

Sygn. akt: KIO 232/23

WYROK

z dnia 9 lutego 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2023 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (1) K. A. (1) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Windar K. A. (1)”, (2) K. A. (2) i K. A. (1) wspólnie prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej „Windar s.c. K. A. (2) K. A. (1)”, (3) „Windar” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi ul. Zawiszy Czarnego 10/609 91-829 Łódź

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Szpital Wojewódzki im. Jana Pawła II w Bełchatowie ul. Czapliniecka 123 97- 400 Bełchatów

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: K. K. i J. M. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej „Winda s.c. K. K. i J. M. ul. Piotrkowska 182 90-368 Łódź zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn.

akt: KIO 232/23 po stronie zamawiającego:

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu podniesionego w pkt II.1 petitum odwołania dotyczącego naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) obu w zw. z art. 266 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty "Winda" s.c. K. K., J. M. jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę i/lub podlegała odrzuceniu oraz w zakresie zarzutu podniesionego w punkcie II.2 petitum odwołania dotyczącego naruszenia art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty "Winda" s.c. K. K., J. M., która zawiera

rażąco niską cenę, a wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie uzasadnił podanej w ofercie ceny i kosztów

i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: K. K. i J. M. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą „Winda s.c. K. K. i J. M. ul. Piotrkowska 182 90-368 Łódź, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części 1/2 i odwołującego w części 1/2 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 11 100,00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 500 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem 1/2 wartości wpisu od odwołania oraz 1/2 wartości wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późn. 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

Sygn. akt: KIO 232/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Wojewódzki im. Wojewódzki im. Jana Pawła II w Bełchatowie ul. Czapliniecka 123 97- 400 Bełchatów, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Usługi w zakresie konserwacji i napraw urządzeń dźwigowych”; Znak sprawy: GZP.3800.64.2022, zwane dalej „Postępowaniem”. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późn. zm.), zwaną dalej „Pzp” lub „Ustawa”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr: 2022/BZP 00524843/01 w dniu 30 grudnia 2022 roku.

W dniu 25 stycznia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (1) K. A. (1) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Windar K. A. (1)”, (2) K. A. (2) i K. A. (1) wspólnie prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej „Windar s.c. K. A. (2) K. A. (1)”, (3) „Windar” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi ul. Zawiszy Czarnego 10/609 91-829 Łódź, zwanych dalej „Odwołującym”.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu, błędnym badaniu i ocenie oferty "WINDA" S.C. K. K., J. M., a także zaniechaniu odrzucenia oferty "WINDA" S.C. K. K., J. M., która nie spełnia wymogów Zamawiającego.

Powyższym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) i 10) obu w zw. z art. 266 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty "WINDA" S.C. K. K., J. M. jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta nie spełnia wymogów Zamawiającego (w zakresie istotnym dla wykonania umowy), zawiera rażąco niską cenę i/lub podlegała odrzuceniu;
2. art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty "WINDA" S.C. K. K., J. M., która zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie uzasadnił podanej w ofercie ceny i kosztów w

tym zakresie błędnie Zamawiający ocenił wyjaśnienia wykonawcy, z których jednak prima facie wynika, że zostały przez wykonawcę zaniżone (w wyjaśnieniu) i nie uwzględniają wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia (wykonaniem umowy);

3. art. 105 ust. 1 Pzp i 106 ust. 1, 2 i 3 Pzp obu w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie zastosowania tych przepisów względem oferty złożonej przez "WINDA" S.C. K. K., J. M., z której nie wynika, aby osoby wskazane do realizacji zamówienia posiadały odpowiednie zdolności technicznych i zawodowe umożliwiające mu prawidłowe wykonanie umowy, w zakresie której Zamawiający przewidział wykonywanie m.in. czynności przeprowadzania przeglądów zasadniczych połączeń spawanych, nitowych śrubowych i konstrukcji stalowej urządzeń dźwigowych, co wymaga legitymowania się odpowiednim certyfikatem dla personelu badań nieniszczących połączeń nierozłącznych — w tym zakresie oferta "WINDA" S.C. K. K., J. M. nie spełnia wymogów Zamawiającego;
4. art. 16 pkt. 1 i 2 Pzp poprzez przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców a także przejrzystości postępowania wyrażający się w niewłaściwej ocenie oferty złożonej przez "WINDA" S.C. K. K., J. M., co do której Zamawiający miał uzasadnione wątpliwości w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu tej oferty i mimo braku wyjaśnienia wykonawcy (wyczerpującego i przekonującego) nie odrzucił jej, oraz niezważenia, że oferta ta nie spełnia wymogów Zamawiającego w zakresie możliwości realizacji umowy przez tego wykonawcę;
5. z ostrożności również naruszenie art. 107 ust. 2 i 4 Pzp oraz art. 223 ust. 1 Pzp obu w zw. z art. 266 Pzp poprzez ich niezastosowanie i braku podjęcia przez Zamawiającego czynności zmierzających do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty Wykonawcy "WINDA" S.C. K. K., J. M., którą w ostateczności należało uznać za niekompletną.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania oraz
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 20 stycznia 2023 r. wyboru jako najkorzystniejszej oferty "WINDA" S.C. K. K., J. M.,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert,
4. wykluczenia oferty "WINDA" S.C. K. K., J. M. i
5. ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty,
6. zobowiązanie Zamawiającego do załączenia całości dokumentacji Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na podstawie: art. 275 pkt 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r., pod nazwą „Usługi w zakresie konserwacji i napraw urządzeń dźwigowych ” oraz załączenie akt postępowania które się toczyło się w tym przedmiocie uprzednio, znak

2022/BZP 00484450 na okoliczność treści ofert składanych w tamtym postępowaniu (w szczególności oferty "WINDA" S.C. K. K., J. M.),

7. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika określonych na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania, polegający na tym, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów Pzp przez Zamawiającego. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, ponieważ wbrew ocenie Zamawiającego złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, a oferta wybrana jako najkorzystniejsza powinna być odrzucona lub inaczej oceniona. Uwzględnienie odwołania spowoduje, że Zamawiający będzie musiał dokonać ponownej oceny i wyboru ofert i zgodnie z informacją z otwarcia ofert, oferta złożona przez Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia.

W uzasadnieniu, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

W ramach przedmiotu zamówienia Zamawiający oczekuje wykonania usług szczegółowo określonych w SWZ i umowie, której projekt stanowił załącznik do SWZ, a to zgodnie z postanowieniami Rozdziału VII SWZ. W umowie, m.in. określono, że Wykonawca zobowiązuje się do „wykonywania konserwacji zgodnie z wymogami Dokumentacji Techniczno-Ruchowej urzędzeń oraz przepisami Urzędu Dozoru Technicznego (UDT)” - § 1 ust. 3 Umowy (załącznik do SWZ). Dalej, w szczegółowym opisie przedmiotu umowy wskazano, że w zakresie obowiązków wykonawcy będzie, m.in. „przeprowadzanie przeglądów zasadniczych połączeń spawanych, nitowych, śrubowych i konstrukcji stalowej urzędzeń dźwigowych co 12 miesięcy ” (pkt 18 zakresu czynności konserwacyjno-naprawczych wymieniony w załącznik nr 1 do umowy). Odwołujący podnosi, że tych warunków nie spełnia oferta wykonawcy "WINDA" S.C. K. K., J. M. i już z tego powodu winna zostać odrzucona (a w ostateczności wykonawca ten powinien zostać wezwany do uzupełnienia oferty). Oferta tego wykonawcy nie spełnia bowiem warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznych lub zawodowych osób mających wykonywać umowę — to zgodnie z Rozdziałem XXI ust. 2 pkt. 4 SWZ. W tym zakresie wykonawca miał złożyć oświadczenie o spełnianiu tych warunków - zgodnie z Rozdziałem XXII ust. 1 pkt. I SWZ. Takie oświadczenie wraz ze wskazaniem posiadania certyfikat dla personelu badań nieniszczących połączeń nierozłącznych złożył Odwołujący.

Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą takiego certyfikatu nie złożył.

Ponadto, w ocenie Odwołującego oferta "WINDA" S.C. K. K., J. M. powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę (co do której Wykonawca nie udzielił wyjaśnień wraz z dowodami, które uzasadniałyby podane w ofercie ceny i koszty). Cena podana w ofercie "WINDA" S.C. K. K., J. M. jest sprzeczna z wymogami SWZ bowiem nie uwzględnia wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia (wykonaniem umowy) - to zgodnie z Rozdziału XVI ust. 1 SWZ). Prawidłowa ocena wyjaśnień przedstawicieli firmy Winda s.c. nakazuje bowiem przyjąć, że zaoferowana cena tych wymagań nie spełnia, oraz że cena jest zaniżona. Wynika to z następujących okoliczności:

1. wszystkie wyliczone ceny na konserwację poszczególnych dźwigów są zaokrąglane w dół, czyli już zaniżone,
2. zauważalny jest brak konsekwencji w ilości czasu poświęcanego na konserwację poszczególnych dźwigów, gdyż w podobnym wyjaśnieniu do pierwszego postępowania GZP.3800.60.2022, wykonawca "WINDA" S.C. K. K., J. M. proponowała wykonanie serwisu dźwigu towarowego o wysokości podnoszenia do 2 przystanków w czasie 2,78 r/g, a w wyjaśnieniu do obecnego postępowania GZP.3800.64.2022 już tylko w czasie 2,37 r/g. W mniemaniu Odwołującego jest to typowe działanie Oferenta, który nie przedstawia realnej ceny konserwacji tylko sądząc, że inny oferent znając cenę podaną w pierwszym postępowaniu może swoją cenę podać na poziomie niższym, celowo obniża na wszelki wypadek swoją obecną cenę,
3. Wyliczenie ceny konserwacji przez firmę "WINDA" S.C. K. K., J. M. przewiduje jedynie sam serwis dźwigów, a nie obejmuje takich kosztów jak:
 - a) koszt dojazdu do wykonania serwisu (ryczałtowy koszt dojazdu w przypadku naprawy nie może być doliczany do przyjazdów serwisowych — Rozdział XVI p. 1 SWZ,
 - b) koszt jednorazowego wykonania pomiarów elektrycznych — zgodnie z § 1 p. 7e) Umowy;
 - c) koszt jednorazowego uczestnictwa w badaniach okresowych urządzeń dźwigowych przeprowadzanych przez UDT — zgodnie z § 1 p.7c) Umowy;
 - d) koszt przeprowadzenia drobnych napraw wyszczególnionych p. 19 załącznika nr 1 do Umowy;
 - e) koszt ryczałtowy materiałów do wymiany w ramach czynności konserwacyjno-naprawczych p-ty 8-15 załącznika nr 1 do Umowy;
 - f) koszt przeprowadzania przeglądów zasadniczych połączeń spawanych, nitowych, śrubowych i konstrukcji stalowej urządzeń dźwigowych — co 12

miesiący,

p. 18 załącznika nr I do Umowy.

Wskutek błędnej oceny oferty "WINDA" S.C. K. K., J. M. przez Zamawiającego — uznaniu jej za spełniającej wymagania Zamawiającego i niepodlegającej odrzuceniu, doszło do wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejszą spośród wszystkich złożonych. Jakkolwiek Zamawiający wezwał oferenta do udzielenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, tak odpowiedź wykonawcy i jej ocena przez Zamawiającego potwierdza, iż Zamawiający nie przeprowadził postępowania rzetelnie z zachowaniem zasad przejrzystości i równego traktowania wykonawców, gdyż nie dołożył należytej staranności przy podejmowaniu czynności w celu doprowadzenia do wyłonienia najkorzystniejszej oferty. Utrzymanie w mocy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (błędnej oceny oferty wykonawcy "WINDA" S.C. K. K., J. M.) ma taki wpływ na wynik postępowania, że oferta Odwołującego nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Uwzględnienie odwołania będzie skutkowało tym, że w postępowaniu będzie mogła być wybrana oferta Odwołującej.

Z tych względów niniejsze Odwołanie pozostaje konieczne i uzasadnione.

W dniu 30 stycznia 2023 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: K. K. i J. M. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej „Winda s.c. K. K. i J. M. ul. Piotrkowska 182, 90-368 Łódź, zwani dalej „Przystępującym”, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 2 lutego 2012 roku Zamawiający złożył Odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez

Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do udziału w postępowaniu odwoławczym, w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła co następuje:

Zgodnie z treścią SWZ Rozdział V pkt 4 Zamawiający nie wymagał złożenia przedmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z treścią SWZ Rozdział XXII pkt 1 pkt 1) Zamawiający wymagał:

Do oferty wykonawca dołącza oświadczenie:

a. *o niepodleganiu wykluczeniu*

w zakresie wskazanym przez zamawiającego w Rozdziale XV i XVA SWZ:

*Wzór oświadczenia stanowi **Załącznik nr 4.1. do SWZ.***

b. *o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji*

w zakresie wskazanym przez zamawiającego w Rozdziale XXI pkt 2 SWZ:

*Wzór oświadczenia stanowi **Załącznik nr 5.1. do SWZ.***

Zgodnie z treścią SWZ Rozdział XXII pkt 2 ppkt 4.3 lit. b) Zamawiający wymagał:

W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający z zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu usług, żąda:

(...)

wykazu osób**, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami; Wzór wykazu stanowi **Załącznik nr 7 do SWZ.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

1. Windar K. A. (1),
Widnad s.c. K. A. (2), K. A. (1)
Windar Sp. z o.o. ul. Zawiszy Czarnego 10/609,
91-829 Łódź

Wartość zamówienia brutto: 129.840,00 zł.

2. Winda s.c. K. K., J. M.
Ul. Piotrkowska 182
90-368 Łódź

Wartość zamówienia brutto: 81.622,80 zł.

Zamawiający przeznaczył na realizację całości zamówienia kwotę: 182.322,90 zł brutto
w tym:

- na czynności konserwacyjne związane z przeglądami urządzeń dźwigowych: 121.548, 60 zł,
- na czynności naprawy: 60.774,30 zł.

Izba ustalił również, że Przystępujący złożył wraz z ofertą m. in.:

1. oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania (Załącznik nr 4.1 do SWZ),
2. oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 5.1. do SWZ),
3. wykaz osób (zgodnie z załącznikiem nr 7 do SWZ).

Pismem z dnia 11 stycznia 2023 roku Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp *do udzielenia do udzielenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, która wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, ponieważ cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. W wyjaśnieniach prosimy o potwierdzenie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia z uwzględnieniem dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w szczególności odnoszących się do elementów wskazanych w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.*

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący złożył „Pismo wyjaśniające”, którym podał stawkę za r/g obowiązującą u Niego w roku 2022, określił ile czasu przeznacza na serwisowanie poszczególnych dźwigów oraz podał wartość po zaokrągleniu dla serwisu

tych dźwigów. Wskazał również, że z uwagi na posiadane doświadczenie i rozeznanie rynku, jest w stanie rzetelnie wykonać usługę za zaoferowaną cenę.

Izba zważyła do następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów, które miało wpływ, lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, konkursu lub systemu kwalifikacji wykonawców.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie oceny wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, w wyniku wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących naruszenia:

1. art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) i 10) obu w zw. z art. 266 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty "WINDA" S.C. K. K., J. M. jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta nie spełnia wymogów Zamawiającego (w zakresie istotnym dla wykonania umowy), zawiera rażąco niską cenę i/lub podlegała odrzuceniu;
2. art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty "WINDA" S.C. K. K., J. M., która zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie uzasadnił podanej w ofercie ceny i kosztów w tym zakresie błędnie Zamawiający ocenił wyjaśnienia wykonawcy, z których jednak prima facie wynika, że zostały przez wykonawcę zaniżone (w wyjaśnieniu) i nie uwzględniają wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia (wykonaniem umowy),

Izba uznała je za zasadne w zakresie dotyczącym oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny i odniosła się do nich łącznie.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp:

W analizowanym stanie faktycznym, zaistniała okoliczność określona w art. 224 ust. 2

pkt 1) Pzp, tj.: „w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”, a zatem Zamawiający zobowiązany był do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, która wydaje się być rażąco niska. Natomiast obowiązkiem wykonawcy, który wynika z art. 224 ust 5 Pzp, jest wykazanie że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Natomiast, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Również stosownie do treści art. 224 ust. 6 Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Izba podkreśla, że w zakresie możliwości uznania ceny oferty lub jej elementów składowych za rażąco niskie wskazać należy za ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej i sądów, że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Jednakże ocena tej okoliczności zawsze powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne Zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. W ramach złożonych wyjaśnień, Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji (jeśli takie zaistniały) oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania danej ceny. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym, wskazanym przez Zamawiającego zakresie i terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien

wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wynikający z art. 224 pkt 5 Pzp. W treści tego artykułu, ustawodawca wprowadził odwrócony ciężaru dowodu. Oznacza to, że w odniesieniu do oceny wystąpienia ceny rażąco niskiej (lub rażąco niskiego kosztu) to wykonawca musi wykazać (za pomocą wyjaśnień lub stosownych dokumentów), że taka cena nie wystąpiła. Jeżeli wykonawca nie wykaże, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jego oferta będzie podlegała odrzuceniu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby wyjaśnienia ceny złożone przez Przystępującego nie potwierdziły, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Treść wyjaśnień sprowadza się jedynie do matematycznego działania, polegającego na przemnożeniu podanej stawki za r/g przez ilość czasu deklarowanego na wykonanie serwisu danego dźwigu, oraz oświadczenia, że wykonawca jest w stanie rzetelnie wykonać usług za zaoferowaną cenę.

Powyższa treść nie może zostać uznana za wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia Przystępującego są lakoniczne, nie zawierają żadnych dowodów, nie odnoszą się do okoliczności określonych w art. 224 ust. 3 Pzp – czego wymagał Zamawiający, nie zawierają żadnych informacji dotyczących elementów składających się na wyliczenie ceny, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Brak jest w nich jakiegokolwiek argumentacji i wyjaśnienia zaoferowanej ceny.

Podkreślenia wymaga, że wykonawca w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny ma wykazać możliwość zaoferowania ceny niższej, jako realnej, a nie jedynie oświadczać, że taką możliwość posiada - a tego nie uczynił.

Reasumując, złożone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, nie uzasadniały podanej w ofercie ceny, nie dawały podstaw do uznania, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Wobec powyższego zarzuty należało uwzględnić.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10) Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny.

W ocenie Izby, treść oferty Przystępującego oraz treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nie potwierdzają, aby kalkulacja ceny nie opierała się na wymaganiach wynikających z formularza cenowego i dokumentacji zamówienia. Odwołujący nie przedstawił również

żadnego dowodu, potwierdzającego nieprawidłową kalkulację oferty, uzasadniająca wystąpienie błędu w obliczeniu ceny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 105 ust. 1 Pzp i 106 ust. 1, 2 i 3 Pzp obu w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie zastosowania tych przepisów względem oferty złożonej przez "WINDA" S.C. K. K., J. M., z której nie wynika, aby osoby wskazane do realizacji zamówienia posiadały odpowiednie zdolności technicznych i zawodowe umożliwiające mu prawidłowe wykonanie umowy, w zakresie której Zamawiający przewidział wykonywanie m.in. czynności przeprowadzania przeglądów zasadniczych połączeń spawanych, nitowych śrubowych i konstrukcji stalowej urządzeń dźwigowych, co wymaga legitymowania się odpowiednim certyfikatem dla personelu badań nieniszczących połączeń nierozłącznych — w tym zakresie oferta "WINDA" S.C. K. K., J. M. nie spełnia wymogów Zamawiającego, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Również zarzut podniesiony z ostrożności, wskazujący na naruszenie art. 107 ust. 2 i 4 Pzp oraz art. 223 ust. 1 Pzp obu w zw. z art. 266 Pzp poprzez ich niezastosowanie i braku podjęcia przez Zamawiającego czynności zmierzających do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty Wykonawcy "WINDA" S.C. K. K., J. M., którą w ostateczności należało uznać za niekompletną, nie zasługuje na uwzględnienie.

Za zasadne należy uznać stanowisko Zamawiającego wyrażone w Odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym „podkreślić należy, iż Rodz. XXII pkt. 1 ppkt 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), przewiduje, iż do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu w zakresie wskazanym przez zamawiającego w Rodz. XV i XVA SWZ oraz oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie wskazanym przez zamawiającego w Rodz. XXI pkt 2 SWZ. W związku z tym, iż wykonawca, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą złożył oświadczenie dot. niepodlegania wykluczeniu oraz oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu poparte przez podmiotowe środki dowodowe w postaci wykazu usług oraz wykazu osób, uznać należy, że oferta ta spełniała wszystkie warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznych lub zawodowych osób mających wykonywać umowę. Podkreślenia wymaga okoliczność, iż Rozdz. V pkt. 4 SWZ przewiduje, że Zamawiający nie wymaga od wykonawców złożenia jakichkolwiek przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający żądał wyłącznie podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług oraz wykazu osób (Rozdz. XXII pkt 2 ppkt 4.3). W żadnym postanowieniu SWZ nie został

postawiony wykonawcom wymóg złożenia z ofertą certyfikatów, na które powołuje się Odwołujący”.

Powyższe okoliczności, świadczą o niezasadności zarzutów Odwołującego. Zamawiający nie jest uprawniony do żądania od wykonawcy dokumentów, których nie wymagał w treści dokumentacji zamówienia.

Izba zwraca uwagę, że jeżeli w ocenie Odwołującego, wykazanie się posiadaniem certyfikatów, na które powołuje się w odwołaniu było istotne dla należytego wykonania zamówienia, należało rozważyć czy nie podnieść takiego zarzutu w terminie właściwym na składanie odwołania na postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia. W takim przypadku, Zamawiający mógłby – jeśli uznałby zasadność zarzutu, dokonać modyfikacji postanowień SWZ. Podnoszenie tego zarzutu na obecnym etapie postępowania jest spóźnione, a Zamawiający nie może wymagać dokumentu, którego nie żądał w treści SWZ. Nie jest również możliwe skierowanie do wykonawcy wezwania w sprawie wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentu, którego Zamawiający nie wymagał w treści SWZ.

Oferta Przystępującego zawierała dokumenty wymagane przez Zamawiającego, a zatem powyższe zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców a także przejrzystości postępowania wyrażający się w niewłaściwej ocenie oferty złożonej przez "WINDA" S.C. K. K., J. M., co do której Zamawiający miał uzasadnione wątpliwości w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu tej oferty i mimo braku wyjaśnienia wykonawcy (wyczerpującego i przekonującego) nie odrzucił jej, oraz niezważenia, że oferta ta nie spełnia wymogów Zamawiającego w zakresie możliwości realizacji umowy przez tego wykonawcę, Izba stwierdziła, że ma on charakter wynikowy, został powiązany z zarzutami wcześniej podniesionymi i stanowi ich konsekwencję. Tym samym przedmiotowy zarzut okazał się zasadny w części, w jakiej był pochodną zarzutu dotyczącego wyjaśnień rażąco niskiej ceny (zarzut nr 1 i 2) i niezasadny w zakresie odnoszącym się do braku legitymowania się odpowiednim certyfikatem (zarzut nr 3 i 5).

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

W kwestii kosztów postępowania Izba wskazuje, iż z uwagi na fakt, że zarzuty dotyczą zasadniczo dwóch czynności Zamawiającego, tj. oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny i braku legitymowania się stosownym certyfikatów dla osoby w zakresie odpowiednich przeglądów objętych przedmiotem zamówienia, Izba dokonała podziału kosztów stosownie do wyniku postępowania, uznając zarzut rażąco niskiej ceny za zasadny a dotyczący certyfikatów za

niezasadny, obciążając strony kosztami w częściach równych. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania w łącznej wysokości 11 100 zł z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (które zostały udokumentowane złożoną podczas rozprawy fakturą VAT), natomiast Zamawiający nie przedstawił rachunku potwierdzającego ewentualne koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Mając to na względzie Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot połowy poniesionych przez Odwołującego kosztów postępowania, tj. kwotę 5 550 zł.

Izba nie uwzględniła wniosku o zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i nie zaliczyła ich do kosztów postępowania odwoławczego, z uwagi na brak złożenia do akt sprawy rachunku lub spisu kosztów, stanowiących podstawę do ich uwzględnienia. Zgodnie z § 5 pkt 2 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania,

do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się: uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy (...).

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: