

Sygn. akt: KIO 3153/22

WYROK
z dnia 12 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2022 r. przez wykonawcę „MP-PROLIFT” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Kościelnej 21 (60-536 Poznań) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centrum Kultury ZAMEK z siedzibą w Poznaniu przy ul. Św. Marcin 80/82 (61-809 Poznań)

przy udziale wykonawców D. G. i J. G. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą EXWIND S.C. D.J. G. z siedzibą w Lesznie przy ul. Usługowej 14 (64-100 Leszno), zgłaszających przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę „MP-PROLIFT” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

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 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Centrum Kultury ZAMEK z siedzibą w Poznaniu zwane dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym pn.: *Usługi przeglądów, konserwacji i napraw urządzeń dźwigowych zainstalowanych w budynku Centrum Kultury ZAMEK w Poznaniu* o numerze referencyjnym: DA/XX/2022, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 października 2022 r., pod numerem 2022/BZP 00417300/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w aktach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 28 listopada 2022 r. wykonawca „MP-PROLIFT” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- dokonania wyboru oferty wykonawcy „EXWIND S.C. D. i J. G.” (zwanego dalej jako: „EXWIND”) jako najkorzystniejszej w ramach prowadzonego postępowania;
- zaniechanie odrzucenia oferty EXWIND pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp i art. 224 ust. 5 i 6 Pzp przez brak odrzucenia oferty EXWIND z uwagi na brak właściwego uzasadnienia zaoferowanej ceny, w szczególności nie zawarcie w wyjaśnieniach niezbędnych czynników kosztotwórczych, których uwzględnienie spowodowałoby istotny wzrost kosztów realizacji, a tym samym spowodowałoby odrzucenie oferty wykonawcy;

2) art. 16 pkt 1) w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Z uwagi na wskazane wyżej zarzuty odwołujący wniósł o:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach postępowania oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert w ramach której oferta EXWIND zostanie odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego (w tym kosztów pomocy prawnej udzielanej przez radcę prawnego, przy czym stosowna faktura VAT zostanie przedłożona na rozprawie).

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania i uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Ponadto wskazał, że zaskarżone czynności pozbawiają go jakichkolwiek szans na uzyskanie zamówienia publicznego, co prowadzi do ewidentnej szkody po jego stronie. Odwołujący zwrócił uwagę, że gdyby zamawiający nie dopuścił się zaskarżonych naruszeń przepisów Pzp, to jego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza i zawarłby umowę o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że EXWIND zaoferował łączną cenę w wysokości 56 887,50 PLN brutto, która była o ponad 30% niższa niż wartość przedmiotu zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług (84 870,00 PLN) wobec czego zamawiający powziął wątpliwość, czy wskazana wyżej cena nie jest rażąco niska, czego efektem było wezwanie EXWIND do złożenia stosownych wyjaśnień. EXWIND złożył wyjaśnienia w dniu 17 listopada 2022 r (zwanej dalej jako: „Wyjaśnienia”). Złożone przez EXWIND wyjaśnienia zostały uznane przez zamawiającego za wystarczające, z czym nie zgodził się odwołujący. Odwołujący zauważył, iż Wyjaśnienia złożone przez EXWIND zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, stąd nie były znane odwołującemu szczegółowe wartości dotyczące całkowitych kosztów realizacji zamówienia. Jednakże, nawet pomimo tego, że szczegółowe dane (kwoty) zostały utajnione, odwołujący stwierdził, iż Wyjaśnienia te nie mogą być uznane za prawidłowe, z uwagi na poniższe okoliczności:

1. Wyjaśnienia EXWIND cechują się wyjątkową ogólnością oraz pomijają wiele istotnych aspektów (generujących wzrost kosztów), które ostatecznie wpływają na całkowity koszt realizacji zamówienia. W ramach Wyjaśnień, EXWIND powołuje się na realizowaną obecnie umowę z zamawiającym (w ramach innego postępowania), kontakty handlowe, doświadczenie czy należcie wyszkoloną kadrę pracowniczą, które łącznie wpływają na obniżenie kosztów. Jednakże, nie sposób uznać by EXWIND wykazał dostatecznie w jakim zakresie wyżej wymienione czynniki miały wpływ na oferowaną cenę. Odwołujący zwrócił uwagę, że KIO wielokrotnie wskazywała w swoim orzecznictwie, że tego rodzaju ogólne zapewnienia nie mogą być uznane za wystarczające dla wykazania, iż zaoferowana przez wykonawcę cenę nie ma charakteru rażąco niskiej. Od profesjonalnego wykonawcy wymagać należy w tym zakresie rzetelnych wyliczeń, przedstawiających dokładny wpływ powołanych okoliczności na kalkulację cenową wraz z klarownym wyjaśnieniem jak dane czynniki przekładają się na oszczędności.

2. W uzupełnieniu poprzedniego punktu odwołujący wskazał, że dostrzec należy, iż argumenty powoływane przez EXWIND w pkt 1-8 Wyjaśnień nie są unikalnymi cechami, które posiada tylko ten wykonawca. Odwołujący stwierdził, że jako podmiot profesjonalny również dysponuje wszystkimi wymienionymi przez EXWIND atrybutami.

3. Niezależnie od uwag poczynionych w pkt 1 i 2 powyżej, zdaniem odwołującego, bezsprzecznie uznać należy, iż złożone przez EXWIND Wyjaśnienia nie uwzględniają wszystkich istotnych kosztów realizacji zamówienia. Jednym z najważniejszych czynników wpływających na ostateczny koszt realizacji zamówienia jest koszt „jednej roboczogodziny pracownika”. EXWIND w ramach oszacowania kosztu jednej roboczogodziny pracownika określił zaś wynagrodzenie konserwatora w sposób nieprawidłowy. Wysokość wynagrodzenia pracownika została ujęta z pominięciem kosztów pracodawcy związanych z zatrudnieniem, bowiem koszt jednej roboczogodziny został obliczony na podstawie stawki wynagrodzenia netto. Jednocześnie dostrzec należy, iż nawet przyjęcie w tym zakresie tzw. „wynagrodzenia brutto” pracownika nie stanowi o całości kosztów zatrudnienia danej osoby. Uwzględnić należy również dodatkowe koszty po stronie pracodawcy (ubezpieczenie emerytalne, ubezpieczenie rentowe, ubezpieczenie wypadkowe, Fundusz Pracy, FGŚP, PPK), które także nie zostały uwzględnione przez EXWIND w Wyjaśnieniach. Mając to na uwadze, zakładana przez EXWIND stawka godzinowa osoby delegowanej do realizacji zamówienia powinna zostać określona na zdecydowanie wyższym poziomie, aniżeli ujęto to w Wyjaśnieniach. Niewątpliwie, prawidłowe obliczenie kosztu jednej roboczogodziny przełożyłoby się na istotny wzrost kosztów po stronie wykonawcy.

4. Z uwagi na długość obowiązywania umowy (37 miesięcy) odwołujący wskazał, że na zmiany (stały wzrost) związane z wysokością minimalnego wynagrodzenia za pracę. Począwszy od dnia 1 stycznia 2023 roku, nastąpi wzrost płacy minimalnej, która będzie wynosić 3 490 zł brutto, a od lipca 2023 roku zaś 3 600 zł brutto. Powyższe również nie zostało uwzględnione przez wykonawcę w Wyjaśnieniach.

5. Uzupełniając uwagi z pkt 4 powyżej, odwołujący wskazał również, iż wysokość płacy minimalnej jest uzależniona w szczególności od wskaźnika inflacyjnego, który na dzień wniesienia odwołania wynosił 17,9%. Pozwala to na przyjęcie, iż wobec panującej niepewności gospodarczej oraz stałego wzrostu wskaźnika inflacji, zarówno wysokość minimalnego wynagrodzenia, jak również wysokość średniego miesięcznego wynagrodzenia jest poddana stałemu trendowi wzrostowemu. Powyższe oznacza niewątpliwie wzrost kosztów realizacji zamówienia, co w zestawieniu z długim okresem realizacji umowy (37 miesięcy) istotnie wpływa na jego rentowność dla EXWIND.

5. Mając na względzie ww. czynniki odwołujący uznał, iż przyjęta przez EXWIND stawka za jedną roboczogodzinę przekreśla prawidłowość całości kalkulacji. Błędne obliczenie kosztu

jednej roboczogodziny (podanie kwoty netto bez uwzględnienia wszystkich kosztów zatrudnienia), a także nieuwzględnienie zmian gospodarczych (związanych ze wzrostem wynagrodzenia na przestrzeni trwania umowy) łącznie powodują, iż kalkulację sporządzoną przez EXWIND należy uznać za nierzetelną i nie oddającą realiów kosztowych.

6. Przedstawiona przez EXWIND kalkulacja w całości zakłada, że wszystkie czynności będą realizowane przez jednego pracownika. Należy jednak zauważyć, iż nie wszystkie czynności konserwacyjno-naprawcze wykonywane w ramach zamówienia są możliwe do zrealizowania wyłącznie przy udziale jednego pracownika. Kalkulacja cenowa sporządzona przez EXWIND w żaden sposób nie wyjaśnia (nawet hipotetycznie), w jaki sposób zabezpieczono konieczność poniesienia dwukrotności kosztów pracowniczych.

7. W tym miejscu odwołujący podkreślił, iż brak uwzględnienia przez EXWIND ryzyka istotnego wzrostu cen towarów i usług w okresie realizacji umowy (37 miesięcy) nie może być usprawiedliwiona postanowieniami wzoru umowy dotyczącymi waloryzacji wynagrodzenia. Trzeba bowiem zauważyć, że § 13 ust. 4 umowy przewiduje górną granicę waloryzacji, określając ją na maksymalnym poziomie 10% kwoty pierwotnie ustalonego wynagrodzenia. Oznacza to, iż przy obecnie panującej rzeczywistości gospodarczej, a także projekcjach ekonomicznych dotyczących wzrostów inflacyjnych umowny limit waloryzacji zostanie wykorzystany zapewne już przy pierwszorazowej próbie podniesienia stawki wynagrodzenia.

8. Odnosząc się do Wyjaśnień, w dalszej kolejności odwołujący zauważył, iż wykonanie wszystkich usług w ramach realizacji zamówienia wymaga każdorazowego dojazdu do urzędzeń objętych zakresem zamówienia. EXWIND w Wyjaśnieniach przedstawił co prawda kalkulację tych kosztów; jednakże w tym zakresie pominięto wiele istotnych kwestii:

1) Zgodnie z rozdziałem III pkt 1 załącznika nr 1 do SWZ do obowiązków wykonawcy należy m. in. wykonywanie przeglądów i konserwacji, które powinno odbywać się nie rzadziej niż raz na 30 dni. Dodatkowo, wykonawca obowiązany jest dokonywać (niezależnie od konserwacji) w miarę potrzeb dodatkowych przeglądów w celu utrzymania prawidłowego funkcjonowania urzędzeń, z uwzględnieniem ich stanu technicznego i specyfiki urzędzeń rozdział III pkt 2 załącznika nr 1 do SWZ. W ramach uzasadnienia obliczenia kosztów dojazdu wykonawca w Wyjaśnieniach (pkt 4 Wyjaśnień) wskazał, iż dojazd do siedziby zamawiającego będzie realizowany „z miejsca zamieszkania tego pracownika”, jednocześnie EXWIND nie wskazał gdzie konkretnie (w jakiej miejscowości) mieszka dany pracownik. Brak tej informacji w zupełności wyklucza możliwość kontroli poczynionych przez EXWIND założeń (delegowany do realizacji umowy pracownik może równie dobrze mieszkać 20, 20 lub 300 km od miejsca realizacji zamówienia). Ponadto, wykonawca w poczynionych Wyjaśnieniach nie uwzględnił faktu, iż dojazd upoważnionego pracownika wiąże się z uprzednią koniecznością dotarcia do

siedziby wykonawcy celem odbioru samochodu służbowego oraz poboru odpowiedniego sprzętu/materiałów, a także innych części zamiennych, niezbędnych do wykonania czynności konserwacyjno-naprawczych. Trudno bowiem zakładać, by pracownik posiadał wszelkie niezbędne materiały oraz narzędzia w miejscu swojego zamieszkania.

2) Abstrahując od nieprawidłowości założeń Wykonawcy przedstawionych w pkt 1) powyżej i przyjmując założony przez niego w Wyjaśnieniach sposób kalkulacji kosztów dojazdu (zakładający, iż pracownik-konserwator będzie dojeżdżał do siedziby zamawiającego bezpośrednio ze swojego miejsca zamieszkania), należy zauważyć, iż wykonawca nie uwzględnił jakichkolwiek przyczyn losowych takich jak np. urlop wypoczynkowy, urlop chorobowy czy innych przyczyn powodujących niedyspozycyjność pracownika. W związku z tym, każda nieobecność pracownika przeznaczonego do realizacji zamówienia spowodowałaby zmianę kosztów dojazdu do siedziby zamawiającego.

3) Odnieść się również należy do kalkulacji cenowej kosztów dojazdu w zakresie uczestnictwa w badaniach UDT (pkt 7 Wyjaśnień). Wykonawca przyjmuje, iż koszty uczestnictwa w badaniu zostaną obniżone o koszty związane z dojazdem do siedziby zamawiającego, bowiem realizuje on dla zamawiającego inne zamówienie polegające na comiesięcznej konserwacji dźwigu nr 461/12/20/EX (umowa nr 26/2020/AA). Należy jednak podkreślić, iż założenia EXWIND nie znajdują uzasadnienia z uwagi na fakt, iż badanie techniczne przeprowadzane przez inspektora UDT jest przeprowadzane regularnie, co 12 miesięcy - odrębnie wg daty instalacji każdego urządzenia. Nie można zatem przyjąć, iż termin badania UDT dźwigu nr 461/12/20/EX, będzie identyczny jak termin badania wszystkich (8 urządzeń) urządzeń instalowanych w ramach realizacji zamówienia. Niemożliwym jest zatem przyjęcie, że nie wystąpi w tym zakresie konieczność poniesienia dodatkowych kosztów dojazdu.

