakcja na sytuacje awaryjne, reakcja na sytuacje awaryjne może być z kolei naprawa dźwigu, a skoro tak do Ergo Service powinna posiadać w myśl SIWZ i ustawy z dnia 21 grudnia 2000 r. o dozorze technicznym zorganizowany system jakości, którego posiadanie powinno zostać potwierdzone dokumentem wydanym przez odpowiedni organ dozoru technicznego.”*

Z powyższego, oraz ze stanowiska prezentowanego przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym, w tym dotyczącego braku wpisu Przystępującego do wykazu zakładów uprawnionych, wynika, że z rozdziału II część A pkt 3 SWZ wywodzi on, iż skoro Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał zorganizowaną kontrolę jakości zgodnie z ustawą o dozorze technicznym, to wykonawca powinien dysponować na etapie postępowania o udzielenie zamówienia dokumentem, wydanym przez odpowiedni organ nadzoru technicznego, potwierdzającym uprawnienia niezbędne dla wytwarzania i wprowadzania do obrotu w Polsce oraz wykonywania napraw czy modernizacji urządzeń technicznych.

Zdaniem Zamawiającego natomiast z rozdziału II część A pkt 3 SWZ nie wynika, że wykonawca ma być wpisany do wykazu UDT. Zawarty tam wymóg dotyczący posiadania zorganizowanej kontroli jakości, o której mowa w ustawie o dozorze technicznym, ale nie implikuje konieczności wpisu do wykazu podmiotów uprawnionych, ponieważ przedmiot zamówienia nie wymaga takiego obowiązku. Gdyby tego oczekiwał, to byłoby to nadmierne i w sposób nieuzasadniony ograniczałoby krąg wykonawców, przez co naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji, o której mowa w Pzp.

W tym zakresie zauważenia wymaga, że Odwołujący pomija, że Zamawiający nie wymagał posiadania przez wykonawców wskazywanych przez niego uprawnień, nie wymagał zamieszczenia w ofercie oświadczenia co do takich uprawnień, jak też nie określił

warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania tych uprawnień oraz nie zawarł wymogu przedłożenia dokumentu potwierdzającego ich posiadanie.

Odwołujący, wskazując na art. 9 ust. 2 i 3 ustawy o dozorze technicznym pomija również, że przywoływany przez niego przepis ust. 2 nie został w całości przytoczony w rozdziale II część A ppkt 3 SWZ, tj., że w SWZ brak jest wymogu wdrożenia właściwej technologii wytwarzania, naprawy lub modernizacji, a jak sam stwierdził w piśmie z 3 stycznia 2023 r. *uprawnienie zostaje wydane po stwierdzeniu, że wnioskujący spełnia wymagania w zakresie wytwarzania, montażu, naprawy lub modernizacji urządzeń technicznych oraz wytwarzania materiałów i elementów w szczególności:*

- *wdrożył właściwą technologię wytwarzania, montażu, naprawy lub modernizacji,*
- *posiada urządzenia zapewniające wytwarzanie, naprawę lub modernizację zgodnie z technologią, o której mowa w pkt 1,*
- *posiada zorganizowaną kontrolę jakości,*
- *ma możliwość przeprowadzenia badań niszczących i nieniszczących wytwarzanych, naprawianych lub modernizowanych urządzeń technicznych oraz materiałów we własnym laboratorium lub laboratorium uznanym przez organ właściwej jednostki dozoru technicznego,*
- *zatrudnia pracowników o odpowiednich kwalifikacjach (zob. Kwalifikacje osób), m. in.: osoby odpowiedzialne za wytwarzanie, naprawę, modernizację i kontrolę jakości urządzeń technicznych oraz materiałów i elementów stosowanych do wytwarzania, naprawy lub modernizacji tych urządzeń powinny posiadać: wyższe wykształcenie techniczne i co najmniej dwuletnią praktykę zawodową lub wykształcenie średnie techniczne i co najmniej pięcioletnią praktykę zawodową oraz o znajomość norm, przepisów o dozorze technicznym i warunków technicznych dozoru technicznego w zakresie prowadzonej działalności.*

Przedmiot zamówienia obejmuje co do zasady konserwację urządzeń, dla wykonywania której nie są wymagane uprawnienia, na które powołuje się Odwołujący. Odwołujący, w kontekście podnoszonej kwestii kontroli jakości i uprawnień używa wprawdzie argumentu dotyczącego napraw, jednak nie wykazał, że naprawy związane z objętą przedmiotem zamówienia konserwacją np. bieżące naprawy polegające na wymianie lub naprawie uszkodzonych drobnych części takich jak: smary, oleje, przyciski, elementy sygnalizacyjne, oświetleniowe itp. czy inne wskazane w rozdziale II pkt 1 A ppkt 4 SWZ, wymagają posiadania uprawnień, z braku których (w odniesieniu do zorganizowanej kontroli jakości) uczynił podstawę zarzutu odwołania. Odwołujący pomija, że postanowienia SWZ, na które się powołuje, zostały zamieszczone w opisie przedmiotu zamówienia, przy czym nie

jest sporne, że zamówienie może być w określonej części wykonane przez podwykonawcę. Nadto ubocznie zauważenia wymaga, iż rozbudowana w toku postępowania odwoławczego argumentacja dotycząca ewentualnej konieczności modernizacji dźwigów, dla której wymagane są wskazywane przez niego uprawnienia, nie jest objęta przedmiotem zamówienia. Jak bowiem wynika ze zgodnych w tym zakresie stanowisk stron, w razie zaistnienia potrzeby modernizacji urządzenia, jest ona odrębnie zlecana dotychczasowemu czy innemu wykonawcy, w tym w wyniku przeprowadzonego odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrębnie wynagradzana.

Nie jest sporne, że w SWZ Zamawiający nie określił wymogów co do tego, aby wykonawcy przedłożyli dokument potwierdzający posiadanie zorganizowanej kontroli. W związku z tym wywodzenie z elementu opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego zorganizowanej kontroli jakości obowiązku okazania się na etapie badania i oceny ofert przez wykonawcę dokumentem potwierdzającym posiadanie uprawnień, a z jego braku na tym etapie, podstawę do odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, należy uznać za nieuzasadnione. Dla wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp treść oferty wykonawcy musi być niezgodna z warunkami zamówienia. Skoro Zamawiający nie wymagał w SWZ posiadania uprawnień i przedłożenia dokumentu potwierdzającego ich posiadanie, to z braku jego złożenia przez Przystępującego na etapie badania i oceny ofert, Zamawiający nie mógł uczynić podstawy odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Niezalenie od powyższego, należy zgodzić się z Zamawiającym, że nawet jeśliby przyjąć, że użyte w SWZ w rozdziale dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, sformułowania dotyczące spełniania warunków i wskazania na ustawę o dozrze technicznym oraz zorganizowanej kontroli jakości, można byłoby uznać za mylące i pozwalające na dalej idącą interpretację, niż objęta zamysłem Zamawiającego, to z uwagi na to, że jak wyżej wskazano, niejasności SWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy, nie mogłyby to skutkować negatywnie dla Przystępującego.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, mającego wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: