

Sygn. akt: KIO 2586/17

WYROK

z dnia 19 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 grudnia 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w **6 grudnia 2017 r.** przez wykonawcę **"PROLIFT" Sp. z o.o., ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Kultury Zamek, ul. Św. Marcin 80/82, 61-809 Poznań**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 01.12.2017 r., jak i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach których nakazuje odrzucenie oferty: LIFTEC Sp. z o.o., ul. Księżycowa 15/2, 62-020 Swarzędz na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych z uwagi na potwierdzenie się zarzutów wskazanych w odwołaniu.
2. kosztami postępowania obciąża Centrum Kultury Zamek, ul. Św. Marcin 80/82, 61-809 Poznań i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **"PROLIFT" Sp. z o.o., ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Centrum Kultury Zamek, ul. Św. Marcin 80/82, 61-809 Poznań** na rzecz **"PROLIFT" Sp. z o.o., ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Serwis urządzeń dźwigowych zainstalowanych w budynku Centrum Kultury ZAMEK w Poznaniu*”; nr ref. DA/XXVII/2017, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 618519-N- 2017, data zamieszczenia 20.11.2017 r., przez Centrum Kultury Zamek, ul. Św. Marcin 80/82, 61-809 Poznań zwany dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 01.12.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej LIFTEC Sp. z o.o., ul. Księżycowa 15/2, 62-020 Swarzędz zwanej dalej: „*LIFTEC Sp. z o.o.*” albo „*LIFTEC*” albo „*Odwołującym*”. Drugą pozycję w rankingu zajęła oferta T. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą VERTICAL T. P., ul. Południowa 21, 62-200 Gniezno zwana dalej: „*VERTICAL T. P.*”, trzecią pozycję w rankingu zajęła oferta „*PROLIFT*” Sp. z o.o., ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań zwanej dalej: „*PROLIFT Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 06.12.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) „*PROLIFT*” Sp. z o.o. wniosło odwołanie na w/w czynność z 01.12.2017 r. oraz zaniechania. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 06.12.2017 r. (e-mailem). W/w czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 pkt 1-5, art. 90 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „*Pzp*” poprzez:

- zaniechanie odrzucenia oferty LIFTEC, co do której LIFTEC nie wykazał w sposób odpowiedni w drodze wyjaśnień składanych na podstawie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp, iż nie zawiera ona rażąco niskiej ceny;
- zaniechanie odrzucenia oferty LIFTEC, która zawierała rażąco niską cenę, w szczególności z powodu nieuwzględnienia w kalkulacji ceny takich pozycji jak w szczególności: kosztów zapewnienia całodobowego pogotowia serwisowego, kosztów przygotowania dźwigów do rocznego przeglądu dokonywanego przez Urząd Dozoru Technicznego, kosztów przeszkolenia osób wskazanych przez Zamawiającego w zakresie awaryjnego uwalniania ludzi z kabiny dźwigu, kosztów dostarczenia i wymiany elementów wyposażenie, kosztów bezpłatnej aktualizacji do najnowszych wersji oprogramowania, kosztów uzyskania i podtrzymania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (OC);

W związku z powyższym, wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania ponownej oceny ofert oraz odrzucenia oferty LIFTEC;
- 3) zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego (w tym kosztów pomocy prawnej udzielanej przez radcę prawnego, przy czym stosowna faktura VAT zostanie przedłożona na rozprawie).

Odnosnie zarzutu rażąco niskiej ceny. W ramach postępowania, Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp wezwał wykonawcę LIFTEC do wyjaśnienia dotyczącego zaoferowanej ceny. Wykonawca LIFTEC udzielił wyjaśnień bardzo ogólnikowych. Użył następującej argumentacji (oprócz ogólników, takich jak zapewnienia o prawidłowości i realności kalkulacji, które zgodnie z orzecznictwem KIO nie mogą stanowić skutecznego wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp):

1. Obniżenie kosztów funkcjonowania administracji przedsiębiorstwa poprzez zastosowanie optymalizacji podziału funkcji i zadań, jak również zarządzania wewnątrz przedsiębiorstwa mające za zadanie optymalizację kosztów przy utrzymaniu niezmiennej jakości świadczonych usług.
2. Czynnikiem mającym znaczący wpływ na ceny jednostkowe konserwacji są koszty wynagrodzeń pracowników, które zostały ustalone przy zachowaniu wszelkich norm prawnych, a ilość urzędzeń przypisanych do każdego z konserwatorów jest tak dobrana, aby jego czas pracy był maksymalnie wykorzystany.
3. Wprowadzenie minimalizacji kosztów działalności operacyjnej konserwatorów, polegającej na optymalizacji zaplanowanych tras konserwacji oraz obniżeniu kosztów transportu. LIFTEC korzysta z nowoczesnego programu (komputerowego) zarządzania pracownikami w terenie, który wraz z GPS pozwala na szybkie rozdysponowanie pracowników znajdujących się najbliżej zgłaszanego obiektu.

W tym miejscu wskazał, iż żaden z powyższych argumentów nie spełnia wymagań stawianych przez art. 90 ust. 1 i 2 Pzp.

Względem optymalizacji podziału funkcji i zadań.

Po pierwsze - LIFTEC nie wyjaśnił, na czym dokładnie miałyby polegać „optymalizacja podziału funkcji i zadań”, która prowadzi do obniżenia kosztów funkcjonowania administracji przedsiębiorstwa.

Po drugie - LIFTEC nie wykazał w żaden sposób, iż zastosowana przez niego w/w optymalizacja, jest wyjątkowa, „nieдоступna” dla jego konkurentów.

Po trzecie - LIFTEC nawet nie podjął próby wyjaśnienia, jak i w jakim dokładnie stopniu rzeczona optymalizacja wpływa na obniżenia kosztów administrowania przedsiębiorstwa, a następnie zaoferowanej przez niego w postępowaniu ceny.

Warto w tym miejscu przywołać w tym zakresie orzecznictwo KIO:

„Izba podkreśla, że odwołujący nie wykazał w żadnym miejscu swoich wyjaśnień wpływu na cenę ofertową wykazanych i udowodnionych czynników, którymi dysponuje odwołujący, np. kwalifikacje kadry, nowoczesność sprzętu, (...) itp. Jednocześnie Izba podkreśla, że wykonawca musi nie tylko wyjaśnić "co" - jaki czynnik ma wpływ czy jakie czynniki mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca musi też wyjaśnić «w jaki sposób» wskazane czynniki mają wpływ na wysokość tej ceny. Jednocześnie wykonawca może wykazać, że jest w stanie zastosować czynniki niedostępne dla innych wykonawców i w ten sposób wpłynąć na wysokość ceny, a w zasadzie na niski poziom ceny. Samo przytoczenie i nawet udowodnienie np. dysponowania parkiem maszynowym bez wykazania wpływu tego elementu na cenę i odmiennego zastosowania tego czynnika od innych wykonawców nie może dać zamawiającemu podstaw do przyjęcia takich wyjaśnień i potwierdzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wprost przeciwnie - zamawiający w takim przypadku jest obowiązany zastosować się do art. 90 ust. 3 PZP (...)” (wyrok KIO z 11.02.2016 r., sygn. akt: KIO 121/16)

Argumentacja ogólna i lakoniczna, niewskazująca w żaden sposób na wpływ czynników na wysokość skalkulowanej ceny uzasadnia odrzucenie oferty ze względu na rażąco niską cenę (wyrok KIO z 11.2.2016 r., sygn. akt: KIO 121/16).

„Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty.” (wyrok KIO z 20.04.2017, sygn. akt: KIO 681/17).

Względem kosztów wynagrodzeń pracowników.

Stopień ogólności wyjaśnień przedstawionych przez LIFTEC nie pozwala na ustalenie ilu pracowników Wykonawca zamierza skierować do realizacji zamówienia, w jakim wymiarze czasu pracy, o wysokości stawki ich wynagrodzenia nawet nie mówić. W związku z powyższym, w pełni aktualne pozostają argumenty podniesione w poprzednim punkcie. LIFTEC w żadnym stopniu nie wyjaśnił, do jakich dokładnie „obniżonych kosztów wynagrodzenia” się odwołuje. Nie przedstawił w tym zakresie jakichkolwiek kalkulacji. Nie wykazał również, że przedmiotowe „obniżenie” czyni LIFTEC wyjątkowym na tle innych firm. Końcowo - nie wyjaśniono, jak dokładnie wpływa na kalkulacje zaoferowanej przez niego ceny. Już samo to, nakazuje uznać w tym zakresie wyjaśnienia LIFTEC za niewystarczające. Niezależnie od powyższego, podkreślił, iż nawet tak duży stopień ogólności wyjaśnień, przedstawionych przez LIFTEC pozwala na wykazanie ich nierealności. Zgodnie z deklaracjami LIFTEC, jego pracownicy zatrudnieni są zgodnie z przepisami prawa pracy i przepisami o zabezpieczeniu społecznym. Należy więc przyjąć, że kalkulacja ich wynagrodzenia odpowiada również wymogą wynagrodzenia minimalnego. Wynagrodzenie

minimalne w 2018 roku wzrośnie o 5% w stosunku do roku 2017 i będzie wynosić 2100 PLN brutto. Tym samym należy liczyć się z podwyższeniem kosztów zatrudnienia pracownika na umowę o pracę. W sytuacji, gdy przedsiębiorstwo zatrudnia pracownika na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze godzin i jego wynagrodzenie brutto będzie wynosiło 2100 PLN (minimalne wynagrodzenie za pracę w 2018 r.), wówczas całkowity koszt zatrudnienia wynosi 2532,81 PLN (2100 PLN + 432,81 PLN). Przyjmując 40-godzinny miesiąc pracy, ustalić należy, że koszt 1 godziny pracy w 2018 roku (pracownika zatrudnionego za wynagrodzeniem minimalnym) wyniesie 63,32 PLN (2532,81 PLN / 40);

W tym miejscu odwołania powyższą kalkulację zestawiał z danymi tabelarycznymi danymi z Formularza cenowego LIFTEC.

Jak łatwo dostrzec, LIFTEC w dużej części założył, że koszt wykonania zamówienia w jednym miesiącu wobec jednego dźwigu był mniejszy niż minimalny koszt 1 godziny pracy w 2018 r. Nietrudno o argumenty za nierealnością w/w założenia;

Po pierwsze - wątpliwe, aby wykonanie wszystkich obowiązków umownych wobec jednego dźwigu trwało krócej niż 1 h, tym bardziej, że pracownicy LIFTEC będą musieli dojechać do miejsca wykonania zamówienia ze Swarzędza (siedziba LIFTEC oddalona o 18km od miejsca realizacji Umowy; podróż w jedną stronę, zgodnie z Google Maps zajmuje od 18 do 40 min).

Po drugie - oprócz kosztów wynagrodzenia pracowników, w stawce ryczałtowej wykonania usługi dla danego dźwigu powinny być ujęte również pozostałe koszty wykonania zamówienia (dla przykładu, zgodnie z Rozdz. II pkt 5 lit. n, wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia i wymiany elementów wyposażenie takich jak: smar, czysciwo, olej, styki aparatury sterowej, przyciski, sprężynki, żarówki, śruby, podkładki, nakrętki, rolki gumowe, wkładki bezpiecznikowe, zawleczki, cewki do włączników oraz inne drobne części i materiały niezbędne do utrzymania stałej sprawności urządzeń dźwigowych).

W zakresie argumentu obniżenia wynagrodzenia pracowników LIFTEC, z uwagi na to, że „ilość urządzeń przypisanych do każdego z konserwatorów jest tak dobrana, aby jego czas pracy był maksymalnie wykorzystany” - wskazać należy za Izba: „*Ogólne Informacje wykonawcy o posiadaniu wielu umów serwisowych (ilu? z kim? do kiedy będą realizowane?) i towarzyszące im gołosłowne twierdzenie o ich wpływie na obniżenia kosztów świadczenia usług wsparcia (o jakich wielkościach mowa?) i to w stopniu znacznym (co to oznacza?) nie poszerzają wiedzy zamawiającego o konkretnych wartościach oszczędności.*” (wyrok KIO z 25.04.2017 r., sygn. akt: KIO 684/17).

Względem minimalizacji kosztów działalności operacyjnej konserwatorów. W tym aspekcie także próżno szukać jakichkolwiek konkretów. LIFTEC wskazał, że korzysta z nowoczesnego programu (komputerowego) zarządzania pracownikami w terenie, który

wraz z GPS pozwala na szybkie rozdysponowanie pracowników znajdujących się najbliższej zgłaszanego obiektu. Wykonawca nie wyjaśnia przy tym, o jakim dokładnie programie mówi. Nie wskazuje, aby dawał on mu przewagę na tle konkurencji. Nie wyjaśnia również jak dokładnie fakt posiadania w/w programu przekładał się na kalkulację jego ceny. W tym miejscu Odwołujący oświadczył w odwołaniu, że posiadanie programu komputerowego, który wraz z GPS pozwala na optymalizację działalności operacyjnej konserwatorów stanowi obecnie standard na rynku usług konserwatorskich.

Wskazał również można za Izba, iż: *„Sam fakt dysponowania doświadczeniem, urządzeniami, czy też narzędziami nie jest niczym nowym i specyficznym, gdyż stanowi on w postaci warunków udziału w postępowaniu element sine qua non umożliwiający ubieganie się wykonawcy o zamówienie. Bez jego spełnienia nie istniałaby możliwość udzielenia zamówienia jakiegokolwiek wykonawcy - zatem nie może on stanowić uzasadnienia dla zaoferowania wynagrodzenia na poziomie odbiegającym o ponad 30 % od wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego oraz średniej arytmetycznej złożonych w postępowaniu ofert.”* (wyrok KIO z 18.04.2017, sygn. akt: KIO 613/17).

Dostrzegł, iż poza zakresem wyjaśnień LIFTEC znalazła się kalkulacja m.in.: kosztów zapewnienia całodobowego pogotowia serwisowego (na wypadek wystąpienia nie prawidłowości w działaniu lub awarii dźwigu) dostępnego dla Zamawiającego 7 dni w tygodniu (obowiązek z Rozdz. II pkt 6 OPZ); kosztów przygotowania dźwigów do rocznego przeglądu dokonywanego przez Urząd Dozoru Technicznego wraz z wykonaniem niezbędnych pomiarów elektrycznych oraz do udziału w czynnościach sprawdzających realizowanych przez Urząd (obowiązek z Rozdz. II pkt 8 OPZ); kosztów przeszkolenia osób wskazanych przez Zamawiającego w zakresie awaryjnego uwalniania ludzi z kabiny dźwigu w terminie ustalonym z Zamawiającym (obowiązek z Rozdz. II pkt 9 OPZ); kosztów dostarczenia i wymiany elementów wyposażenie takich jak: smar, czyściwo, olej, styki aparatury sterowej, przyciski, sprężynki, żarówki, śruby, podkładki, nakrętki, rolki gumowe, wkładki bezpiecznikowe, zawlecзки, cewki do włączników oraz inne drobne części i materiały niezbędne do utrzymania stałej sprawności urządzeń dźwigowych (obowiązek z Rozdz. II pkt 5 lit. n OPZ); kosztów bezpłatnej aktualizacji do najnowszych wersji oprogramowania, na podstawie zaawansowanej diagnostyki urządzeń (obowiązek z Rozdz. II pkt 5 lit. o OPZ); kosztów uzyskania i podtrzymania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (OC), z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej związanej z Przedmiotem Umowy, na sumę ubezpieczenia na jedno i wszystkie zdarzenia, nie mniejszą niż 50 000 PLN (obowiązek z § 7 Wzoru Umowy). Mając na względzie wymóg kompletności wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, uznał, że LIFTEC całkowicie pominął w/w koszty w swoich kalkulacjach.

Zgodnie z wyrok SO w Warszawie z 09.4.2010 r., sygn. akt: IV Ca 1299/09: *"Wykonawca powinien zatem wskazać i opisać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny; wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 PrZamPubl mówi o "dowodach" na ich potwierdzenie (...). W ocenie SO złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu wykazania prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez SO. Definicja "określonego terminu" na złożenie wyjaśnień zamawiającemu (art. 90 ust. 1 PrZamPubl) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego".*

Skierowanie do wykonawcy wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp tworzy domniemanie rażąco niskiej ceny. Obalenie tego domniemania spoczywa na wykonawcy. W przypadku, w którym dostarczone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z ewentualnymi dowodami są na tyle ogólne, lakoniczne i nie stanowią wiarygodnego wyjaśnienia poziomu zaoferowanej ceny, to konieczne jest przyjęcie, że wykonawca w wyznaczonym dla niego terminie nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny. W takim przypadku cena oferty pozostaje rażąco niska, co uzasadnia jej odrzucenie.

Zamawiający w dniu 08.12.2017 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenia przystąpienia nie miały miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówieniu.

Izba podnosi w zakresie interesu, że w przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący został sklasyfikowany na trzeciej pozycji w rankingu złożonych ofert, a zakresem odwołania jest objęta jedynie oferta wybrana jako najkorzystniejsza. Zarzuty nie dotyczą oferty sklasyfikowanej na drugiej pozycji. W tym kontekście konieczne jest stwierdzenie, że nie można wykluczyć, że wykonawcy, których oferty zostały ocenione korzystniej, nie spełniają warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, a wtedy wykonawcy dalej sklasyfikowani mogą mieć interes we wnoszeniu odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej (co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym). Odwołujący potencjalnie będzie mógł „wygrać przetarg”, gdy skutecznie zakwestionuje wybór najkorzystniejszej oferty i np. przy ponownej ocenie ofert okaże się, że wykonawca pierwotnie sklasyfikowany na drugim miejscu zostanie wykluczony z postępowania. Sprowadza się to do wniosku, że interes prawny we wniesieniu odwołania będą mieli wszyscy wykonawcy, którzy wzięli udział w danym postępowaniu i nie uzyskali zamówienia. Za uznaniem, że wykonawcy, których oferty uplasowały się na dalszych miejscach w rankingu ofert, posiadają interes prawny do wniesienia odwołania, opowiedziała się KIO w wyroku z 02.02.2017 r., sygn. akt: KIO 99/17, KIO 100/17. W tym orzeczeniu uznano, że w ocenie Izby fakt, że wykonawcy nie mieli pełnej wiedzy o klasyfikacji ofert oraz postępowanie było prowadzone w ramach procedury odwróconej, powoduje, że interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody przez podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej należy oceniać szerzej, tj. z uwzględnieniem sposobu procedowania ujętego w art. 24 aa Pzp. W tym stanie faktycznym z kolei Izba ustaliła, że Zamawiający wyraźnie wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu – w Sekcji IV. 2.3), że ma zastosowanie procedura odwrócona, o której mowa w art. 24 aa ust. 1 Pzp. Izba podnosi, że polega ona na tym, że Zamawiający nie badając nawet wszystkich wstępnych oświadczeń wykonawców złożonych w JEDZ (lub jak w tym wypadku – poniżej progów UE w formie oddzielnych oświadczeń przygotowanych przez Zamawiającego), dokonuje oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia (art. 89 Pzp) oraz ustalonych kryteriów oceny, po czym w odniesieniu do wykonawcy, którego ofertę która uzyskała najwyższą ocenę spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, dokonuje weryfikacji podmiotowej. Inaczej mówiąc, Zamawiający nie oceniał pod względem podmiotowym oferty która uplasowała się na drugiej pozycji, nawet mimo tego, że ten Wykonawca złożył samodzielnie (wbrew odmiennym postanowieniom SIWZ z pkt. 6. 2 SIWZ) wszystkie oczekiwane dokumenty wraz z ofertą (niejako tak jak miało to miejsce przed „nowelizacją z 2016 r.”). Zastosowana procedura odwrócona uniemożliwiła Zamawiającemu taką ocenę. Wykonawca wybrany, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w dniu 01.12.2017 r. uczynił podobnie, a samo wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 Pzp zastosowane względem niego dotyczyło de facto

jedynie wymaganej przez Zamawiającego postanowieniami SIWZ – polisy (którą nie załączył do oferty). Jedynie dodatkowo, Izba podnosi, że Zamawiający nie był w stanie na rozprawie, a nie wynikała to z dokumentacji ani zaprzeczyć, ani potwierdzić zakresu dokumentów – ofert, które zostały udostępnione Odwołującemu na jego wniosek z 04.12.2017 r. Odwołujący na rozprawie oświadczył, że „(...) otrzymał od Zamawiającego komplet dokumentów, dotyczący wybranego wykonawcy oraz część dokumentów, dotyczących wykonawcy drugiego w kolejności. (...)”.

Izba oddalił wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp. W tym zakresie, Izba jako sąd I instancji w rozumieniu prawa europejskiego /sąd krajowy w rozumieniu art. 267 TFUE - wyrok ETS z dnia 13.12.2012 r., sygn. sprawy C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact/ przyjęła jako wiążące większościowe stanowisko sądów powszechnych II instancji wyrażone, co do sposobu rozumienia wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp) /za wyrokiem KIO z 04.07.2017 r., sygn. akt: KIO 1221/17/. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone uchwałą SN z 17.11.2017 r., sygn. akt: III CZP 58/17: *„Zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu.”*.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności treści ogłoszenia nr 618519-N- 2017 z 20.11.2017 r., postanowień SIWZ (zwłaszcza załącznika Nr 1 do SIWZ - Opisu Przedmiotu Zamówienia, ale także załącznik Nr 3 do SIWZ/wzór umowy), oferty LIFTEC (formularz ofertowy i formularz cenowy), oferty Wykonawcy który uplasował się na drugiej pozycji w rankingu złożonych oryginała - VERTICAL T. P. (Oryginał oferty udostępniony przez Zamawiającego na okres wydania orzeczenia i sporządzenia uzasadnienia), wezwania z 28.11.2017 r. w trybie art. 26 ust. 2 Pzp skierowanego do LIFTEC, stosownej odpowiedzi LIFTEC w tym zakresie, wezwania z 28.11.2017 r. do wyjaśnień skierowanego do LIFTEC w trybie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp, wyjaśnień LIFTEC z 30.11.2017 r., pisma VERTICAL T. P. z 29.11.2017 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 01.12.2017 r. oraz wniosku z 04.12.2017 r. o udostępnienie treści złożonych ofert wystosowanego przez Odwołującego.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczył także złożone przez Odwołującego jako dowód na rozprawie:

- kalkulację ceny zaoferowanej przez Odwołującego opartej na jego kalkulacji, z jednoczesnym porównaniem do oferty wybranej jako najkorzystniejsza.

Podobnie, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego również złożone przez Zamawiającego jako dowód na rozprawie:

- wykaz wykonanych czynności wraz z orientacyjnym czasem pracy konserwatora od 01.07.2017 do 17.12.2017,
- tabele terminów konserwacji wind w 2017 r., jak również wykazów protokołów konserwacji w tym zakresie, jak również materiały źródłowe z tym związane, skan potwierdzający wydawanie/zwrot kluczy, raporty służbowe z przebiegu służby/podjętych czynności, jak również protokoły wykonania usług serwisowych, jak również dodatkowe zlecenia związane z awarią.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 pkt 1-5, art. 90 ust. 2 i 3 Pzp poprzez:

- zaniechanie odrzucenia oferty LIFTEC, co do której LIFTEC nie wykazał w sposób odpowiedni w drodze wyjaśnień składanych na podstawie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp, iż nie zawiera ona rażąco niskiej ceny;
- zaniechanie odrzucenia oferty LIFTEC, która zawierała rażąco niską cenę, w szczególności z powodu nieuwzględnienia w kalkulacji ceny takich pozycji jak w szczególności: kosztów zapewnienia całodobowego pogotowia serwisowego, kosztów przygotowania dźwigów do rocznego przeglądu dokonywanego przez Urząd Dozoru Technicznego, kosztów przeszkolenia osób wskazanych przez Zamawiającego w zakresie awaryjnego uwalniania ludzi z kabiny dźwigu, kosztów dostarczenia i wymiany elementów wyposażenie, kosztów bezpłatnej aktualizacji do najnowszych wersji oprogramowania, kosztów uzyskania i podtrzymania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (OC).

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania. Istotna jest również treść wezwania i udzielonych wyjaśnień przywołanych w samym odwołaniu. Nadto, Izba wskazuje pkt. 12 SIWZ Opis Sposobu Obliczania ceny w zakresie kosztów, które należy ująć w zaoferowanej cenie, jak i Opis Przedmiotu Zamówienia – załącznik nr 1 do SIWZ, gdzie w Rozdz. III ujęto Informacje Dotyczące Realizacji Zamówienia (str. od 5 do 7), gdzie wskazano także koszty konieczne do ujęcia w zakresie kalkulacji cenowej usunięcia awarii, co zostało powtórzone w § 2 ust. 14 wzoru umowy /zał. nr 3 do SIWZ/ (w całym § 2 wzoru umowy powtórzono obowiązki Wykonawcy wynikające z opisu Przedmiotu Zamówienia). Istotna jest także treść formularza ofertowego oraz formularza cenowego LIFTEC. W zakresie interesu Izba wskazuje na treść ogłoszenia o zamówieniu, oferty VERTICAL T. P., ranking złożonych ofert wynikający z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 01.12.2017 r., ofertę LIFTEC, wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 Pzp z 28.11.2017 r., a także na wniosek o udostępnienie ofert z 04.12.2017 r. Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania zarzutów w zakresie podtrzymanym przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Izba z uwagi na charakter sformułowanych zarzutów w odwołaniu odniosła się do nich łącznie, uznając ze zostały one (w/w wskazane zarzuty) potwierdzone, co skutkowało uwzględnieniem odwołania.

Izba uznała, że Zamawiający w sposób wybiórczy traktuje treść wystosowanego wezwania z 28.11.2017 r. w ramach którego oczekiwał nie tylko potwierdzenia uwzględnienia w zaoferowanej cenie wszystkich kosztów (wypunktował stosowną listę kosztów w wezwaniu) związanych z usługami objętymi zakresem przedmiotu zamówienia. Prosił także o wskazanie oszczędności metody wykonania zamówienia, kosztów pracy i ewentualnej pomocy publicznej. Nadto, co istotne wyraźnie wskazywał, że obowiązek wykazania spoczywa na Wykonawcy i istnieje konieczność złożenia wraz z wyjaśnieniami dowodów. Zamawiający wyraźnie podnosił na rozprawie że kluczowymi kosztami dla przedmiotowego postępowania są koszty pracy. Mimo to przeszedł to porządku dziennego nad faktem braku złożenia chociażby w tym zakresie stosownej kalkulacji, mimo że w wezwaniu wyraźnie jest mowa o kosztach pracy i dowodach. Izba podkreśla, że tego typu kalkulacja ma charakter dowodu wewnętrznego, który ma charakter wystarczający, gdy na cenę składają się przede wszystkim elementy, o których wartości decyduje głównie Wykonawca (za wyrokiem KIO z 17.07. 2015 r., sygn. akt: KIO 1410/15, wyrokiem KIO

05.05.2016 r., sygn. akt: KIO 598/16, czy też wyrokiem KIO z 31.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1733/17). Kwestia tego rodzaju, że ceny zaoferowane w formularzu cenowym mają charakter ryczałtowy nie zmienia tego stanu rzeczy. Izba bowiem podzieliła stanowisko za wyrokiem KIO z 03.01.2017 r., sygn. akt: KIO 2391/16; KIO 2392/16, gdzie stwierdzono, iż: *"Okoliczność, że ceny jednostkowe w postępowaniu mają charakter wynagrodzenia ryczałtowego, nie zwalnia wezwanego wykonawcy od przedstawienia kalkulacji ceny oferty, przynajmniej w zakresie głównych czynników cenotwórczych oraz przedstawienia bezpośrednich dowodów ich ponoszenia na wskazanym poziomie. Aby odpowiedź złożona na wezwanie wystosowane na podstawie art. 90 p.z.p. posiadała walor wystarczających wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - musi być w miarę szczegółowa w zakresie elementów składających się na zaoferowaną cenę. Stopień ogólności podanych informacji przez wybranego wykonawcę i ich niekompletność powoduje, iż nie mogą one stanowić wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 3 p.z.p. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien, bowiem wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana, zatem nie stwarza zagrożeń dla prawidłowego wywiązania się wykonawcy z przyjętych obowiązków umownych"*.

Dodatkowo w zakresie konieczności załączenia dowodów do wyjaśnień Izba podkreśla za wyrokiem KIO z 29.04.2016 r., sygn. akt: KIO 596/16: *„W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Mogą oczywiście pojawić się w wyjaśnieniach takie okoliczności, w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy pokazuje prawidłowość kalkulacji ceny. Jeżeli jednak wykonawca powołuje się na takie okoliczności jak szczególnie niskie koszty zakupu materiałów/środków potrzebnych do wykonania zamówienia, innowacyjną politykę czy dysponowanie własnym sprzętem może i powinien załączyć do wyjaśnień stosowne umowy, oferty, dokumenty wewnętrzne firmy, które potwierdzą powyższe okoliczność."*

Izba podkreśla, że ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny obciąża przede wszystkim wezwanego zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp. Z kolei art. 190 ust. 1a pkt 2 Pzp nakładający na Zamawiającego ciężar dowodowy w postępowaniu przed Izba, tego nie zmienia.

Zamawiający był uprawniony do tego, aby posłużyć się dowodami przedstawionymi przez wykonawcę, a nie tworzyć dokumenty na usprawiedliwienie wysokości ceny ofert wykonawcy niejako „zastępując” samego wykonawcę. Ocena złożonych wyjaśnień, w tym złożonych dowodów odbywa się w procedurze przetargowej, a nie odwoławczej, Izba jedynie ma za zadanie weryfikację jej poprawność w oparciu o wyjaśnienia wykonawcy i jego dowody.

Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko wyrażone w wyrok KIO z 03.01.2017 r., sygn. akt: KIO 2391/16; KIO 2392/16: *„(...) Zamawiający natomiast w odpowiedzi na odwołanie, z enigmatycznych wyjaśnień wykonawcy (...) wyprowadził własne uzasadnienie oferowanych cen (...), w istocie bazując na swojej własnej wiedzy, a nie na złożonych wyjaśnieniach. (...) zamawiający, wbrew postanowieniom art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - przejął na siebie obowiązek uzasadnienia prawidłowości ceny oferty wykonawcy (...) Sam fakt uruchomienia procedury z art. 90 ust. 1 Pzp potwierdza, że zamawiający powziął wątpliwości co do realności cen wezwanego wykonawcy, które w konsekwencji, bez wyjątku wymagają wyjaśnienia w myśl wskazań danej normy i oceny tychże wyjaśnień. Zgłoszone dowody odnoszą się ogólnej wiedzy zamawiającego na temat kształtowania się cen danych usług, a nie do enigmatycznych wyjaśnień wykonawcy (...). Można rzec, zamawiający "wyręcza" wykonawcę (...) w zakresie złożenia dowodów na okoliczności zaprzeczenia - rażąco niskiej ceny oferty (...)"*.

Nadto, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny powinien mieć na uwadze doniosły charakter owych wyjaśnień (Izba wielokrotnie na powyższą okoliczność wskazywała i nadal wskazuje, nie rozumiejąc bagatelizowania tej instytucji przez wielu profesjonalnych uczestników rynku). Ogólne wyjaśnienia, nie uzasadniające wysokości zaoferowanej ceny, nie rozwiewające wątpliwości co do rzetelności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji, powinny skutkować odrzuceniem oferty. W orzecznictwie przesądzono także, że wyłącznie formalne zrealizowanie obowiązku przez wykonawcę, a więc złożenie wyjaśnień ogólnych, lakonicznych i nie stanowiących wiarygodnego wyjaśnienia poziomu zaoferowanej ceny, nie może prowadzić do pozytywnej ich weryfikacji. Uznano bowiem, że skoro wykonawca nie uzasadnił i nie wykazał elementów kosztotwórczych zaoferowanej ceny, to tym samym nie jest możliwa ocena, czy stanowi ona cenę realną. Podkreślenia przy tym wymaga, że Zamawiający nie jest uprawniony do domniemywania jakichkolwiek okoliczności, niestanowiących treści wyjaśnień, za pomocą których sam wykonawca nie opisuje własnej sytuacji i które pozostają nieudowodnione. Pogląd ten jest wielokrotnie powtarzany w orzecznictwie KIO (wyroki KIO o sygn. akt: KIO 267/15, KIO 2721/15, KIO 2813/15, KIO 2785/15, KIO 371/16, KIO 482/16, KIO 484/16, KIO 559/16, KIO 2406/15, KIO 818/15, KIO

925/15, KIO 1410/15, KIO 1415/15, KIO 422/17, KIO 416/17), a z ich treści wynika, iż wykonawca, jako podmiot profesjonalnie zajmujący się wykonywaniem umów zawartych w trybie Pzp, powinien dołożyć wszelkiej staranności, aby wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny były konkretne, rzetelne, zwarte i zawierające odpowiednie kalkulacje, a nie ogólne, uniwersalne, rozległe, bez przywołania niezbędnych dowodów. Podobnie w wyroku KIO o sygn. akt: KIO 1363/13 oraz wyrok KIO o sygn. akt: KIO 239/14.

Należy także podnieść, że brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania adekwatności wyjaśnień i dowodów złożonych przez Zamawiającego na rozprawie względem zaoferowanej ofert, tj. jej ceny. Po pierwsze, dlatego, gdyż jak sam potwierdził na rozprawie Zamawiający nie były one w ogóle (dane z nich wynikające) znane LIFTEC Sp. z o.o., po drugie, brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania istnienia ich przełożenia na sytuację LIFTEC Sp. z o.o. (tym bardziej skoro nie złożono żadnej kalkulacji, czyli nie wykazano elementów kosztotwórczych zaoferowanej ceny – nie uczynił tego ani LIFTEC Sp. z o.o. wraz z wyjaśnieniami, ani sam Zamawiający, który operował w tym zakresie w dużej mierze na kalkulacji przygotowanej i złożonej na rozprawie przez Odwołującego). Jedynie tytułem przykładu celem unaocznienia braków i niespójności w argumentacji Zamawiającego z rozprawy - Izba podnosi, że skoro było tak jak twierdził na rozprawie Zamawiający, że koszt dojazdu do Zamawiającego ma charakter pomijalny, to dlaczego oczekiwał ujęcia kosztów dojazdu do miejsca zainstalowania urządzenia (zał. nr 1 Opis Przedmiotu Zamówienia – str. 7 – Rozdz. VIII pkt 13 lit. a). Nadto, trudni jest „dyskutować”, co jest tańsze w perspektywie 24 miesięcy wynajęcie firmy zewnętrznej Call Center, czy też zatrudnienie pracowników tylko do zapewnienia całodobowego pogotowia serwisowego, skoro wyjaśnienia LIFTEC w tym zakresie „zupełnie milczą”. Podobnie w zakresie innych kosztów i ich kalkulacji.

Względem ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Wezwanie takie byłoby możliwe w sytuacji, gdyby wykonawca złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające wystosowanemu wezwaniu, a koniecznym byłoby wyjaśnienie kwestii, o które Zamawiający nie zapytał. W rozpoznawanym przypadku z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia. Wezwanie Zamawiającego wskazywało na kwestie wymagające wyjaśnienia w szczególności koszty pracy, do których Odwołujący nie odniósł się, zaś jego argumentacja z wyjaśnień jest gołosłowna oraz ogólnikowa, nie wskazał nawet oprogramowania, które czyni jego ofertę tak korzystną cenowo. Izba w tym zakresie podnosi, za wyrokiem KIO z 25.04.2014 r., sygn. akt: KIO 725/14: „(...) *prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać*

kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy". W przedmiotowym stanie faktycznym Izba nie dopuszcza możliwości nakazania ponownego wezwania o wyjaśnienia - tzn. dopytywania (doprecyzowania), gdyż byłoby to ponad to co zostało faktycznie złożone przez Odwołującego. Izba oparła swoje stanowisko w dużej mierze na wyroku KIO z 14.06.2016 r., sygn. akt: KIO 962/16, czy też w wyroku KIO z 06.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1598/16, jak i w wyroku KIO z 24.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1637, sygn. akt: KIO 1673/17.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....