4) Ponadto, w ramach uzasadnienia kosztów dojazdu, w pkt 8 Wyjaśnień, wykonawca wskazał, iż: „[...] firma obecnie świadcząca obsługę urządzeń w wyżej wymienionym zakresie w Centrum Kultury Zamek przekaże urządzenia dźwigowe po zakończeniu wykonywania usługi w pełnej sprawności technicznej i funkcjonalnej, stąd Wykonawca zakłada, że nie będzie konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów w zakresie wyjazdów w ramach pogotowia dźwigowego”. Założenia EXWIND w tym zakresie należy uznać za całkowicie błędne i nietrafione z uwagi na fakt, iż przekazanie urządzeń w dobrym stanie technicznym, nie stanowi jakiegokolwiek gwarancji bezawaryjności, a tym samym braku konieczności dojazdu do siedziby zamawiającego. W tym miejscu podkreślić należy, iż brak podania przez zamawiającego informacji o statystykach awaryjności urządzeń nie może być dla EXWIND usprawiedliwieniem przyjęcia założenia o zero-awaryjności urządzeń. EXWIND miał pełne prawo skierować do zamawiającego pytanie (w trybie wyjaśnienia do SWZ) i w

ten sposób uzyskać przedmiotowe dane historyczne; Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzić należy, iż obliczenia związane z kosztami dojazdu przedstawione przez wykonawcę zostały oparte jedynie na jego własnych, gołosłownych twierdzeniach, których w żaden sposób nie można zweryfikować.

9. Kalkulacja cenowa sporządzona przez wykonawcę nie zawiera kosztów wynikających z obowiązku posiadania ubezpieczenia OC. Zgodnie bowiem z § 8 ust. 2 umowy Ubezpieczenie musi pozostawać w mocy przez cały okres realizacji zamówienia. Obecne ubezpieczenie wykonawcy OC kończy się zaś z dniem 31 grudnia 2022 r. Dotychczasowa składka, którą ponosi EXWIND tytułem przedłużenia ubezpieczenia OC to ponad 4.000 zł. Oznacza to, iż uwzględnienie kosztów składki obowiązkowego ubezpieczenia OC istotnie przyczyniłoby się do wzrostu kosztów realizacji zamówienia (ponad 3 x 4.000,00 zł).

10. Zgodnie z § 3 ust. 5 umowy, zamawiający wymaga posiadania testera z aktualnym oprogramowaniem celem przeprowadzania analiz rejestru błędów i awarii wind: MPGO 630 FLEX, MPGO 525 FLEX, SCM-GL 1600AA. EXWIND w ramach Wykazu wyposażenie zadeklarował posiadanie przedmiotowego urządzenia, niemniej w ramach Wyjaśnień w żaden sposób nie wyjaśnił, czy z tego tytułu ponosić będzie koszty (co jest możliwe przy najmie, leasingu, zakupie na raty, zakupie na kredyt lub pożyczkę).

11. W ramach zamówienia, w myśl § 3 ust. 7 lit. o umowy, wykonawca obowiązany jest do przeprowadzania bezpłatnych aktualizacji do najnowszych wersji oprogramowania, na podstawie zaawansowanej diagnostyki urządzeń. Wyjaśnienia pomija koszt tych czynności.

12. Jednym z podstawowych obowiązków wykonawcy jest zapewnienie całodobowego pogotowia serwisowego (na wypadek wystąpienia nieprawidłowości w działaniu lub awarii dźwigu) dostępnego dla zamawiającego 7 dni w tygodniu. W tym zakresie EXWIND przyjął (pkt 8 Wyjaśnień), iż jeden pracownik objęty będzie całodobowym dyżurem, na co zezwala – zdaniem EXWIND - art. 151⁵ KP („Wykonawca ma do dyspozycji pracownika-konserwatora, którego to umowa o pracę obejmuje m.in. utrzymywanie całodobowego dyżuru”). EXWIND pomija przy tym całkowicie drugie zdanie §2 art. 151⁵ KP, zgodnie z którym „Czas pełnienia dyżuru nie może naruszać prawa pracownika do odpoczynku, o którym mowa w art. 132 i 133”. Jak wyjaśniają w tym względzie komentatorzy: „przy wyznaczaniu godzin dyżuru należy uwzględnić, iż oprócz godzin pracy, w okresie doby pracownikowi przysługuje minimum 11 godzin nieprzerwanego odpoczynku. Na pełnienie dyżuru pozostaje więc od pięciu godzin (w systemie podstawowego czasu pracy) do jednej godziny (w systemie równoważnego czasu pracy).” (Art. 1515 KP red. Muszalski/Walczak 2021). „Pracodawca nie może również zlecać pracownikowi dyżuru domowego "na telefon" z naruszeniem prawa do odpoczynku dobowego i tygodniowego, nawet za jego zgodą” (Kodeks pracy. Komentarz red. prof. dr hab. Wojciech Muszalski, dr hab. Krzysztof Walczak). Oznacza to, że zlecenie

pracownikowi całodobowego dyżuru, jest wprost sprzeczne z Kodeksem Pracy, i nie może być podstawą do prawidłowej kalkulacji ceny.

13. Konkludując, odwołujący stwierdził, że wykazane przez niego nieprawidłowości, zaoferowane przez EXWIND Wyjaśnienia nie mogą być uznane za wiarygodne. Co więcej, odwołujący dostrzegł, iż forma ich przedstawienia nie pozwala na samodzielną (bez dodatkowych objaśnień i uzupełnień ze strony EXWIND) weryfikację ich prawidłowości. Wyjaśnienia EXWIND jako podmiotu doświadczonego i profesjonalnie powinny z kolei cechować się szczegółowością oraz uwzględniać szereg zmiennych (w tym możliwość wystąpienia kosztów uprzednio nieplanowanych), które mogą wystąpić w trakcie realizacji zamówienia. Mając na uwadze cenę zaoferowaną przez wykonawcę (56 887,50 PLN), całkowitą wartość zamówienia (84.870,00 PLN), a także mnogość błędów poczynionych w kalkulacji przez EXWIND, niewątpliwym jest, iż cena zaoferowana przez EXWIND jest rażąco niska w związku z czym, uznać należy, iż zaoferowana przez EXWIND cena nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia. Co więcej, cena ta w ogóle nie gwarantuje wykonawcy pokrycia kosztów realizacji zamówienia, nie mówiąc już o wygenerowaniu jakiegokolwiek zysku.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy D. G. i J. G. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą EXWIND S.C. D.J. G. z siedzibą w Lesznie. Ww. wykonawcy piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia wnieśli o odrzucenie odwołania ewentualnie oddalenie odwołania.

W dniu 7 grudnia 2022 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił swoje stanowisko w punktach, które odpowiadały systematycznie przyjętej w uzasadnieniu odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez D. G. i J. G. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą EXWIND S.C. D.J. G. z siedzibą w Lesznie (zwanych dalej: „przystępującym”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Tym samym Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 Pzp w zw. z art. 514 ust. 2 Pzp w zw. art. 508 ust. 1 Pzp. Przystępujący wyjaśnił w tym zakresie, że odwołujący przekazał zamawiającemu kopię odwołania (odwołanie w postaci elektronicznej nie jest opatrzone podpisem zaufanym, ale jedynie informacją „podpis profilem zaufanym”). Przepis art. 514 ust. 2 Pzp stanowi *expressis verbis*: *Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu*, co oznacza, że wystarczające jest przekazanie zamawiającemu kopii odwołania tylko w przypadku, gdy zostało ono wniesione w formie pisemnej, natomiast w pozostałych przypadkach (wniesienia odwołania w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej) wymagane jest przekazanie zamawiającemu odwołania w oryginale (tj. jeżeli odwołanie jest wnoszone w postaci elektronicznej – opatrzonego podpisem zaufanym), a nie w kopii. Konkludując przystępujący stwierdził, że odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania.

Odwołujący w kontekście powyższego wniosku wyjaśnił, że przekazał zamawiającemu odwołanie w ustawowym terminie w dwóch wersjach: w pliku z rozszerzeniem .pdf oraz pliku z rozszerzeniem .xml, który został podpisany podpisem zaufanym. Ponadto odwołujący wskazał, że wniosek przystępującego wynika prawdopodobnie z faktu przekazania przystępującemu odwołania przez zamawiającego wyłącznie w wersji zawartej w formacie .pdf. W tym zakresie powołał się na mail z dnia 28 listopada 2022r. i wskazał, że zamawiającemu zostało przekazane odwołanie w formie pliku z rozszerzeniem .xml.

Izba analizując przedmiotową kwestię uznała wyjaśnienia odwołującego za wyczerpujące i zgodne z faktycznym stanem sprawy. Ponadto na marginesie należało zauważyć, że dyspozycja art. 514 ust. 2 Pzp decydujące znaczenie przypisuje okoliczności związanej z możliwością zapoznania się przez zamawiającego z treścią odwołania przed upływem terminu na jego wniesienie. W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy skład

orzekający nie stwierdził żadnych wątpliwości co do tego, aby zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu na jego wniesienie, co skutkowało oddaleniem wniosku o odrzucenie odwołania.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na dwóch płytach CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 5 grudnia 2022 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną przez przystępującego;
- wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 10 listopada 2022 r. skierowane do przystępującego;
- wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożone przez przystępującego w dniu 17 listopada 2022 r. w odpowiedzi na powyższe wezwanie;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 23 listopada 2022 r.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający pismem z dnia 10 listopada 2022 r. wezwał przystępującego na podstawie na podstawie art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1) Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Ponadto w treści wezwania zamawiający wskazał, że:

Zamawiający, w związku z zaproponowaną przez Wykonawcę ceną brutto za realizację zamówienia w wysokości 56.887,50 zł, która jest o ponad 30% niższa (tzn.: o 32,97 %) niż wartość przedmiotu zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług (84.870,00 zł), powziął wątpliwości czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym, czy możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez Wykonawcę cenę.

Wobec powyższego, Zamawiający zwraca się do Wykonawcy z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:

- 1. zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy*
- 2. wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych*
- 3. oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez Wykonawcę*
- 4. zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki*

godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie

5. zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej

6. zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie

7. zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska

8. wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia
Podwykonawcy.

Wyjaśnienia dotyczące ceny oferty powinny wyraźnie wskazywać na argumenty potwierdzające realność, opłacalność i rynkowość dokonanej wyceny. W swoich wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny Wykonawca musi wykazać, iż różnica pomiędzy ceną ofertową oraz ceną oszacowaną przez Zamawiającego jest uzasadniona względami obiektywnymi, które pozwalają na wykonanie zamówienia bez poniesienia straty finansowej lub bez konieczności finansowania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.

Zgodnie z poglądami doktryny oraz ugruntowanym orzecznictwem za cenę „rażąco niską” uważa się cenę nieadekwatną do zakresu i kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, zakładającą wykonanie prac poniżej rzeczywistych kosztów wytworzenia, cenę nierealistyczną, która nie pozwala na prawidłowe, niezakłócone i terminowe wykonanie przedmiotu zamówienia oraz taką, która nie pozwoli na zbilansowanie kosztów oraz osiągnięcie akceptowalnego zysku i cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów.

W złożonych przez Wykonawcę wyjaśnieniach należy wykazać, iż złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a dokonana wycena gwarantuje Zamawiającemu prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodne z wymogami zawartymi w SWZ.

Przystępujący złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z dowodami w dniu 17 listopada 2022 r. Przy czym przystępujący zastrzegł część wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z tym odwołującemu nie były znane szczegółowe wartości dotyczące całkowitych kosztów realizacji zamówienia oraz załączniki do wyjaśnień.

W dniu 23 listopada 2022 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

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

- art. 224 ust. 5 i 6 Pzp – *5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

6. 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.;

- art. 16 pkt 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

- art. 17 ust. 2 Pzp – *Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie rozważań skład orzekający uznał za zasadne wskazać, że ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny należy przeprowadzić przez pryzmat wezwania skierowanego do wykonawcy w tym zakresie. W ocenie Izby wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny skierowane do przystępującego pismem z dnia 10 listopada 2022 r. stanowiło przepisanie treści zawartej w art. 224 ust. 3 Pzp oraz nie odnosiło do kwestii szczegółowych. Tym samym przystępujący miał znaczną swobodę w przygotowaniu składanych wyjaśnień zarówno pod względem treści, założeń jak i sposobu ich przedstawienia. Przystępujący zdecydował się sporządzić wyjaśnienia dzieląc je na 10 elementów odnoszących się do: kosztu roboczo-godziny pracownika, kosztu dostarczenia i wymiany elementów wyposażenia, kosztu miesięcznej konserwacji, kosztu dojazdu na obiekt, kosztu jednorazowego wewnętrznego przeglądu zero, kosztu generalnego przeglądu rocznego przygotowania dźwigów do badania UDT wykonania pomiarów elektrycznych, kosztu uczestnictwa w okresowych badaniach UDT, całodobowego pogotowia serwisowego, podsumowania zakresu godzin spędzonych na obiekcie przez pracownika oraz podsumowania kosztów

miesięcznych, rocznych oraz w trakcie trwania umowy. Do każdego z powyżej wymienionych elementów przystępujący przedstawił argumentację oraz załączył do wyjaśnień dowody.

Mając na uwadze powyższe, w tym przede wszystkim treść wezwania oraz złożone wyjaśnienia, Izba nie doszukała się naruszenia przepisów wskazywanych przez odwołującego. W ocenie składu orzekającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez przystępującego były adekwatne w stosunku do treści wezwania i rozwiewały wszystkie wątpliwości sygnalizowane przez zamawiającego. Wyjaśnienia wskazywały na argumenty potwierdzające realność, opłacalność i rynkowość dokonanej wyceny. W swoich wyjaśnieniach przystępujący wykazał, iż różnica pomiędzy ceną ofertową oraz ceną oszacowaną przez zamawiającego była uzasadniona względami obiektywnymi, które pozwalały na wykonanie zamówienia bez poniesienia straty finansowej lub bez konieczności finansowania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.

Co istotne odwołujący nie znał kwot podanych w treści wyjaśnień złożonych przez przystępującego oraz załączników do tych wyjaśnień, ponieważ zostały one zastrzeżone jako zawierające tajemnice przedsiębiorstwa, a zamawiający nie odtajnił tych informacji. W wyniku tego odwołujący bazował wyłącznie na informacjach zawartych w części opisowej wyjaśnień, co skutkowało tym, że kwestionował w zasadzie założenia przystępującego dotyczące realizacji zamówienia złożone w kontekście wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Tym samym odwołujący nie był w stanie zakwestionować najważniejszej okoliczności tj. wysokości poszczególnych kosztów wskazywanych przez przystępującego w wyjaśnieniach, składających się na całość zamówienia.

Izba nie znalazła powodów do uznania, że zamawiający niesłusznie zaniechał odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę, ponieważ przytoczone powyżej okoliczności oraz stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie należało uznać za przekonujące. Zamawiający słusznie argumentował, że stanowisko zawarte w uzasadnieniu odwołania nie zostało poparte żadnymi rzetelnymi informacjami. Wskazany przez odwołującego jako podstawowy koszt jednej roboczogodziny pracownika jako koszt obliczony na podstawie stawki wynagrodzenia netto należało uznać za nieprawidłowy. Jak wskazano powyżej odwołujący otrzymał wersję wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w której poszczególne składniki cen zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa przystępującego, w związku z tym nie mógł on przeprowadzić porównania wskazanego w pkt 1 wyjaśnień rażąco niskiej ceny tj. kosztu miesięcznego wynagrodzenia netto pracownika do kosztu roboczogodziny pracownika bez narzutów. Porównanie stawki godzinowej wynikającej z przeliczenia podanej kwoty miesięcznego wynagrodzenia netto (na rękę) ze stawką podaną jako roboczogodzina bez narzutów pozwalało stwierdzić, że ta druga jest w przybliżeniu dwukrotnością pierwszej, co oznacza, że jest to kwota odpowiadająca nie tylko

wynagrodzeniu brutto, ale wszystkim kosztom pracodawcy związanym z wynagrodzeniem pracownika.

Podobnie zarzut odnoszący się do braku uwzględnienia rosnącej wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę okazał się chybiony, ponieważ w wyjaśnieniach złożonych przez przystępującego wynagrodzenie pracownika jest wyższe od minimalnego wynagrodzenia, zarówno obecnego, jak i planowanego w 2023 r.

Zupełnie gołostłowna oraz lakoniczna okazała się argumentacja odwołującego odnosząca się do poziomu inflacji. Jak słusznie podniesiono w odpowiedzi na odwołanie, zamawiający bada cenę na dzień składania ofert – jeżeli oferenci postanowią zabezpieczyć się przed spodziewaną przez nich inflacją i w związku z tym podają wyższe ceny ofertowe, to ryzykują, że ich oferta nie zostanie wybrana jako najkorzystniejsza cenowo, jednocześnie zapewniając sobie dodatkowy zysk w przypadku wyboru oferty i spadku inflacji.

Niesłuszna okazała się też argumentacja odwołującego odnosząca się do kalkulacji kosztów w związku ze świadczeniem usług przez jednego pracownika. Po pierwsze zamawiający w SWZ nie wskazał ile osób ma wykonywać usługi. Po drugie w punkcie 7 wyjaśnień przystępujący zawarł wyliczenie dotyczące wykonywania usługi przez dwóch pracowników (co oznaczało, że uwzględnił w swojej kalkulacji sytuacje, w których potrzebna jest obecność dwóch pracowników – o ile uznaje to za konieczne). Po trzecie odwołujący nie wskazał jakie czynności wymagają obecności więcej niż jednego pracownika.

Izba nie znalazła także powodów do zakwestionowania stanowiska zamawiającego w kontekście kosztów dojazdu. W ocenie składu orzekającego zamawiający zasadnie argumentował, że koszt dojazdu dla comiesięcznej kalkulacji wskazany został w punktach 3 i 4 wyjaśnień, koszt dodatkowych dojazdów wskazany został w punkcie 8 w związku z punktem 4 wyjaśnień. Przystępujący wskazał odległość miejsca zamieszkania pracownika od miejsca świadczenia. Sposób organizacji pracy w przedsiębiorstwie przystępującego, dla pracownika, który stale wykonuje usługi w miejscu oddalonym od siedziby przystępującego, nie mógł budzić wątpliwości zamawiającego, ponieważ niczym nadzwyczajnym jest praktyka powierzania samochodu pracownikowi zamieszkującemu poza miejscowością siedziby pracodawcy, wraz z narzędziami i materiałami niezbędnymi do świadczenia usług. Podobnie brak uwzględnienia okresów nieobecności pracownika nie był argumentem przemawiającym za uznaniem wyjaśnień rażąco niskiej ceny za nieprawidłowe w części dotyczącej kosztów dojazdu. Urlopy winny być zaplanowane, w związku z czym organizacja świadczenia usług może być również właściwie zaplanowana. Ewentualne nieobecności pracownika spowodowane chorobą są, podobnie jak inflacja, na tyle nieprzewidywalne, że nie powinny być brane pod uwagę. Koszt dojazdu w związku z uczestnictwem w badaniach wskazany został w punkcie 7 wyjaśnień, a skład orzekający nie znalazł powodów do podważenia tej

argumentacji, szczególnie wobec stanowiska zamawiającego, który wskazał, że przeglądy UDT są umawiane z Urzędem, więc przystępujący może rozplanować obecności pracowników. Ostatnie twierdzenie odwołującego w tej grupie argumentów tj. odnoszące się do braku uwzględnienia ryzyka dodatkowych dojazdów było sprzeczne z treścią wyjaśnień, ponieważ w ich punkcie 8 (strona 6, drugi wiersz od góry) wskazana została przewidywana ilość wyjazdów i ich koszt.

Nie potwierdziły się też podnoszone przez odwołującego okoliczności dotyczące braku uwzględnienia kosztu ubezpieczenia OC przez przystępującego. Warto podkreślić, że zamawiający nie wzywał szczegółowo przystępującego do wyjaśnienia tej kwestii. Ponadto koszty ubezpieczenia przedsiębiorstwa ponoszą niezależnie od świadczonych usług, co oznacza, że po pierwsze koszt ubezpieczenia rozłożyć należałoby na wszystkie usługi świadczone przez danego przedsiębiorcę (a to wymagałoby comiesięcznej aktualizacji ze względu na nieprzewidywalność ilości świadczonych usług), po drugie koszt wyliczony przez odwołującego odnosiłby się do sytuacji, w której zamawiający byłby jedynym klientem przystępującego.

Kolejna pozycja kwestionowana przez odwołującego odnosiła się do testera oprogramowania. Odwołujący zwrócił uwagę, że przystępujący deklarował posiadanie testera oprogramowania, ale w żaden sposób nie wyjaśnił, czy z tego tytułu ponosić będzie koszty. Po pierwsze wydatek w tym zakresie także nie był przedmiotem wezwania skierowanego do przystępującego. Po drugie w tym zakresie zamawiający zasadnie zwrócił uwagę, że odwołujący nie wskazał pozostałych możliwości wejścia w posiadanie takiego urządzenia czyli wcześniejszego zakupu i całkowitego zamortyzowania urządzenia lub jego użyczenia. W tym miejscu skład orzekający zdecydował się także dodać, że przystępujący wskazał aktualizację oprogramowania jako część przeglądu rocznego (punkt 6 wyjaśnień rażąco niskiej ceny).

Ostatni argument podnoszony przez odwołującego odnosił się do kosztu dotyczącego pogotowia serwisowego. Głównie na tym koszcie odwołujący skupił się prezentując stanowisko podczas rozprawy. Odnośnie tego kosztu, podobnie z resztą jak przy okazji wszystkich innych podnoszonych przez odwołującego pozycji kosztowych należało wskazać, że nie był on przedmiotem wezwania, tj. zamawiający nie wskazał w treści wezwania, że ta szczegółowa pozycja budziła jego wątpliwości. Ponadto przystępujący w pkt 8 wyjaśnień podał stanowisko dotyczące całodobowego pogotowia serwisowego. W stanowisku tym przystępujący podał założenia dla wykonania tej usługi oraz wskazał koszty jej realizacji. Odwołujący kwestionował jeden aspekt z założeń przystępującego przyjmując, że przystępujący przewidział tylko jedną osobę dla tej czynności co – jego ocenie – narusza normy z zakresu prawa pracy oraz wiąże się z koniecznością zwiększenia wydatków o

jeszcze jednego pracownika. Według wskazania odwołującego koszt takiego dodatkowego pracownika wynosiłby ok. 240 tys. zł mając na uwadze cały okres realizacji zamówienia. Stanowisko odwołującego w powyższej kwestii nie znalazło akceptacji składu orzekającego. Po pierwsze odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, ani nawet konkretnych założeń dla podanych wyliczeń. Ponadto Izba nie jest organem właściwym do orzekania o naruszeniach odnoszących się do przepisów z zakresu prawa pracy. Po trzecie porównanie podanej przez odwołującego kwoty związanej z ewentualnym zaangażowaniem drugiego pracownika z wartością oferty przystępującego oraz oszacowanymi w wyjaśnieniach kosztami wskazuje, że argumentacja odwołującego była znacznie przesadzona i w żadnym wypadku nie zasługiwała na uwzględnienie, gdyż należało uznać ją za gołosłowną i sporządzoną wyłącznie na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący: