

Sygn. akt: KIO 1285/13

WYROK
z dnia 12 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 czerwca 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum Firm: 1) Gorek Restauro Sp. z o. o. Spółka Komandytowa (Lider Konsorcjum); 2) Przedsiębiorstwo Ogólnobudowlane i Konserwacji Zabytków K..... O....., A..... B..... Sp. Jawna (Członek Konsorcjum) z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: ul. Ruskowy Bród 79 A, 03 - 289 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Kołobrzeg, ul. Ratuszowa 13, 78-100 Kołobrzeg**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji także wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Kołobrzeg, ul. Ratuszowa 13, 78-100 Kołobrzeg i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Konsorcjum Firm: 1) Gorek Restauro Sp. z o. o. Spółka Komandytowa (Lider**

Konsorcjum); 2) Przedsiębiorstwo Ogólnobudowlane i Konserwacji Zabytków K..... O....., A..... B..... Sp. Jawna (Członek Konsorcjum) z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: ul. Ruskowy Bród 79 A, 03 - 289 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2.** nakazuje dokonać wpłaty kwoty **13 817 zł 31 gr** (słownie: trzynaście tysięcy osiemset siedemnaście złotych trzydzieści jeden groszy) przez **Gminę Miasto Kołobrzeg, ul. Ratuszowa 13, 78-100 Kołobrzeg** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum Firm: 1) Gorek Restauro Sp. z o. o. Spółka Komandytowa (Lider Konsorcjum); 2) Przedsiębiorstwo Ogólnobudowlane i Konserwacji Zabytków K..... O....., A..... B..... Sp. Jawna (Członek Konsorcjum) z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: ul. Ruskowy Bród 79 A, 03 - 289 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Koszalinie.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Renowacja budynku Ratusza wraz z montażem windy oraz przebudową pomieszczeń*” zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 64001 – 2013, data zamieszczenia 26.04.2013 r. przez Gminę Miasto Kołobrzeg, ul. Ratuszowa 13, 78-100 Kołobrzeg zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 24.05.2013 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: Kielart Konserwacja Zabytków Sp. z o.o., ul. Kłodna 30,70-535 Szczecin zwana dalej: „*Kielart Konserwacja Zabytków Sp. z o.o.*” oraz odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” oferty Konsorcjum Firm: 1) Gorek Restauro Sp. z o. o. Spółka Komandytowa (Lider Konsorcjum); 2) Przedsiębiorstwo Ogólnobudowlane i Konserwacji Zabytków K..... O....., A..... B..... Sp. Jawna (Członek Konsorcjum) z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: ul. Ruskowy Bród 79 A, 03 - 289 Warszawa zwane dalej: „*Konsorcjum Gorek Restauro*” albo „*Odwołującym*”. Wskazał, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SIWZ*”, zgodnie z postanowieniami Cz. I Rozdz. VIII SIWZ oraz brzmieniem formularza oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) oraz formularzy cenowych C1 i C2 (załącznik nr 3a i 3 b do SIWZ). Zamawiający wymagał wskazania odrębnej ceny na:

- wykonanie robót budowlanych i montaż dźwigu osobowego (C1),
- konserwację i utrzymanie dźwigu osobowego przez 1463 dni (C2),
- za 1 roboczogodzinę (C3) czynności związanych z naprawami awaryjnymi.

Każda z tych cen stanowi odrębne kryterium oceny ofert. Jak wynika z wyjaśnień Odwołującego w jego ofercie nie wskazano ceny za konserwację i utrzymanie dźwigu osobowego przez okres 1460 dni (formularz cenowy C2), gdyż dostawca zaoferował bezpłatną konserwację i utrzymanie dźwigu przez 1460 dni, a podana w formularzu ofertowym kwota 123,00 zł w zakresie konserwacji i utrzymania dźwigu obejmuje wyłącznie wydatki okołoserwisowe. Z wyjaśnień wynika, iż cena za konserwację i utrzymanie dźwigu ujęta jest w cenie dostawy urządzenia. Oznacza to, że oferta, wbrew wymogom SIWZ, nie określa faktycznej ceny za utrzymanie i konserwację dźwigu osobowego.

W dniu 29.05.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 Pzp odwołanie: Konsorcjum Gorek Restauro na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 29.05.2013 r. (faxem). Zamawiający niezgodnie z przepisami Pzp dokonał lub zaniechał, następujących czynności, do których dokonania był zobowiązany:

- dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania,
- dokonanie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty firmy Kielart Konserwacja Zabytków Sp. z o.o.,
- zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Opisane powyżej czynności, których dokonał Zamawiający lub których dokonania zaniechał, naruszają przepisy Pzp oraz zapisy postanowień SIWZ, a w szczególności naruszają dyspozycje art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:
 - unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego
 - unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty firmy Kielart Konserwacja Zabytków Sp. z o.o.,
 - dokonania ponownej czynności oceny ofert i wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W 15.05.2013 r., Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ w wysokość ceny zawartej w formularzu cenowym w pozycji C2, czyli cenie za usługi konserwacji i utrzymania dźwigu osobowego przez 1460 dni w wysokości 123,00 zł brutto. Odwołujący w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego złożył wyjaśnienia, w których oświadczył, że zgodnie z popisaną przez niego umową w firmą EXWIND s.c. D.J. G....., która to firma miała dostarczyć i zamontować dźwig osobowy, nie będzie on ponosił żadnych dodatkowych kosztów związanych z konserwacją i utrzymaniem dźwigu osobowego. Zgodnie z zawartą umową, Odwołujący nie ponosi kosztów konserwacji i utrzymania dźwigu, gdyż dostawca windy zobowiązał się do dokonywania tych czynności bez dodatkowej opłaty. W związku z powyższym Odwołujący wpisał w formularzu cenowym kwotę 123,00 zł brutto, która to kwota zawierała całość kosztów związanych z konserwacją i utrzymaniem dźwigu (tzw. wydatki około serwisowe, jak np. koszty połączeń telefonicznych). W dniu 24.05.2013 r., Zamawiający poinformował Odwołującego, za pomocą faksu, o wynikach przedmiotowego postępowania oraz o fakcie odrzucenia jego oferty. Jako podstawę prawną dokonanej czynności Zamawiający podał art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający twierdzi, że treść złożonej przez Odwołującego oferty jest niezgodna z treścią SIWZ. Wg Zamawiającego, oferta Odwołującego nie określa faktycznej ceny za utrzymanie i konserwację dźwigu osobowego, co było wymogiem zawartym w SIWZ. W ocenie Odwołującego takie zachowanie Zamawiającego jest niezgodne z przepisami Pzp. Według zapisów SIWZ, Część 1, pkt VIII, cena oferty miała być ceną ryczałtową zawierającą wszystkie koszty związane

z realizacją przedmiotowego zamówienia i miała być przedstawiona Zamawiającemu w formularzu cenowym stanowiącym załącznik do SIWZ. Zgodnie z pkt. IX, Część 1 SIWZ, kryterium oceny ofert było:

- a) Cena za wykonanie robót budowlanych i montaż dźwigu osobowego (C1) - 80%
- b) Cena za konserwację i utrzymanie dźwigu osobowego przez 1460 dni (C2) - 18%
- c) Cena za 1 roboczogodzinę (C3) czynności związanych z naprawami awaryjnymi - 2%

Zaproponowane ceny, miały być podane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku i powinny być różne od 0,00 zł. W złożonym przez Odwołującego formularzu ofertowym, oświadczył on, że wykona przedmiot zamówienia, za następujące ceny:

1. Wykonanie robót budowlanych wraz z montażem dźwigu osobowego - 1 993 661,97 zł brutto.
2. Konserwacja i utrzymanie dźwigu osobowego wraz z zapewnieniem pogotowia dźwigowego przez okres 1460 dni - 123 zł brutto.
3. Całodobowe usuwanie awarii niebędących w zakresie napraw gwarancyjnych, stawka za roboczo godzinę - 18,45 zł brutto.

Odwołujący zawarł również w złożonym formularzu oświadczenie, że 12 % prac objętych zamówieniem wykonane zostanie siłami podwykonawcy w tym, montaż dźwigu osobowego wraz z oceną zgodności i dopuszczeniem do eksploatacji oraz 48 miesięczna konserwacja i zapewnienie pogotowia dźwigowego. Do formularza ofertowego, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, dołączone były formularze cenowe C1, C2, C3. W formularzu cenowym C1 pkt. 1.7. Odwołujący podał kwotę za montaż dźwigu osobowego oraz, zgodnie z dokumentacją techniczną dołączoną do SIWZ, za towarzyszące montażowi roboty budowlane. Należy zaznaczyć, że Zamawiający nie negocjował ani ceny całościowej zawartej w formularzu C1, ani ceny będącej elementem ceny całościowej, czyli ceny za montaż dźwigu osobowego. W formularzu cenowym C2, Odwołujący podał cenę za konserwację i utrzymanie dźwigu osobowego 123,00 zł brutto, w której to cenie miały mieścić się, zgodnie z pkt. 2 formularza cenowego C 2, wszystkie koszty, w tym szczególnie koszty dojazdu, zakwaterowania, wyżywienia serwisanta, koszty sprzętu i inne koszty. W tym samym formularzu, Odwołujący podał również cenę C 3, czyli stawkę za roboczogodzinę, 18,45 zł brutto, dla robót związanych z całodobowym usuwaniem awarii niebędących objętym zakresem napraw gwarancyjnych i konserwacyjnych. Przedstawioną powyżej ofertę, złożoną przez Odwołującego, Zamawiający uznał za niezgodną z treścią SIWZ.

Podstawą prawną czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, był art. 89 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Pierwsza część przytoczonego przepisu zawiera

dyspozycję dla Zamawiającego, dotyczącą nakazu odrzucenia oferty w przypadku zaistnienia określonych okoliczności. Okolicznością tą jest stwierdzenie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Takie skonstruowanie przez Ustawodawcę przepisu prawnego, odsyła nas do SIWZ, która jest podstawą przeprowadzanego postępowania przetargowego oraz jest podstawą sporządzenia oferty, której treść musi być zgodna z SIWZ. Obowiązkiem Zamawiającego, po dokonaniu analizy podmiotowej wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu przetargowym, jest dokonanie analizy złożonych ofert. Istotnym faktem jest jednak, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, stanowi nie o całej ofercie, ale o jej treści. Ustawodawca wprowadził rozróżnienia dwóch pojęć, tj. oferty oraz treści oferty.

W tym miejscu należy przede wszystkim ustalić, czym jest treść oferty, bo tylko oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ, podlega odrzuceniu i nie jest brana pod uwagę przy ocenie ofert. W Pzp nie znajdujemy definicji legalnej pojęcia treść oferty, więc wobec jej braku, zgodnie z art. 14 Pzp, musimy odwołać się do przepisów KC. Analizując, czym jest treść oferty, należy odnieść się do art. 66 § 1 KC. Zgodnie z tym przepisem „*oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy*”. Zatem ta część oferty złożonej w postępowaniu przetargowym, która zawiera w sobie podstawowe, istotne warunki przyszłej umowy, jest treścią tej oferty. Idąc dalej, trzeba ustalić co to są istotne postanowienia umowy tzw. *essentialia negotii*. *Essentialia negotii* są to te postanowienia umowy, które decydują o istocie danej umowy, które ją typizują i charakteryzują pod względem prawnym. W związku z powyższym, aby mogło dojść do zawarcia umowy w drodze postępowania przetargowego, w rozumieniu Pzp, treść złożonej oferty musi zawierać *essentialia negotii* przyszłej umowy. Oferta, której treść nie zawiera istotnych postanowień przyszłej umowy, nie może stanowić przedmiotu oświadczenia woli zawarcia umowy, które złożone zostaje drugiej stronie. Złożona oferta musi zawierać oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie składającego to oświadczenie, do zawarcia umowy, na warunkach, które ustalone zostały w SIWZ przez Zamawiającego. Na potrzeby niniejszego uzasadnienia przytoczył wyrok KIO z dnia 6.04.2010 r. o sygn. akt: KIO 360/10 oraz orzeczenie KIO z dnia 08.07.2010 r.

Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w taki sposób, aby uzyskać zamierzony efekt i oczekuje od wykonawcy, który złoży najkorzystniejszą ofertę, że ten efekt zostanie osiągnięty. Celem przedmiotowego postępowania przetargowego przeprowadzonego przez Zamawiającego było podpisanie umowy o roboty budowlane zgodnie z art. 647 KC, który to przepis stanowi „*przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego*

wynagrodzenia". W związku z powyższym *essentialia negotii* przyszłej umowy, jak i złożonej oferty, to wszystkie elementy związane z oddaniem do użytku przewidzianego w SIWZ i przyszłej umowie obiektu.

Przekładając powyższe rozważania na zaistniałą sytuację faktyczną należy stwierdzić, że nie zaistniała żadna podstawa do stwierdzenia niezgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ. Zamawiający nie podważa przedmiotu świadczenia, jakie określił Odwołujący w złożonej ofercie, które to świadczenie miałyby być przedmiotem przyszłej umowy. Należy, więc wnioskować, że nie miał on żadnych zastrzeżeń do przedmiotu zaproponowanego świadczenia, ani do sposobu jego spełnienia. W uzasadnieniu dokonania czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający twierdzi, że oferta nie zawiera ceny za konserwację i utrzymanie dźwigu przez okres 1460 dni, a podana w formularzu ofertowym kwota 123,00 zł obejmuje wyłącznie wydatki około serwisowe. Zamawiający stwierdził, że ze złożonych przez Odwołującego wyjaśnień wynika, iż cena na konserwację i utrzymanie dźwigu ujęta jest w cenie dostawy urządzenia. Przyniesione twierdzenia Zamawiającego nie znajdują oparcia w zaistniałej sytuacji faktycznej. W złożonych wyjaśnieniach, Odwołujący wyjaśnił, że zaproponowana przez niego stawka jest wynikiem umowy, jaką zawarł on, na dostawę dźwigu osobowego. W tym miejscu należy przytoczyć warunki dostawy, jakie zostały określone w ofercie, złożonej przez firmę EXWIND oraz zawartej umowie warunkowej współpracy.

Na potrzeby przedmiotowego postępowania i w celu złożenia w nim oferty, Odwołujący nawiązał współpracę z firmą EXWIND, która to firma, jako podwykonawca miała dokonać dostawy i montażu dźwigu osobowego. Ze złożonej przez firmę EXWIND Odwołującemu oferty wynika, że złożona oferta zawiera bezpłatną konserwację i utrzymanie pogotowia dźwigowego przez okres 48 miesięcy (str. 2 oferty z dnia 09.05.2013 r.) (dowód: oferta z dnia 09.05.2013 r.).

W wyniku złożonej oferty, strony zawarły w dniu 13.05.2013 r. umowę warunkową współpracy. Zgodnie z zapisami umowy firma EXWIND zobowiązała się do dostarczenia dźwigu osobowego, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt e zawartej umowy, umowa obejmowała bezpłatną konserwację oraz bezpłatne usuwanie awarii dźwigu przez okres 48 miesięcy. (dowód: umowa warunkowa współpracy z dnia 13.05.2013 r.).

Z powyższego wynika, że przedstawiona przez Zamawiającego cena w formularzu cenowym C 2, ma oparcie w złożonej przez firmę EXWIND ofercie i zawartej na jej podstawie umowie o dostawę o montaż dźwigu osobowego. Na podstawie zawartej umowy wykonawca, firma EXWIND, zobowiązał się do bezpłatnego dokonywania konserwacji i utrzymania dźwigu osobowego wraz z zapewnieniem pogotowia dźwigowego. Odwołujący nie miał faktycznych podstaw do wpisania ceny za te usługi większej niż koszty, jakie on

sam poniesie za realizację wymienionych usług. Należy również nadmienić, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący nie oświadczył w złożonych wyjaśnieniach z dnia 17.05.2013 r., że cena za konserwację i utrzymanie dźwigu ujęte zostały w kosztach montażu dźwigu. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący napisał, że zgodnie z zawartą przez niego umową, nie będzie on ponosił dodatkowych kosztów związanych z utrzymaniem i konserwacją dźwigu, ponieważ wykonawca zawartej umowy zobowiązał się do bezpłatnego wykonywania tych czynności. Oświadczył on również, że zaproponowana cena w formularzu cenowym C 2, zawiera w sobie całość kosztów obsługi konserwacji i utrzymania dźwigu. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia znajdują oparcie w przytoczonych dowodach (oferta oraz zawarta umowa warunkowa). Odwołujący negocjując warunki umowy z dostawcą dźwigu osobowego, postępował zgodnie ze swoim interesem i zasadą swobody umów. W opinii Odwołującego nie może on ponosić konsekwencji, korzystnie wynegocjowanego kontraktu, w postaci niezyskania przedmiotowego zamówienia. Jeżeli więc przedmiot świadczenia zaproponowanego przez odwołującego jest zgodny z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, czego sam Zamawiający nie neguje, a cena wyliczona została zgodnie z realnymi kosztami poniesionymi przez Odwołującego, należy stwierdzić, że nie zaistniała przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp a złożona oferta była zgodna z SIWZ. Przytoczył orzeczenia KIO dotyczące interpretacji przesłanki określonej w art. 89 ust. 1 pkt. 2 - wyrok z dnia 08.01.2013 r. o sygn. akt: KIO 2707/12, wyrok z dnia 10.01.2013 o sygn. akt KIO 2845/12.

Biorąc powyższe pod uwagę, stwierdził, że Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił niezgodności treści oferty złożonej przez Odwołującego z treścią SIWZ. Zaproponowane przez Odwołującego świadczenie jest zgodne z wymaganiami określonymi w SIWZ, a ceny zaproponowane przez Odwołujące są konsekwencją sytuacji na rynku i zawartych umów. Nie potwierdził się zarzut błędnego przedstawienia ceny a przytoczone przez Zamawiającego argumenty nie znajdują oparcia w zaistniałej sytuacji faktycznej.

Zamawiający w dniu 31.05.2013 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 07.06.2013 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu na posiedzeniu. W ocenie Komisji Przetargowej przedłożona przez Odwołującego oferta nie odpowiada treści SIWZ w części dotyczącej ceny za konserwację i utrzymanie dźwigu osobowego przez 1460 dni. Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferta została odrzucona. Zgodnie z postanowieniami cz I Rozdz. VIII SIWZ oraz brzmieniem formularza oferty (załącznik nr 1

do SIWZ) oraz formularzy cenowych C1, C2 i C3 (załącznik nr 3a i 3b do SIWZ), Zamawiający wymagał wskazania cen za;

- wykonanie robót budowlanych i montaż dźwigu osobowego (C1),
- konserwację i utrzymanie dźwigu osobowego przez 1463 dni (C2),
- za 1 roboczogodzinę (C3) czynności związanych z naprawami awaryjnymi

Każda z tych cen stanowiła odrębne kryterium oceny ofert Ponadto, cena za konserwację i utrzymanie dźwigu osobowego zgodnie z zapisami SIWZ powinna zawierać *"zapłatę za przedmiot zamówienia, dyżur telefoniczny, koszt dojazdu, zakwaterowania, wyżywienia serwisanta, koszty niezbędnego sprzętu, inne koszty związane z jego realizacją wraz z podatkiem od towarów i usług VAT, koszty dostawy do siedziby Zamawiającego oraz wszystkie pochodne (między innymi ubezpieczenia, opłaty celne, upusty itp.)"*

Jak wynika z wyjaśnień wykonawcy podana w formularzu ofertowym C2 kwota 123,00 zł obejmuje wyłącznie wydatki okołoservisowe, a więc wydatki nie zawierające kosztów serwisu. Nie wskazał on zatem ceny za konserwację i utrzymanie dźwigu osobowego przez okres 1460 dni do czego był zobowiązany warunkami SIWZ.

Zamawiający wyraźnie żądał przedstawienia ceny za konserwację i utrzymanie dźwigu osobowego przez 1460 dni, Odwołujący natomiast potwierdził zarówno w złożonych wyjaśnieniach, jak i wniesionym odwołaniu fakt bezpłatnej konserwacji i utrzymania dźwigu osobowego. Odwołujący oświadczył: *„że zgodnie z podpisaną przez niego umową z firmą EXWIND s.c DJ G....., która to firma miała dostarczyć i zamontować dźwig osobowy, nie będzie on ponosił żadnych dodatkowych kosztów związanych z konserwacją i utrzymaniem dźwigu osobowego Zgodnie z zawartą umową, Odwołujący nie ponosi kosztów konserwacji i utrzymania dźwigu osobowego, gdyż dostawa windy zobowiązał się do dokonywania tych czynności bez dodatkowej opłaty"*. Zamawiający postawił w zamówieniu określone warunki, w tym konieczność zaoferowania ceny za konserwację i utrzymanie dźwigu osobowego przez okres 1460 dni, Odwołujący nie spełnił tego warunku, co potwierdza sam w przytoczonym powyżej oświadczeniu Zamawiającego nie wiążą zapisy umowy, jaką Odwołujący zawarł z firmą EXWIND sc. DJ. G..... . Odwołujący miał prawo wynegocjować warunki, o których wspomina, jednak powinnością jego było spełnienie warunków postawionych przez Zamawiającego - wycenienie wszystkich czynności związanych z konserwacją i utrzymaniem dźwigu osobowego przez okres 1460 dni. Ewentualny wybór oferty Odwołującego spowodowałby naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp - zasady zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, ponieważ trzej pozostali Wykonawcy złożyli oferty zgodne z warunkami Zamawiającego - a więc wyodrębnili koszty wszystkich czynności, jakie będą wykonywane przez okres 1460 dni w ramach konserwacji i utrzymania dźwigu osobowego. Nadmieniał, że każde z trzech kryteriów było oceniane osobno

Cechą transakcji handlowych jest świadczenie usług odpłatnie. Wyjaśnienia Odwołującego wskazujące na bezpłatny serwis, nie oznaczają, że Odwołujący (w konsekwencji Zamawiający), za niego nie zapłaci. Wnosić z tego należy zatem, że cena za konserwację i utrzymanie dźwigu została ujęta w innych kosztach np. w cenie dostawy urządzenia. Wliczenie kosztów serwisu w cenę np. dostawy i montażu urządzenia powoduje, że Zamawiający będzie zmuszony do zapłaty z góry, za usługę, która będzie dopiero wykonana.

Oferta z tak skalkulowaną ceną jest niezgodna z zapisami SWIZ oraz ogłoszeniem w którym Zamawiający nie przewiduje zapłaty za czynności jeszcze niewykonane lub udzielanie zaliczek na poczet ich wykonania. Przyjęcie takiej oferty narażałoby Zamawiającego na naruszenie przepisów ustawy o finansach publicznych - zwłaszcza art. 44 nakazującego jednostkom sektora finansów publicznych - a więc Zamawiającemu - ponoszenie wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru środków i metod, w wysokościach i terminach wynikających z zaciągniętych zobowiązań.

Oferta Odwołującego, sprzeczna jest również z projektem umowy załączonym do SIWZ w zakresie:

- zapisów § 1, w którym Zamawiający określa, że przedmiotem zamówienia jest część inwestycyjna, w skład której wchodzi roboty budowlane oraz część prac bieżących obejmujących wykonanie m.in. konserwacji i utrzymania dźwigu osobowego (windy) oraz usuwanie awarii dźwigu osobowego, a co za tym idzie § 9 w którym Zamawiający określa wynagrodzenie ryczałtowe dla każdej z wyżej wymienionych części osobno. Powyższe potwierdzają również zapisy punktu 8 protokołu z otwarcia ofert, gdzie Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał, jaką kwotę zamierza przeznaczyć na sfinansowanie Zamówienia - wyodrębniając środki finansowe na część inwestycyjną oraz wydatki bieżące (konserwacja i ewentualne naprawy)
- zapisów § 2, w którym Zamawiający określa odrębne terminy realizacji poszczególnych czynności, w tym zadań obejmujących i konserwację i utrzymanie dźwigu osobowego przez 1460 dni - wskazując termin rozpoczęcia przedmiotu umowy w powyższym zakresie na dzień podpisania protokołu odbioru końcowego robót wyszczególnionych w § 1 ust 2 pkt, 1 lit g,
- sposobu rozliczenia za poszczególne elementy zamówienia § 13 umowy.

Ponadto, konstrukcja oferty Odwołującego uniemożliwiłaby rozliczenie przez Zamawiającego środków na wykonanie części inwestycyjnej realizowanej w ramach projektu współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej PO „Zrównoważony rozwój sektora rybołówstwa i nadbrzeżnych obszarów rybackich 2007-2013”, które przeznaczone są wyłącznie na czynności wskazane w formularzu cenowym C1 oraz § 1 ust 2 projektu umowy. W tym celu Zamawiający wymagał złożenia przez Wykonawców dwóch formularzy cenowych

- Załącznik nr 3a i 3b do SIWZ, w których odpowiednio należało wskazać cenę za roboty budowlane (formularz 3a) oraz ceną za konserwację i utrzymanie dźwigu osobowego przez 1460 dni i 1 roboczogodzinę czynności związanych z naprawami awaryjnymi (formularz 3b). Podsumowując stwierdził, że Zamawiający wyraźnie określił warunki przygotowania ofert, w tym dotyczące sposobu określenia ceny za konserwację i utrzymanie dźwigu osobowego przez 1460 dni, Odwołujący natomiast nie spełnił powyższych warunków, składając ofertę niezgodną z warunkami SIWZ, co skutkowało jej odrzuceniem.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, ofertą Odwołującego i pozostałych uczestników postępowania przetargowego, wezwaniem Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp z dnia 15.05.2013 r., wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 17.05.2013 r., zawiadomieniem o odrzuceniu oferty Odwołującego, jak i wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 24.05.2013 r., odwołaniem wraz z załącznikami, odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczenia, jak i stanowiska stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izba stwierdza, że przedmiotowe odwołanie dotyczy postępowania wszczętego ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 26.04.2013 r., czyli po dniu 20.02.2013 r., tj. wejściu w życie ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271).

Nadto, Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach trzech kryteriów oceny ofert, tj. wykonanie robót budowlanych i montaż dźwigu osobowego (C1) – 80 %; konserwację i utrzymanie dźwigu osobowego przez 1463 dni (C2) – 18 %, za 1 roboczogodzinę (C3) czynności związanych z naprawami awaryjnymi – 2 %, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

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 o sygn. akt: KIO 1285/13, postanowień SIWZ, oferty Odwołującego i pozostałych uczestników postępowania przetargowego, wezwania Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp z dnia

15.05.2013 r., wyjaśnień Odwołującego z dnia 17.05.2013 r., zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, jak i wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 24.05.2013 r., odwołania wraz z załącznikami (kopią oferty na montaż dźwigu osobowego 2003-V-13/EBM630/JG z dnia 09.05.2013 r., jak i kopią umowy warunkowej współpracy nr sc 01/05/2013 z dnia 13.05.2013 r.) i odpowiedzi na odwołanie.

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

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego w ramach czynności z dnia 24.05.2013 r. poprzez uznanie, że w jego ofercie nie wskazano ceny za konserwację i utrzymanie dźwigu osobowego przez okres 1460 dni (formularz cenowy C2), Izba uznała w/w zarzut za potwierdzony.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów:

Zamawiający w Cz. I SIWZ – Informacja dla Wykonawców w Rozdz. VIII określił Opis sposobu obliczenia ceny oferty stwierdzając, że: *„Cenę oferty należy podać w formie ryczałtu. Cena ta musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania wraz z podatkiem VAT. Stawka podatku VAT musi zostać określona zgodnie z ustawą z dn. 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011r. Nr 177 poz. 1054 z późn. zm.).*

1. *Cenę oferty należy obliczyć jako sumę kwot ryczałtowych za poszczególne elementy robót (obejmująca zakres rzeczowy zgodny opisem przedmiotu zamówienia i dokumentacją projektową) i podać w formie ryczałtu.*
2. *Wykonawca określi cenę oferty w załączniku nr 1 i 3 do SIWZ.*
3. *Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach tabel Formularza cenowego (zał. nr 3 SIWZ). Wartość cen należy podać do dwóch miejsc po przecinku.*
4. *Zaoferowana cena musi uwzględniać:*
 - 1) *wykonanie zamówienia zgodnie z zapisami SIWZ i jej załącznikami,*
 - 2) *organizację, wykonanie, zabezpieczenie zaplecza i placu budowy wraz z doprowadzeniem potrzebnych mediów (energii elektrycznej, wody, ciepła i innych mediów oraz zabezpieczeniami wynikającymi z BHP i ppoż.).*
 - 3) *koszty ochrony zaplecza i placu budowy,*
 - 4) *koszty zużycia wody, energii elektrycznej i ciepła,*
 - 5) *koszty obsługi geodezyjnej,*

- 6) *opracowanie planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia,*
- 7) *uzyskania zgody na ewentualne zajęcia ulic, chodników, zmiany organizacji ruchu na czas budowy,*
- 8) *wszelkie naprawy związane z budową,*
- 9) *zagospodarowanie odpadów i materiałów z wykopów i rozbiórek,*
- 10) *przeprowadzenie wszelkich wymaganych przepisami prób, sprawdzeń i odbiorów, koniecznych do uzyskania odbioru robót,*
- 11) *wykonanie pełnej dokumentacji powykonawczej i konserwatorskiej,*
- 12) *konserwację i utrzymanie dźwigu osobowego wraz z zapewnieniem pogotowia dźwigowego, przez okres 1460 dni,”*

Nadto, w Cz. I SIWZ – Informacja dla Wykonawców w Rozdz. IX zawarł postanowienia dotyczące opisu kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, tzn.: „1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował kryterium:

- a) *Cena za wykonanie robót budowlanych i montaż dźwigu osobowego (C1) – 80%*
- b) *Cena za konserwację i utrzymanie dźwigu osobowego przez 1460 dni (C2) - 18%*
- c) *Cena za 1 roboczogodzinę (C3) czynności związanych z naprawami awaryjnymi – 2%*

2. *Ocena kryterium C1 zostanie dokonana poprzez zastosowanie następującego wzoru:*

$$C1 = (Cn1 : Cb1) \times 100\% \times 0,8 \text{ (waga kryterium);}$$

gdzie: Cn1 - cena najniższa za wykonanie robót budowlanych, Cb1 - cena badana za wykonanie robót budowlanych.

3. *Ocena kryterium C2 zostanie dokonana poprzez zastosowanie następującego wzoru:*

$$C2 = (Cn2 : Cb2) \times 100\% \times 0,18 \text{ (waga kryterium);}$$

gdzie: Cn2 - cena najniższa za konserwację dźwigu i utrzymanie pogotowia dźwigowego, Cb2 - cena badana za konserwację dźwigu i utrzymanie pogotowia dźwigowego.

4. *Ocena kryterium C3 zostanie dokonana poprzez zastosowanie następującego wzoru:*

$$C3 = (Cn3 : Cb3) \times 100\% \times 0,02 \text{ (waga kryterium);}$$

gdzie: Cn3 - cena najniższa za roboczogodzinę usunięcia awarii, Cb3 - cena badana za roboczogodzinę usunięcia awarii.

5. *Ocena zostanie wyliczona wg wzoru:*

$$O = C1 + C2 + C3$$

6. *Zaproponowane ceny muszą być różne od 0,00zł*
7. *Obliczenia dokonane będą z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.*
8. *Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska największą ilość punktów.”.*

W formularzu ofertowym załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający ustalił, że: „(...) 1. Oferujemy:

- a) Wykonanie robót budowlanych wraz z montażem dźwigu osobowego określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokumentacji projektowej, opisie przedmiotu zamówienia, projekcie umowy za wynagrodzeniem ryczałtowym wynikającym z Formularza cenowego C1 w cenie:.....zł (netto) +.....% podatku VAT, tj. ogółem:zł (brutto z VAT). Słownie: Ogółem brutto:
-)
- b) Konserwację i utrzymanie dźwigu osobowego wraz z zapewnieniem pogotowia dźwigowego, przez okres 1460 dni, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opisie przedmiotu zamówienia, projekcie umowy za wynagrodzeniem ryczałtowym wynikającym z Formularza cenowego C2 w cenie:.....zł (netto) +.....% podatku VAT, tj. ogółem:zł (brutto z VAT). Słownie: Ogółem brutto:
-)
- c) Całodobowe usuwanie awarii niebędących w zakresie napraw gwarancyjnych i konserwacyjnych, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opisie przedmiotu zamówienia, projekcie umowy, za wynagrodzeniem rozliczonym w oparciu o stawkę roboczogodziny C3 w wysokościzł (netto) +.....% podatku VAT, tj. ogółem:zł (brutto z VAT). Słownie: Ogółem brutto:
-) (...)"

Dodatkowo ustalił formularze cenowe C1 i C2 (załącznik nr 3a i 3b do SIWZ. Zawarte w nich zostały szczegółowe instrukcje odnośnie zasad ich wypełnienia. Załącznik nr 3 a do SIWZ zawiera następującą informację: „Uwaga!

Informacja dotycząca wypełnienia Formularza cenowego - Zał. NR 3a SIWZ :

1. Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach tabel Formularza cenowego (zał. NR 3a SIWZ). Nie może być wpisana cyfra „0“ lub wstawiona „kreska“. Wartość cen należy podać do dwóch miejsc po przecinku.
2. Pod tabelą formularza cenowego, w dodatkowej tabelce należy wpisać wskaźniki używane przy kosztorysowaniu wszystkich grup robót: stawkę roboczogodziny kosztorysowej R (zł/r-g) oraz narzuty: koszty pośrednie Kp (%), koszty zakupu Kz (%), wielkość zysku Z (%) (...)
3. Wykonawca w kosztach pośrednich „Kp” przyjętych do kalkulacji na powyższe prace powinien uwzględnić wszelkie koszty związane z kosztami ogólnymi budowy (np. prace porządkowe, zagospodarowanie placu budowy, utrzymanie zaplecza i placu budowy, energia elektryczna, telefon, dozоровanie, ogrodzenie) oraz inne niezbędne

do wykonania zadania np.: koszt zabezpieczenia placu budowy, wygradzenia, pomiary, składowanie materiałów.”.

Z kolei załącznik nr 3 b do SIWZ zawiera: „Uwaga!

Informacja dotycząca wypełnienia Formularza cenowego - Zał. NR 3 SIWZ :

1. Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach tabel Formularza cenowego (zał. NR 3b SIWZ). Nie może być wpisana cyfra „0“ lub wstawiona „kreska“. Wartość cen należy podać do dwóch miejsc po przecinku.
2. Cena zawiera: zapłatę za przedmiot zamówienia, dyżur telefoniczny, koszt dojazdu, zakwaterowania, wyżywienia serwisanta, koszty niezbędnego sprzętu, inne koszty związane z jego realizacją wraz z podatkiem od towarów i usług VAT, koszty dostawy do siedziby Zamawiającego oraz wszystkie pochodne (między innymi: ubezpieczenia, opłaty celne, upusty itp.)

Wskaźniki cenotwórcze

dla robót związanych z całodobowym usuwaniem awarii

niebędących w zakresie napraw gwarancyjnych i konserwacyjnych (...)

Stawka roboczogodziny brutto C3 wynosi zł.”. W projekcie umowy - Część II SIWZ Zamawiający określił przedmiot umowy w § 1, termin realizacji w § 2, wynagrodzenie w § 9, zaś w § 13 warunki płatności. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Części III w pkt 9 - Konserwacja i utrzymanie dźwigu osobowego (windy):

„ 9.1 Zakres prac konserwacyjnych:

Konserwacja powinna być przeprowadzona nie rzadziej niż co 30 dni. Ma zagwarantować utrzymanie dźwigu w ruchu oraz niezawodność i bezpieczeństwo jego funkcjonowania m.in. poprzez:

- 1) *okresową konserwację techniczną dźwigów oraz roboczą kontrolę wszystkich części urządzenia dźwigowego i wyposażenia technicznego, zgodnie z instrukcją producenta i przepisami Urzędu Dozoru Technicznego. Podstawowa konserwacja obejmuje utrzymanie urządzenia w dobrym stanie technicznym i użytkowym.*
- 2) *zapewnienie pogotowia dźwigowego, przez całą dobę we wszystkie dni w roku - czas reakcji na zgłoszenie 60min;*
- 3) *wykonywanie przeglądów konserwacyjnych, które obejmuje:*
 - a) *niezbędne regulacje i drobne naprawy wszystkich urządzeń oraz wymianę drobnych części zamiennych jak np.: wkłady bezpieczników, żarówki sygnalizacyjne, żarówki oświetlenia, styki do przekaźników, śrub, podkładek, zawleczek, itp.;*
 - b) *dostarczanie i wymianę środków czyszczących i smarujących;*

- c) *wykonanie pomiarów elektrycznych ochrony przeciwporażeniowej przed dotykiem pośrednim i bezpośrednim zgodnie z polskimi normami,*
- 4) *niezwłoczne zawiadomienie organu właściwej jednostki dozoru technicznego o każdym niebezpiecznym uszkodzeniu dźwigu,*
- 5) *zapewnienie warunków do sprawnego wykonania czynności dozoru technicznego oraz przedstawienie dokumentów i udzielenie informacji koniecznych do prawidłowego wykonania tych czynności,*
- 6) *zatrudnianie do wykonania wszelkich prac konserwacyjnych wynikających z umowy wyłącznie wykwalifikowanych i przeszkolonych specjalistów z odpowiednimi uprawnieniami.*
- 7) *informowanie Zamawiającego o usterkach stwierdzonych przy pracach konserwacyjnych*
- 8) *uczestniczenie w badaniach okresowych dźwigów przeprowadzanych przez Urząd Dozoru Technicznego,*
- 9) *dokonywanie wszystkich napraw - nie dotyczy dewastacji,*
- 10) *usuwanie awarii,*
- 11) *uwalnianie ludzi z dźwigu ,*
- 12) *usuwanie przyczyny zatrzymania dźwigu,*
- 13) *sprzątanie dźwigowych pomieszczeń eksploatacyjnych łącznie z szybami i dołem szybowym z zanieczyszczeń nie spowodowanych eksploatacją dźwigu.*
- 14) *wykonywanie konserwacji zgodnie z przepisami dozoru technicznego i innymi przepisami i normami, które mają zastosowanie.*
- 15) *każdorazowe potwierdzenie przez konserwatora w "Dzienniku konserwacji dźwigu" wykonania czynności konserwacji, przeglądów i napraw.*

UWAGA: W przypadku stwierdzenia zagrożenia życia ludzkiego lub mienia, natychmiast powiadomić Zamawiającego, unieruchomić dźwig oraz zabezpieczyć go przed dostępem osób postronnych.

Konserwacja nie obejmuje: wykonywania prac i usług innych, niż wymienione w niniejszym opisie, a w szczególności:

- 1) *napraw spowodowanych pożarem, zalaniem, kradzieżą, dewastacją, umyślnym zniszczeniem urządzenia lub jego podzespołów,*
- 2) *uiszczania opłat za badania przeprowadzane przez właściwy Urząd Dozoru*

9.2 Inne postanowienia

Wykonawca zobowiązany jest do podjęcia działań naprawczych związanych z usuwaniem awarii nie później niż 1 godzinę od momentu przyjęcia zgłoszenia.

Prace konserwacyjne wykonywane będą w dni robocze lub po uzgodnieniu z

Zamawiającym w dni wolne od pracy.

Zamawiającemu przysługuje prawo potrącenia proporcjonalnej kwoty z miesięcznego wynagrodzenia Wykonawcy za każdy dzień postoju urządzenia.

Do przerwy w ruchu nie wlicza się czasu niezbędnego do wykonania prac związanych z konserwacją i badaniami.

Wykonawca podczas wykonywania wszelkich prac konserwacyjnych i serwisowych przy dźwigu zobowiązany jest poinformować zamawiającego o prowadzonych pracach i wywiesić informację na każdym przystanku o prowadzonych pracach.”.

Zgodnie z okolicznościami przytoczonymi przez Zamawiającego, jak i Odwołującego w ich pismach wskazanych powyżej, w ramach ceny C2 za Konserwację i utrzymanie dźwigu osobowego wraz z zapewnieniem pogotowia dźwigowego, przez okres 1460 dni – Odwołujący zaoferował kwotę 123,00 PLN brutto. Zamawiający wezwał w dniu 15.05.2013 r. do wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 90 ust.1 Pzp. Zaś w dniu 17.05.2013 r. Odwołujący udzielił stosownych wyjaśnień, które ostatecznie zostały uznane przez Zamawiającego jako wystarczająca i przesądzająca podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp stanowi o obowiązku spoczywającym na Zamawiającym odrzucenia oferty, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem przepis niniejszy dotyczy merytorycznej treści oferty, a nie treści o charakterze formalnym. Podobnie w wyroku KIO z dnia 15.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 277/08, sygn. akt: KIO/UZP 286/08, wyroku KIO z dnia 17.03.2011 r., sygn. akt: KIO/434/11, czy też wyroku z dnia 01.04.2011 r., sygn. akt: KIO 615/11. Nadto zgodzić się należy, że stanowiskiem wyrażonym w wyrokach przytoczonych przez Odwołującego (wyrok z dnia 04.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2806/12, tudzież wyrok z dnia 30.01.2013 r., sygn. akt: KIO 103/13), że dotyczy niniejsze - niezgodności istotnych dla treści oferty.

W następnie kolejności, Izba podnosi, że w przedmiotowym stanie faktycznym niewątpliwie Zamawiający określił w cz. I SIWZ, jak i formularzu ofertowym – załącznik nr 1 do SIWZ w zakresie dotyczącym ceny C2 za Konserwację i utrzymanie dźwigu osobowego wraz z zapewnieniem pogotowia dźwigowego, przez okres 1460 dni – konieczność wliczenia określonych kosztów związanych z niniejszą konserwacją i utrzymaniem dźwigu osobowego wraz z zapewnieniem pogotowia dźwigowego, przez okres 1460 dni. Odwołujący w toku

wyjaśnień z dnia 17.05.2013 r. potwierdził wliczenie wszystkich wymaganych kosztów w cenie C2: „(...) Zaoferowana w ofercie cena za realizację przedmiotu zamówienia w zakresie konserwacji i utrzymania dźwigu osobowego w kwocie 123 zł obejmuje wydatki około serwisowe (organizacyjne, takie jak koszty połączeń telefonicznych). W cenie 123 zł ujęta jest całość kosztów konserwacji i utrzymania dźwigu stanowiące przedmiot zamówienia.”. Zaś okoliczność bezpłatnego świadczenia przez wymagany okres konserwacji i utrzymania dźwigu osobowego została przez Odwołującego udowodniona stosownie załączoną do odwołania - kopią oferty na montaż dźwigu osobowego 2003-V-13/EBM630/JG z dnia 09.05.2013 r., jak i kopią umowy warunkowej współpracy nr sc 01/05/2013 z dnia 13.05.2013 r. – z ujawnionym podwykonawcą. Powyższe potwierdza, że Odwołujący miał prawo skalkulować przedmiotową cenę w ten sposób. Zamawiający nie udowodnił, w tym wypadku ewentualne uprawdopodobnienie, jest niewystarczające, okoliczności podnoszonej, tj. wliczenia rzeczywistych kosztów konserwacji i utrzymania dźwigu osobowego przez Odwołującego w cenę C1 – zawierającej m.in. cenę montażu dźwigu osobowego. Ciężar dowodowy w tym zakresie, wobec wywodzenia przez Zamawiającego określonej okoliczności m.in. w odpowiedzi na odwołanie spoczywał po jego stronie. Izba wskazuje za wyrokiem KIO z dnia 04.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2806/12: „(...) Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne,(...). Przypomnienia wymaga, analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, iż ów ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu - w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej - dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). (...) Ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, zaś postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08).”.

W tym zakresie, Izba także podnosi, że nie tylko kwestie dowodowe spowodowały o uwzględnieniu odwołania. Otóż za wyjątkiem kwestii ujęcia określonych kosztów w cenie C2, które Odwołujący ujął, a w pozostałym zakresie nie wygenerował, postanowienia SIWZ nie zawierały zapisu nie dopuszczającego takiej możliwości, jaka miała miejsce, tj. niewygenerowania określonych kosztów, czy też wygenerowania ich na poziomie zerowym. Jedyne zakaz dotyczył generalnie kwestii, że zaproponowane ceny muszą być różne od 0,00

zł (Rozdz. IX ust. 6 cz. I SIWZ), którego Odwołujący nie przekroczył, gdyż cena C2 jest różna od 0,00 zł. Izba wskazuje, że Odwołujący nie uchyła się od realizacji konserwację i utrzymanie dźwigu osobowego wraz z zapewnieniem pogotowia dźwigowego, przez okres 1460 dni. Zaś, nawet ewentualne porównanie poziomu cen C1 w pozostałych ofertach (złożono cztery oferty) z uwzględnieniem cen C2 nie daje wystarczającej podstawy do uznawania stanowiska Zamawiającego powołanego powyżej za udowodniony. W tym zakresie oferta Nr 3 /Konsorcjum z liderem J..... K..... prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Drogowo-Mostowo-Transportowych/ ma zbliżoną cenę C1 (cena C2 z kolei jest wyższa), czyli dwie z czterech ofert są zbliżone w tym zakresie – ceny C1.

W konsekwencji, brak było możliwości odrzucenia oferty Odwołującego z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, gdyż brak jest w treści SIWZ postanowień dających podstawy do uznania, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, Izba uznała, że wobec potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, niniejszy zarzut należy także uznać za zasadny.

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 na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów dojazdu Odwołującego na rozprawę (217,31 zł), jak również kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. a i b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....