

**WYROK**  
z dnia 28 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 26 kwietnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2023 r. przez: **wykonawcę Fundacja Wodna Służba Ratownicza z siedzibą we Wrocławiu, ul. Kleczkowska 50** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Miasto Bydgoszcz - Bydgoskie Centrum Sportu z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Gdańska 163**

przy udziale **wykonawcy Gniewińskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Gniewinie, Osiedle Kaszubskie 7 lok. 6** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. Akt KIO 1045/23 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Gniewińskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Gniewinie, Osiedle Kaszubskie 7 lok. 6 na podstawie art. 224 ust. 6 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy gdyż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
2. **kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miasto Bydgoszcz - Bydgoskie Centrum Sportu z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Gdańska 163 i:**
  - 2.1 **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Fundacja Wodna**

**Służba Ratownicza z siedzibą we Wrocławiu, ul. Kleczkowska 50** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **zamawiającego Miasto Bydgoszcz - Bydgoskie Centrum Sportu z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Gdańska 163** na rzecz **wykonawcy Fundacja Wodna Służba Ratownicza z siedzibą we Wrocławiu, ul. Kleczkowska 50** kwotę zł. 11 100 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu uiszczonych wpis i wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., 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:.....**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pod nazwą: Obsługa krytych pływalni w zakresie ratownictwa wodnego, zlokalizowanych przy ul. Kromera 11 oraz ul. Pijarów 4 w Bydgoszczy zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2023/BZP 00458046/01 z dnia 2022-11-24.

W dniu 7 kwietnia 2023 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej w części I i II.

W dniu 12 kwietnia 2023 r. Fundacja Wodna Służba Ratownicza z siedzibą we Wrocławiu, ul. Kleczkowska 50 wniosła odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez zastępcę prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z opisem z KRS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 12 kwietnia 2023 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Gniewińskie WOPR w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę, a także wykonawca wezwany do udzielenia wyjaśnień ceny nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska,
2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Gniewińskie WOPR w sytuacji, gdy jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę a także naruszeniu art. 226 ust 1 pkt 10 ustawy, bowiem zawiera błędy w obliczeniu ceny w związku z wyceną ofertową w oparciu o koszty pracy z pominięciem wszystkich kosztów pracy,
3. co skutkuje naruszeniem art. 239 ust 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz 17 ust 2 ustawy przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu i ma bezpośredni wpływ na jego wynik.

Wniósł o:

- merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania - na okoliczności wskazane tym odwołaniem, a także o:
  - 1.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
  - 2.powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu i w jej ramach o odrzucenie oferty Gniewińskie WOPR,co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie odwołującego i postanowień SWZ ma bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 środki ochrony prawnej, przysługują wykonawcy, jeżeli ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W zakresie Części nr I postępowania oferta odwołującego plasuje się na drugiej pozycji rankingu ofert, co oznacza, że samo odrzucenie oferty Gniewińskie WOPR spowoduje bezpośrednią możliwość uzyskania zamówienia przez odwołującego. W zakresie Części nr II postępowania oferta odwołującego plasuje się na trzeciej pozycji rankingu ofert, jednak w odniesieniu do drugiego w kolejności wykonawcy w tym zadaniu Fundacja D.T. Sport ul. Średnia 16, 64-100 Leszno, zamawiający nie dokonywał jeszcze weryfikacji podmiotowej – oceny spełniania warunków udziału i braku podstaw wykluczenia w postępowaniu, co oznacza, że eliminacja oferty aktualnie uznanej za najkorzystniejszą w tym zadaniu wpłynie bezpośrednio na wynik postępowania ale także spowoduje, że oferta odwołującego będzie miała możliwość, wskutek przeprowadzonej oceny spełniania warunków wobec Fundacja D.T. Sport, stać się ofertą najkorzystniejszą z bezpośrednią możliwością uzyskania zamówienia przez odwołującego. Powyższe oznacza, że na dzień wniesienia odwołania, odwołujący zachowuje realną szansę na uzyskanie zamówienia a ceny oferty jaką złożył w postępowaniu mieści się w granicach środków jakie zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zgodnie z informacjami ujawnionymi w trybie art. 222 w dniu 2.12.2022r.

Kwoty jakie zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia:

Część I - Pływalnia przy ul Kromera 11: 531.000,00 zł,

Część II - Pływalnia przy ul. Pijarów 4 : 531.000,00 zł

podczas gdy cena oferty odwołującego to : dla Części I i II po 510 000 zł brutto.

Interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym Postępowaniu doznał uszczerbku, a tym samym odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z zamawiającym.

Jak wynika z czynności otwarcia ofert tylko Gniewińskie WOPR zaferowało w postępowaniu realizację zamówienia za cenę na poziomie 402 tys. zł. Cena jest w postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert. Kwota jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dla każdej z części przekraczała wartość ofert i wynosiła 531 tys. zł dla każdej z części. Poza odwołujący i Gniewińskim WOPR ofertę złożyli Nadgoplańskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Kruszwicy z ceną za część I i II po 499 500 zł. I Fundacja D.T. Sport z siedzibą w Lesznie za część I – 517 500zł., za część II 505 500zł. Odwołujący przytoczył i wyłożył treść art. 224 ust. 1 ustawy. Wskazał, że wezwany do wyjaśnień wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. Stąd też w orzecznictwie utrwalił się jednolity w tym zakresie pogląd, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia. Pogląd taki jest cały czas aktualny świetle nowo obowiązującej ustawy. Rażąco poziom zaniżenia wyceny jak również fakt, że taki poziom cenowy reprezentuje tylko 1 spośród 4 wykonawców (oraz dodatkowo zamawiający) potwierdzają, że wezwanie do wyjaśnień ceny stało się obligatoryjne. Sam fakt, że nie został osiągnięty wskaźnik, o którym mowa w art. 224 ust 2 nie oznaczał braku obowiązku wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty. Zdaniem odwołującego w sprawie mamy do czynienia z wyceną ofertową opartą o cenę netto za 1 godzinę dyżuru ratownika. Przy czym stawka godzinowa zawiera wszystkie koszty jakie ma ponieść wykonawca w celu realizacji zamówienia a nie tylko samą godzinę pracy pracownika.

Zgodnie z SWZ :

XXVI. Wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach o których mowa w art. 95 upzp

1. Wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1040, 1043 i 1495) obejmują następujące rodzaje czynności:

1) Zamawiający stosownie do art. 95 ustawy (zatrudnienie na podstawie umowy o pracę) wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 roku Kodeks Pracy (Dz.U. z 2019 r., poz. 1040), polegających na świadczenie usług ratownictwa wodnego,

2. Czynności w zakresie usługi ratownictwa wodnego będą wykonywały osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę, tj. co najmniej 6 osób dla danej Części (I i II). Szczegółowe wymagania dotyczące realizacji oraz egzekwowania wymogu zatrudnienia na podstawie stosunku pracy zostały określone we wzorze umowy stanowiącej Załącznik nr 6 do SWZ.

Zgodnie z wzorem umowy stanowiącym Załącznik nr 6 do SWZ w zakresie klauzuli prozatrudnieniowej:

Uprawnienia i obowiązki wykonawcy

### § 3

23. Osoby wykonujące czynności: ratownika wodnego, koordynowania pracy ratowników, układania grafików pracy, sprawowania nadzoru nad prawidłowym prowadzeniem dokumentacji przez ratowników będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę.

24. Dokumentowanie spełnienia obowiązku zatrudnienia na umowę, o którym mowa w ust. 23 odbędzie się w następujący sposób:

1) w terminie 7 dni od daty przystąpienia do realizacji usługi wykonawca złoży oświadczenie o ilości osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę przez siebie lub podwykonawców. Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia nowego oświadczenia w każdym przypadku zmiany stanu faktycznego co do ilości osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę wykonujących czynności wymienione w ust. 23.

2) na wezwanie zamawiającego, na każdym etapie realizacji przedmiotu umowy, wykonawca złoży:

a) wykaz osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę przez siebie lub podwykonawcę wraz ze wskazaniem rodzaju umowy o pracę, wymiaru czasu pracy i czynności wykonywanych przez poszczególne osoby,

b) poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię umowy o pracę zatrudnionego pracownika,

c) inne dokumenty w tym druki RCA dot. każdego z pracowników (zanonimizowane, zawierające dane pracodawcy, imię i nazwisko pracownika, wymiar czasu pracy).

Powyższe wprost potwierdza, że ratownicy muszą być w ramach realizacji zamówienia zatrudnieni na podstawie umowy o pracę, co oznacza konieczność uwzględnienia w cenie oferty kosztów jakie ma obowiązek ponieść pracodawca zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Odwołujący wobec pierwotnego rozstrzygnięcia postępowania wniósł odwołanie do Izby, w szczególności wnosząc o wezwanie Gniewińskie WOPR do złożenia wyjaśnień ceny.

Izba w orzeczeniu w sprawie Sygn. akt KIO 485/23 z dnia 10 marca 2023 r. uwzględniła odwołanie i zobowiązała zamawiającego do zażądania od wykonawcy Gniewińskie

Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Gniewinie wyjaśnić, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w zakresie części 1 i 2 zamówienia.

Uzasadnienie orzeczenia wskazuje, że

Zdaniem Izby w sytuacji, jaka występuje w postępowaniu - gdy cena oferty w danej części zamówienia stanowi iloczyn określonej przez zamawiającego liczby godzin wykonywania określonego świadczenia i określonej przez wykonawcę wysokości wynagrodzenia za jedną godzinę wykonywania tego świadczenia, ta ostatnia wartość w istocie determinuje cenę oferty. Zatem realność, wiarygodność i zbieżność z wartościami w innych ofertach należy oceniać w zakresie wysokości wynagrodzenia za jedną godzinę wykonywania świadczenia.

Porównanie wysokości wynagrodzenia za jedną godzinę wykonywania świadczenia - czyli „ceny netto za 1 godzinę dyżuru ratownika” - określonej w ofercie Przystępującego, wynoszącej 26,80 zł, do wysokości takiego wynagrodzenia w innych ofertach, wynoszącego co najmniej 33,30 zł, przy niewielkich różnicach cen w tych ofertach, uzasadnia przyjęcie, że cena w ofercie przystępującego znacząco odbiega od cen w innych ofertach.

Nie było sporne pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego, że prawie całość kosztów, jakie poniesie wykonawca w celu wykonania zamówienia udzielonego w wyniku przeprowadzenia postępowania (w każdej z części zamówienia), to koszty związane z zatrudnieniem osób wykonujących zamówienie. W takiej sytuacji szczególne znaczenie co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów ma kwestia wysokości kosztów pracy przyjętych do ustalenia ceny, które muszą być zgodne z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. (...)

W świetle tych postanowień nie może budzić wątpliwości, że wszystkie osoby wykonujące czynności ratownika wodnego w trakcie wykonywania umowy muszą być zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Aczkolwiek - w czym również przyznać należy rację zamawiającemu - osoby nie muszą być zatrudnione w pełnym wymiarze czasu pracy (na „pełen etat”), w konsekwencji, określona w ofercie przystępującego wysokość wynagrodzenia za jedną godzinę świadczenia usługi - czyli „cena netto za 1 godzinę dyżuru ratownika” - musi być określona w takiej wysokości, aby pokrywała koszty zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności ratownika.

W trakcie rozprawy przed Izbą Gniewińskie WOPR złożyło w charakterze dowodu szczegółową kalkulację kosztów realizacji zamówienia. Z kalkulacji wynikało, że koszt zatrudnienia na podstawie umowy o pracę takiej osoby w przeliczeniu na 1 godzinę pracy wynosi odpowiednio 25,02 złotych i 25,82 złotych.

Izba wyliczyła , że:

Pomijając zatem koszty „świadczenia urlopowego”, z podzielenia kwot 4.222,20 zł (dotyczącej okresu od 1 stycznia 2023 r. do 30 czerwca 2023 r.) i 4.355,28 zł (dotyczącej okresu od 1 lipca 2023 r. do 31 grudnia 2023 r.) przez przeciętną liczbę godzin świadczenia pracy w miesiącu - bezspornie wynoszącą 168 godzin - wynika, że koszt zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osoby wykonującej czynności ratownika w przeliczeniu na 1 godzinę pracy wynosi 25,13 złotych (w okresie od 1 stycznia 2023 r. do 30 czerwca 2023 r.) oraz 25,92 złotych (w okresie od 1 lipca 2023 r. do 31 grudnia 2023 r.).

(...)

Przyjmując, że na potrzeby kalkulacji ceny oferty należy założyć, że 7500 godzin dyżuru ratownika wodnego będzie wykonywane w okresie od 1 stycznia 2023 r. do 30 czerwca 2023 r., a 7500 godzin w okresie od 1 lipca 2023 r. do 31 grudnia 2023 r. (jak to uczynili Odwołujący i Przystępujący w kalkulacjach złożonych w toku postępowania odwoławczego) koszt zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności ratownika wynosiłby w każdej z dwóch części zamówienia w postępowaniu wynosiłby 382.875 złotych  $[(25,13 \times 7500) + (25,92 \times 7500)]$ . Kwota ta jest większa niż różnica pomiędzy ceną oferty przystępującego w każdej z dwóch części zamówienia w postępowaniu a wysokością zysku, jakiego osiągnięcie założono w kalkulacji złożonej na rozprawie przez przystępującego, wynoszącą 53.286,72 złotych w zakresie części 1 zamówienia i 42.484,32 złotych w zakresie części 2 zamówienia.

Również przyjmując podany przez przystępującego koszt zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osoby wykonującej czynności ratownika w przeliczeniu na 1 godzinę pracy, wynoszący 25,02 złotych (w okresie od 1 stycznia 2023 r. do 30 czerwca 2023 r.) oraz 25,82 złotych (w okresie od 1 lipca 2023 r. do 31 grudnia 2023 r.), obliczony w powyższy sposób koszt zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności ratownika wynosiłby w każdej z dwóch części zamówienia w postępowaniu 381.300 złotych, co również jest kwotą większą niż różnica pomiędzy ceną oferty przystępującego w każdej z dwóch części zamówienia w postępowaniu a wysokością zysku, jakiego osiągnięcie założono w kalkulacji złożonej na rozprawie przez przystępującego, w każdej z tych części zamówienia.

Co istotne złożona w trakcie rozprawy przez WOPR kalkulacja kosztów zatrudnienia wskazywała na:

1. Uwzględnienie w cenie oferty różnicy stawek minimalnego wynagrodzenia od 1 stycznia i od 1 lipca 2023 r.
2. Źródłem optymalizacji ceny miało być zatrudnienie połowy stanu osobowego ratowników na podstawie umów cywilnoprawnych - na co wprost wskazywało



zestawienie kosztów i jego opis jak również wysokość samej stawki roboczogodziny, która co do jednego grosza odpowiadała stawkom z tytułu umów cywilnoprawnych.

Izba w orzeczeniu uznała za konieczne wezwanie do wyjaśnień ceny oferty Gniewińskie WOPR właśnie z powodu uzasadnionych wątpliwości co do uwzględnienia wymagań wynikających z przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę jak również niespójności w wyliczeniach w odniesieniu do poziomu deklarowanego zysku, co podważało wiarygodność wyjaśnień.

Wykonując orzeczenie Izby zamawiający wezwaniem z dnia 30.03.br. wezwał w bardzo konkretny sposób do udzielenia wyjaśnień ceny podkreślając w szczególności, że:

W wyjaśnieniach należy wykazać, co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. To oznacza, że wykonawca zobowiązany jest przedstawić dowody, świadczące o tym, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zaoferowanie niskiej ceny usprawiedliwiać mogą cechy i okoliczności zindywidualizowane, właściwe dla konkretnego wykonawcy, ale muszą mieć one charakter obiektywny. Nie może to być polityka cenowa firmy czy chęć podjęcia długoterminowej współpracy. Składając wyjaśnienia wykonawca w szczególności ma obowiązek udzielić wyjaśnień w zakresie wskazanym w art. 224 ust. 3 tj.:(...)

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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; Dziennik Ustaw – 67 – Poz. 2019

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

Wskazane przez wykonawcę czynniki wpływające na obniżenie zaoferowanej ceny lub kosztu muszą charakteryzować się cechą wyjątkowości dostępnej dla danego wykonawcy. Wykonawca, podając konkretne przykłady musi je dokładnie opisać i wskazać, jak wpływają one na obniżenie ceny oferty. Jednocześnie przykłady te nie mogą polegać na wskazaniu niskich cen, lecz na wyjaśnieniu i załączeniu dowodów, jakim sposobem ww. wykonawca ma możliwość zaoferowania takich cen.

Istotne jest, aby wykonawca wykazał, że dzięki temu może różnić się od innych wykonawców, którym takie akurat czynniki nie są dostępne. Jeżeli cecha właściwa danemu wykonawcy jest bez trudu dostępna dla innych wykonawców, nie może być mowy o szczególnych okolicznościach pozwalających na zaoferowanie niskiej ceny, a to

oznacza, że muszą to być okoliczności i dowody obiektywnie właściwej wyjątkowe tylko dla wykonawcy proponującego niską cenę

Wykonawca Gniewińskie WOPR złożył w dniu 4.04.2023 r. wyjaśnienia ceny wraz z dowodami.

W ocenie odwołującego Gniewińskie WOPR nie obalił skutecznie domniemania rażąco niskiej ceny a złożone wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy, lakoniczny i pozbawiany jakichkolwiek istotnych dla wyliczenia ceny dowodów.

Odwołujący wskazuje, że:

1. Gniewińskie WOPR kontestowało przyczynę wezwania wskazując na fakt, że nie był osiągnięty wskaźnik obligatoryjnego wezwania do wyjaśnień ceny tymczasem podstawą wezwania był art. 224 ust 1

„Wykonawca podkreśla również, że nie zachodzą w stosunku do niego przesłanki domniemania rażąco niskiej ceny, gdyż cena stanowi ok. 86% średniej arytmetycznej, a równocześnie ok. 76% kwoty, którą zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia”

Wezwanie do wyjaśnień ceny stanowiło wykonanie przez zamawiającego niezaskarżonego orzeczenia Izby w sprawie sygn. akt Sygn. akt KIO 485/23 z dnia 10 marca 2023 r.

2. Wyjaśnienia ceny bazują (wbrew kalkulacji składanej w trakcie rozprawy przed Izbą w sprawie sygn. KIO 485/23 która potwierdzała, że wykonawca rzekomo uwzględnił już w cenie oferty obowiązek podwyższenia minimalnego wynagrodzenia od 1 lipca 2023 r.) na założeniu że zamawiający będzie zobowiązany waloryzować wykonawcy wynagrodzenie po 15 lipca 2023 r.

„Założony przez wykonawcę koszt zatrudnienia ratownika w przeliczeniu na 1 godz. to 25,02 zł (do 30 czerwca b.r.) i 25,82 zł (od 1 lipca b.r.), przy czym podkreślić należy, że w projektowanych postanowieniach umowy przewidziano możliwość waloryzacji wynagrodzenia na podstawie zmiany wynagrodzenia minimalnego od 15 lipca 2023 r. o max 5%, z czego wykonawca zamierza skorzystać w związku ze zmianą wynagrodzenia minimalnego od lipca 2023.

Zakładając więc nawet stawki godzinowe wyliczone przez Izbę w uzasadnieniu wyroku na 25,13 zł (do 30 czerwca) i 25,92 zł (od 1 lipca), nadal stawka zaoferowana przez wykonawcę 26, 80 zł (która po 15 lipca może być zwaloryzowana o 5% czyli do 28,14 zł, co - jak wskazano wyżej- wynika z treści projektowanych postanowień umowy, a zatem wykonawca może założyć, że to nastąpi) jest wyższa i pozwala pokryć koszty oraz zawiera zysk.”

Uwzględnienia wymaga w sprawie fakt, że otwarcie ofert w postępowaniu nastąpiło w dniu 4.12.2022 r. a zatem już po publikacji Rozporządzenia w sprawie stawek minimalnego wynagrodzenia na 2023 r.

Obowiązkiem wykonawców było uwzględnienie w wycenie stawki koszty pracy z uwzględnieniem wymaganego przepisami minimalnego wynagrodzenia za pracę przewidzianego na rok 2023 wynikającego z Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. – z uwzględnieniem modyfikacji wysokości stawki od 1 lipca 2023 roku.

Wyjaśnienia ceny potwierdzają, że oferta wykonawcy została skalkulowana w sposób nieuwzględniający podwyższenia stawki wynagrodzenia minimalnego od 1 lipca 2023 r. Po drugie wyjaśnienia złożone 4.04.br. są sprzeczne w zakresie stawek minimalnego wynagrodzenia i kwestii uwzględnienia lub też niepodwyższenia stawki od 1 lipca 2023 r. co podważa wiarygodność wyjaśnień ceny oferty.

W trakcie rozprawy przed Izbą wykonawca dowodził, że w cenie oferty uwzględnił podwyższenie stawek od 1 lipca 2023 r. a wyjaśniając cenę oferty twierdzi, że jednak tego nie uczynił i liczy, że zamawiający zwaloryzuje wykonawcy stawkę do podwyższonego minimalnego wynagrodzenia za pracę od dnia 15.lipca 2023 r.

Powyższe w ocenie odwołującego dowodzi, że wycena ofertowa nie uwzględnia ostatecznie wymagań wynikających z przepisów prawa pracy i minimalnego wynagrodzenia, co poza brakiem możliwości wykazania, że cena nie jest rażąco niska i jest prawidłowo skalkulowana, stanowi odrębną podstawę odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z ustawą - tak przykładowo:

Zgodnie z Komentarzem Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza (UZP, Warszawa 2021) nie określa, na podstawie jakich innych przepisów oferta może być nieważna, nie zawiera również w tym zakresie żadnego ograniczenia, co oznacza, że norma obejmuje wszystkie przepisy powszechnie obowiązującego prawa. Izba nie widzi przeszkód, by za taką odrębną regulację uznać przepisy odnoszące się do minimalnego wynagrodzenia za pracę i zasad ustalania tego wynagrodzenia. Niewątpliwie dla dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2019 będą najczęściej miały zastosowanie zasady dotyczące składania oświadczeń woli wynikające z kodeksu cywilnego, tym niemniej ustawa o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i akty wykonawcze do tej ustawy również mają rangę przepisów odrębnych i składane przez wykonawców oferty także mogą być w ocenie składu orzekającego Izby oceniane pod kątem zgodności lub niezgodności z tymi przepisami.

Przykładowo można odwołujący powołał wyroki KIO 1489/18, KIO 527/19, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku sygn. akt XXIII Ga 209/18.

W sytuacji gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy, wykonawca został ustawowo zobowiązany do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy. Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, że nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 ustawy).

W przedmiotowej sprawie należy zwrócić szczególną uwagę na wprowadzony na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy obowiązek żądania przez zamawiającego w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi wyjaśnień co najmniej w zakresie 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 oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Przepis art. 224 ust. 4 ustawy koreluje z wyrażoną w art. 95 ust. 1 ustawy (mającym zastosowanie także w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne, prowadzonych w trybie podstawowym bez negocjacji) koniecznością określenia przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagań związanych z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji

zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy.

W aktualnie obowiązującej ustawie przewidziano mechanizmy mające na celu przeciwdziałanie zatrudnianiu osób w oparciu o umowy cywilnoprawne, w sytuacji gdy wykonywane przez nie czynności w istocie stanowią świadczenie pracy w rozumieniu Kodeksu pracy i umożliwienie zamawiającym realnej i skutecznej weryfikacji działań wykonawców w tym zakresie (por. art. 95 ust. 2 ustawy wprowadzający konieczność określenia m.in. sposobu weryfikacji zatrudnienia osób w oparciu o umowę o pracę i uprawnień zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań związanych z zatrudnianiem tych osób oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań). Art. 224 ust. 4 ustawy jest jednym z narzędzi służących takiej weryfikacji, umożliwiającym zamawiającym zbadanie jeszcze na etapie prowadzenia postępowania czy w cenie oferty uwzględniono wszelkie niezbędne w świetle przepisów koszty związane z zatrudnianiem osób mających realizować zamówienie na umowę o pracę i czy przyjęte do kalkulacji wynagrodzenie pracowników nie jest niższe niż ustawowo wymagane.

Naturalną konsekwencją istnienia po stronie zamawiającego prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi obowiązku wezwania wykonawcy do wyjaśnień w ww. zakresie, jest zaktualizowanie się po stronie wykonawcy obowiązku udzielenia stosownych wyjaśnień w kwestii kosztów pracy i zgodności z przepisami prawa pracy w przypadku otrzymania takiego wezwania. Obowiązek taki wywieść można także na gruncie art. 224 ust. 5 ustawy, który wskazuje, że to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Podanie samej stawki za roboczogodzinę, w żaden sposób nie omówionej, nie stanowi dostatecznego wyjaśnienia przyjętych kosztów pracy. Mając na uwadze, że wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie właściwych przepisów, wykonawca powinien w treści wyjaśnień taki fakt nie tylko szczegółowo omówić, ale i wykazać.

3. Złożone wyjaśnienia ceny nie zawierają jakiegokolwiek, choćby najprostszej kalkulacji kosztów, w tym konkretnych kosztów pracy i kosztów świadczenia usług na rzecz zamawiającego.

Jest to zadziwiające, tym bardziej że w toku postępowania odwoławczego złożone zostało wyliczenia kosztów pracy - tyle że obliczonych w oparciu o kalkulację wynagrodzenia połowy kadry ratowniczej nie na podstawie umowy o pracę, ale niedozwolonej w SWZ umowy cywilnoprawnej.

4. Zamiast konkretnych i wiarygodnych a także weryfikowalnych i poddających się ocenie wyliczeń kosztów zatrudnienia wykonawca składa ogólnikowe informacje nt możliwych różnych form zatrudnienia:

Jak wskazano powyżej, pracownik zatrudniony na podstawie umowy o pracę może być wynagradzany w różny sposób. Przepisy wskazują możliwość ustalenia z pracownikiem różnych systemów wynagradzania - stałe, godzinowe, prowizyjne, akordowe. Pracodawca, u którego ma zastosowanie godzinowy system wynagradzania ma obowiązek ustalić wynagrodzenie z zachowaniem minimalnej stawki godzinowej.

Minimalna stawka godzinowa w rzeczywistości nie jest stała w każdym miesiącu i zależy od dwóch czynników:

- od liczby godzin do przepracowania w miesiącu,
- od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego w danym roku.

Stawki godzinowe dla poszczególnych miesięcy w rzeczywistości są zróżnicowane i w większości miesięcy są nominalnie niższe niż stawka podstawowa, określona rozporządzeniem (co wynika z większej liczby godzin pracy w danym miesiącu), a stanowią podstawę naliczenia wynagrodzenia w danym miesiącu (które na potrzeby kalkulacji wynagrodzenia wykonawca przyjął w wysokości jednakowej, nie niższej niż stawka minimalna).

5. Wyjaśnienia ceny złożone w postępowaniu, pomimo wyraźnego wezwania zamawiającego nie zawierają żadnych konkretnych kosztów pracodawcy w relacji do ceny ofertowej co samo w sobie stanowi podstawę odrzucenia oferty w trybie art. 224 ust 6.

6. Wykonawca powołuje w wyjaśnieniach jako zasadniczą podstawę obniżenia kosztów realizacji zamówienia okoliczność zatrudnienia ratowników/studentów w wieku do 26 roku życia.

„W pozostałym zakresie zamówienie będzie obsługiwane ratownikami młodymi do 26 r. życia, zatrudnionymi wg stawki godzinowej, dla których stawka brutto = stawka netto z uwagi na zwolnienie z podatku dochodowego na podstawie obowiązujących przepisów o podatku dochodowym.

Dowód: wydruk ze strony <https://www.gov.pl/web/finanse/bez-pit-dlamlodych> broszura MF zerowy PIT dla młodych

Jest to rozwiązanie atrakcyjne dla wykonawcy i dla zatrudnianych studentów, gdyż pozwala w sposób elastyczny dostosować grafik do zajęć na uczelni.”

Poza załączoną do wyjaśnień publicznie dostępną broszurą Ministerstwa Finansów (s. 7-20 pliku z wyjaśnieniami) wykonawca w żaden sposób nie wykazał w jaki konkretnie sposób przewidywany zamiar zatrudnienia takiego personelu przekłada się na obniżenie kosztów świadczenia usługi.

Wyjaśnienia nie zawierają żadnych informacji i konkretnych wyliczeń wskazujących jak przekłada się taki zamiar zatrudnienia na koszt pracy uwzględniony w złożonej ofercie. Uznać należy, że zarówno wyjaśnienie w tym zakresie jak i tym bardziej zgłoszony dowód nie zostały w żaden sposób powiązane z wyceną ofertową wykonawcy w tym konkretnym postępowaniu i są całkowicie bezwartościowe z punktu widzenia celu dla jakiego zostały powołane.

Proste wskazanie stawki roboczogodziny, bez jakiegokolwiek omówienia faktycznie przyjętych kosztów pracy, nie stanowi rzetelnego wyjaśnienia kluczowych aspektów zaakcentowanych w treści wezwania, jakie zamawiający wystosował do Gniewińskie WOPR.

W treści wyjaśnień tego wykonawcy brak jest jakichkolwiek dalszych informacji w zakresie przyjętych podczas kalkulacji ceny oferty kosztów pracy, ocenie odwołującego zamawiający nie miał żadnej możliwości zweryfikowania prawdziwości twierdzeń ww. wykonawcy i zgodności przyjętych założeń z obowiązującymi przepisami prawa, w świetle czego nie sposób uznać, aby wykonawca udzielił rzetelnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, w którym to właśnie kwestia kosztów pracy i zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy była szczególnie podkreślona. Nie sposób odnaleźć informacji na temat przyjętej na potrzeby kalkulacji cen ofertowych wysokości wynagrodzenia pracowników, nie mówiąc o omówieniu kwestii uwzględnienia w wyliczeniach pozapłacowych kosztów pracy obciążających z tego tytułu pracodawcę. Na podstawie treści wyjaśnień brak jest możliwości ustalenia jakie faktycznie koszty pracy i na jakim poziomie zostały uwzględnione przez wykonawców.

7. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wprost potwierdził, że wycena ofertowa nie uwzględnia kosztów świadczeń urlopowych

„Wykonawca nie wliczał do wynagrodzenia kosztów świadczenia urlopowego ani uczestnictwa w PPK, biorąc pod uwagę, że zatrudnieni już ratownicy nie uczestniczą w PPK (dowód-oświadczenie Zarządu).”

Powyższe potwierdza wprost, że wycena ofertowa jest niezgodna z przepisami prawa pracy.

Wyliczając cenę ofertową, wykonawcy zobowiązani są wziąć pod uwagę, że pracownikom przysługuje prawo do urlopu wypoczynkowego, w okresie którego pracownik zachowuje prawo do wynagrodzenia. Wymiar urlopu wypoczynkowego uzależniony jest od długości stażu pracy pracownika i wynosi odpowiednio 20 dni w roku albo 26 dni w roku.

Wyjaśnienia ceny potwierdzają jednoznacznie, że cena oferty pomija obowiązkowe w przypadku umowy o pracę koszty świadczenia urlopowego. Co interesujące złożona w trakcie rozprawy przed Izbą kalkulacja kosztów zatrudnienia Gniewińskie WOPR

wskazywała, że koszt urlopu zostanie sfinansowany ze środków obrotowych z rachunku bieżącego.

8. W zakresie dotyczącym wyjaśnień ceny z powołaniem na ilość uczelni w Bydgoszczy: Wykonawca w tej chwili zatrudnia na obsługiwanych obiektach w ten sposób 32 studentów/osoby uczące się do 26 r.ż., a biorąc pod uwagę zaplecze uniwersyteckie Bydgoszczy (ok. 40 000 studentów), jest w stanie uzyskać co najmniej kilkunastu takich pracowników, co z zapasem pozwoli zapewnić godziny wykonania zamówienia przy pracownikach miejscowych, nie wymagających pokrycia dodatkowych kosztów dojazdu. Uczelni wyższych w Bydgoszczy jest 8 i stanowi to bardzo duży potencjał do zatrudnienia ratowników na potrzeby wykonania zamówienia:

BYDGOSKA SZKOŁA WYŻSZA

UNIwersytet KAZIMIERZA WIELKIEGO

AKADEMIA KUJAWSKO-POMORSKA W BYDGOSZCZY

WYŻSZA SZKOŁA GOSPODARKI (WSG) W BYDGOSZCZY

WYŻSZA SZKOŁA INFORMATYKI I UMIEJĘTNOŚCI (WSINF) W ŁODZI - WYDZIAŁ

ZAMIEJSCOWY W BYDGOSZCZY

WYŻSZA SZKOŁA NAUK O ZDROWIU (WSNOZ) W BYDGOSZCZY WYŻSZA SZKOŁA

BANKOWA (WSB ) W BYDGOSZCZY

POLITECHNIKA BYDGOSKA IM. JANA I JĘDRZEJA ŚNIADECKICH

Dowód: wydruk ze strony <https://www.uczelnie.pl/miasto/bydgoszcz/> wydruk ze strony <https://informatorszkolny.com/miasto/studia-bydgoszcz/>

Dowód - s. 21-35(!) pliku wyjaśnień ceny stanowi wydruk strony internetowej z danymi nt uczelni w Bydgoszczy.

Zarówno argumentacja jak i dowód nie mają żadnego konkretnego przełożenia na cenę oferty Gniewińskie WOPR w postępowaniu i są całkowicie bezwartościowe pod względem dowodowym.

Poza zapewnieniem o zatrudnianiu określonej ilości pracowników/studentów wykonawca nie przedstawił na tą okoliczność jakichkolwiek dowodów - choćby zanonimizowanych umów o pracę z wysokościami wynagrodzenia. Co istotne wykonawca był w stanie w zakresie np. kwestii zatrudnienia ratowników, którzy mogą być w każdej chwili bezpłatnie dodatkowo realizować obowiązki koordynatora był w stanie taki fragment umowy przedstawić.

Skoro jest tak, że faktycznie wykonawca odwołuje się do wyceny oferty i jej istotnym czynnikiem obniżenia w oparciu o zatrudnienie personelu o tak szczególnym zestawie łącznym cech jak:

- ratownicy z uprawnieniami,
- studenci,



- w wieku do 26 lat,
- chętni do pracy za minimalne wynagrodzenie

To obowiązkiem na etapie wyjaśnień ceny było wykazanie i udowodnienie, że taki personel faktycznie zatrudnia.

Odwołujący przywołał w tym zakresie orzeczenie KIO sygn. akt 1764/18 z dnia 11 września 2018 r. oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 sierpnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 71/21 oraz wyrok z dnia 16.03.2021 r., sygn. akt KIO 600/21.

9. Złożone wyjaśnienia ceny żadnych dowodów w zakresie faktycznego zatrudnienia personelu o wskazanych cechach nie zawierają i pozostają w sferze gołosłownych deklaracji i zapewnień, jak poniższy fragment wyjaśnień ceny:

„Wykonawca opiera się już w kilku zamówieniach na tym systemie zatrudnienia, pozwalającym znacząco obniżyć koszty i elastycznie obsadzać grafiki, i takż przed złożeniem niniejszej oferty wykonał rozeznanie rynku tj. przy okazji obsługi ratowniczej świadczonej na innym obiekcie basenowym w Bydgoszczy, identyfikując co najmniej 15 studentek i studentów, posiadających uprawnienia ratownika wodnego i wyrażających wolę pracy dorywczej na godziny w ramach wykonania zadania.

Jest to sposób zagwarantowania obsady zadania, który pozwala wykonawcy na konkretne oszczędności w stosunku do kosztów zatrudnienia pracowników powyżej 26 roku życia, a równocześnie gwarantujący atrakcyjną formę zatrudnienia i zachowanie wymaganych przepisami minimalnych warunków zatrudnienia.

Nie wiadomo przy tym o jakie „konkretne oszczędności” chodzi - nie zostało to w żaden sposób wykazane a nawet wyliczone.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że jak wynika z ogłoszeń portalu olx wykonawca poszukuje aktualnie personelu na potrzeby realizacji przedmiotu aktualnego zamówienia ale nie z zamiarem zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jak wymaga tego SWZ ale zlecenia:

<https://www.olx.pl/oferta/praca/ratownik-wodny-na-plywalni-aquafordon-CID4-IDNbLk8.html?>

W celu uniknięcia wątpliwości odnośnie ogłoszeniodawcy Gniewińskie WOPR:

<https://www.olx.pl/oferty/uzytkownik/DUAd/>

[https://www.olx.pl/oferta/praca/ratownik-wodny-na-plywalni-fala-w-gorlicachCID4-IDSuKdD.html?reason=seller\\_profile](https://www.olx.pl/oferta/praca/ratownik-wodny-na-plywalni-fala-w-gorlicachCID4-IDSuKdD.html?reason=seller_profile)

10. Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach że,

Ponadto zadanie będzie wykonywane przez 6 ratowników (po 1/2 etatu) dla każdej części zadania, również na miejscu w Bydgoszczy, a zatem bez konieczności ponoszenia kosztów dojazdu i diet. Wykonawca zatrudnia już te osoby

Powyższe potwierdza zatem że złożenie w tym zakresie dowodów co do faktu zatrudnienia personelu i warunkach zatrudnienia było możliwe.

11. Wykonawca w wyjaśnieniach wskazuje w zakresie pozostałych kosztów świadczenia usług, że:

„Ewentualne koszty dodatkowe tj. np. koszty wizyt u zamawiającego zostaną pokryte z zysku. Wykonawca posiada stroje oraz sprzęt własny- nie ponosi dodatkowych kosztów.” Nie wiadomo przy tym o jakie koszty wizyt chodzi. W przypadku strojów i bliżej nieokreślonego sprzętu własnego poza deklaracją, że posiada własne wyjaśnienia ceny nie potwierdzają w jakikolwiek sposób powyższych zapewnień.

12. Wykonawca zapewnia jedynie, że:

Przy wartości kontraktu: 804.000,00 zł planowany zysk w skali każdego zadania to w skali roku łącznie 95.770,00 zł

Złożone wyjaśnienia nie zawierają żadnych wyliczeń, które umożliwiłyby weryfikację powyższego oświadczenia. Nawet zapewnienie nt. wysokości zysku jest niezrozumiałe - „zysk w skali każdego zadania w skali roku łącznie”.

Pamiętać należy ponadto, że mamy do czynienia z wyjaśnieniami ceny oferty w dwóch odrębnych zadaniach a tymczasem złożone wyjaśnienia nie zawierają danych nt. kosztów w rozbiciu na poszczególne z nich co takież dyskwalifikuje złożone wyjaśnienia jako skuteczny środek obalenia domniemania rażąco niskiej ceny.

Powołał wyrok z dnia 15.10.2018 r., sygn. akt KIO 1972/18.

12. Wyjaśnienia wskazują takież, na następującą okoliczność, która miałaby w rozumieniu wykonawcy uzasadniać obniżenie ceny:

„Nadto dodać należy, że wykonawca korzysta ze zwolnienia z podatku dochodowego od uzyskanego przychodu na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o CIT. Dochód/zysk przeznaczony i wydatkowany jest na cele statutowe stowarzyszenia. Ponadto wykonawca nie prowadzi działalności gospodarczej.”

Po raz kolejny złożone wyjaśnienia w żaden sposób nie wskazują w jaki konkretny sposób wskazana okoliczność ma przełożyć się na obniżenie ceny ofert w postępowaniu.

13. Ostatnim argumentem i dowodem na poprawne wyliczenia ceny oferty w postępowaniu ma być:

Na potwierdzenie prowadzenia wzorowej polityki zarządzania stowarzyszeniem wykonawca przedkłada sprawozdanie finansowe za ubiegły- 2022 rok, w którym osiągnięto zysk w kwocie netto 176.932,32 zł oraz przychód w kwocie 2.150.793,61 zł.

Dowód: bilans za 2022, rachunek zysków i strat za 2022

Złożony bilans w żaden sposób nie dowodzi, że zaoferowana w konkretnym postępowaniu cena oferty wykonawcy nie jest rażąco niska i z punktu widzenia

złożonych wyjaśnień i koniecznych dowodów na potrzeby wyjaśnienia ceny jest to dokument całkowicie bezwartościowy i zbędny.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i w orzecznictwie sądów powszechnych, ugruntowany jest pogląd, że sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania, nie poparte dowodami, nie pozwalające na ustalenie czy cena została skalkulowana prawidłowo, jest w zasadzie analogiczna do sytuacji wykonawcy, który zaniechał złożenia jakichkolwiek wyjaśnień (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 maja 2016 r., sygn. akt KIO 722/16, wyrok KIO z dnia 20 maja 2010 r., sygn. akt KIO 730/10, wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 12 sierpnia 2005 r. sygn. VI Ca 464/05, wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. X Ga 127/08). Ponadto konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską ma miejsce także w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przez niego cena rażąco niska nie jest (por. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt XXIII Ga 1293/14).

Należy mieć na uwadze, że zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza przerzucenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Powyższe wynika wprost z treści art. 224 ust. 5 ustawy, zgodnie z którym obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Wykonawca został więc ustawowo zobowiązany do wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę.

Ponieważ celem wyjaśnień wykonawcy jest wzruszenie przyjętego domniemania, muszą one być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Podkreślić tutaj należy, że nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień, czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, skutkować winny odrzuceniem oferty (por. m.in. wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2721/15).

Zgodnie z wyrokiem KIO 1726/19 przy dokonywaniu oceny realności i rentowności ceny ofertowej, w zakresie kosztów pracy należy brać pod uwagę nie tylko stawkę roboczogodziny, co rzeczywiste koszty pracy ponoszone przez wykonawcę i przyjęte przez niego przy kalkulowaniu zaoferowanej ceny.

W dniu 13 kwietnia 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 17 kwietnia 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Gniewińskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Gniewinie, Osiedle Kaszubskie 7 lok. 6 wnosząc o oddalenie odwołania.

Wskazał, że interes przystępującego w przystąpieniu po stronie zamawiającego polega na tym, że jego oferta została wybrana w postępowaniu w cz. I i II, od czego odwołał się odwołujący, żądając nakazania odrzucenia oferty przystępującego. A zatem przystępujący posiada interes w rozpoznaniu odwołania na korzyść zamawiającego, gdyż rozstrzygnięcie sprawy na korzyść zamawiającego i oddalenie odwołania prowadzi do utrzymania wyboru jego oferty i uzyskania przez przystępującego zamówienia. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 kwietnia 2023 r. udzielonego przez prezesa zarządu stowarzyszenia, ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

W dniu 25 kwietnia 2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

W ocenie zamawiającego zarzuty odwołania są błędne. Gniewińskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe złożyło wyjaśnienia sposobu obliczenia swojej oferty, a dane i informacje wskazane w tych wyjaśnieniu wykazały, iż cena oferty nie jest rażąco niska. Nie narusza też przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Zamawiający trakcie badania oferty Gniewińskiego Wodnego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego w dniu 30.03.2023r. wezwał ww. wykonawcę na podstawie art. 224 ust. 1 PZP do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub innych istotnych części składowych. Zamawiający przytoczył treść wyjaśnień przystępującego z dnia 4 kwietnia 2023 r.

Analizując te wyjaśnienia wykonawcy zamawiający dokonał zestawienia ww. argumentów z wymogami SIWZ, istotnych postanowień umowy oraz przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Uwzględnił także dowody, oświadczenia i wyliczenia przedstawione przez Gniewińskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe na rozprawie w dniu 4 marca 2023r. w sprawie KIO 485/23. Przedstawia to poniższe zestawienie:

1. Zatrudnienie 6 ratowników wodnych na podstawie umów o pracy na % etatu w okresie 01.01.2023r. - 30.06.2023r. Koszt 1 ratownika w skali miesiąca wynosi 2.102,38 zł brutto (jest to kwota wynagrodzenia z uwzględnieniem składek obciążających Pracodawcę). 6 ratowników x 2.102,38 zł brutto = 12 614,28 zł brutto w skali 1 miesiąca.

$12\ 614,28\ \text{zł} \times 6\ \text{m-cy} = 75\ 658,68\ \text{zł} / 3024\ \text{h}$  tj. (  $84\ \text{h} \times 6\ \text{ratowników} \times 6\ \text{m-cy} = 3024\ \text{h}$ ).

2. Zatrudnienie 6 ratowników wodnych na podstawie umów o pracy na % etatu w okresie 01.07.2023r. - 31.12.2023r. Koszt 1 ratownika w skali miesiąca wynosi 2.168,64 zł brutto (jest to kwota wynagrodzenia z uwzględnieniem składek obciążających Pracodawcę).  $6\ \text{ratowników} \times 2.168,64\ \text{zł}\ \text{brutto} = 13\ 011,84\ \text{zł}\ \text{brutto}$  w skali 1 miesiąca.  $13\ 011,84\ \text{zł} \times 6\ \text{m-cy} = 78\ 071,04\ \text{zł} / 3024\ \text{h}$  tj. (  $84\ \text{h} \times 6\ \text{ratowników} \times 6\ \text{m-cy} = 3024\ \text{h}$ ).

3. Koszt zatrudnienia pozostałych ratowników zatrudnionych na umowę zlecenie ze statutem studenta do 26 roku życia za okres 01.01.2023 r. - 30.06.2023 r. wynosi:

$7\ 500\ \text{h} - 3024\ \text{h} = 4\ 476\ \text{h}$ .

$4\ 476\ \text{h} \times 22,80\ \text{zł/}\ \text{brutto} = 102\ 052,80\ \text{zł}$ .

4. Koszt zatrudnienia pozostałych ratowników zatrudnionych na umowę zlecenie ze statutem studenta do 26 roku życia za okres 1.07.2023 r. - 31.12.2023 r. wynosi:

$7500\ \text{h} - 3024\ \text{h} = 4476\ \text{h}$ .

$4\ 476\ \text{h} \times 23,50\ \text{zł/}\ \text{brutto} = 105\ 186,00\ \text{zł}$ .

5. Zatem wyliczenie kosztów zatrudnienia wszystkich ratowników za okres 01.01.2023 r. 31.12.2023 r. wynosi  $75\ 658,68\ \text{zł} + 78\ 071,04\ \text{zł} + 102\ 052,80\ \text{zł} + 105\ 186,00\ \text{zł} = 360\ 968,52\ \text{zł}$

6. Cena jednej oferty wynosiła : 402 000,00 zł.

Mając powyższe na uwadze kwota zaproponowana w ofercie wykonawcy tj. Gniewińskiego Wodnego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego nie jest rażąco niska Natomiast argumenty i informacje wskazane w wyjaśnieniach, uwzględniając obowiązujące przepisy podatkowe, z zakresu ubezpieczeń społecznych, o działalności socjalnej, etc. wskazują na przeprowadzenie kalkulacji kosztów w sposób właściwy.

Zamawiający uznał ponadto za wystarczające dowody i wyjaśnienia oraz oświadczenia złożone w odpowiedzi na wezwanie do wykazania, iż cena ofert nie jest rażąco niska. Uzupełniały one wiedzę zamawiającego, w tym o treści ww. przepisów. Ponadto na obecnym etapie postępowania (prawie cztery miesiące po przewidywanym terminie rozpoczęcia świadczenia usługi — trudno wymagać od oferenta przedstawienia dowodów np. w postaci umów zawartych z potencjalnymi wykonawcami. Na etapie kształtowania oferty (listopad 2022r.) zawarcie takich umów nie było konieczności. Stąd za wystarczające należy uznać przedstawione oświadczenia i informacje.

Zamawiający zajął też stanowisko, iż przytoczony przez odwołującego dowód w postaci ogłoszenia na OLX o woli zawarcia umów zleceń przez Gniewińskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe potwierdza wyjaśnienia ww. wykonawcy. Przewiduje on zatrudnianie ratowników wodnych na ww. umowy (co nie jest zabronione w świetle SIWZ

i istotnych postanowień umownych), a poszukuje ich na popularnym dla młodych ludzi (studentów) portalu internetowym.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ, wezwania do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 30 marca 2023 r., udzielonych wyjaśnień z dnia 4 kwietnia 2023 r. wraz z załącznikami oraz dowodów złożonych na rozprawie przez odwołującego i przystępującego, oraz dowodu z protokołu postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 485/23.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający co do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę zawarł następujące postanowienia:

#### **V. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA**

1. Przedmiotem zamówienia jest obsługa krytych pływalni położonych w Bydgoszczy:

- 1) I część zamówienia przy ul. Kromera 11,
- 2) II część zamówienia przy ul. Pijarów 4,

w zakresie ratownictwa wodnego, na warunkach określonych w swz i załącznikach.

Zamawiający podzielił zamówienie na 2 części. Każda część stanowić będzie odrębną część zamówienia.

#### **XXVI. WYMAGANIA W ZAKRESIE ZATRUDNIENIA NA PODSTAWIE STOSUNKU PRACY, W OKOLICZNOŚCIACH O KTÓRYCH MOWA W ART. 95 UPZP**

1. Wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1040, 1043 i 1495) obejmują następujące rodzaje czynności:

1) Zamawiający stosownie do art. 95 ustawy Pzp (zatrudnienie na podstawie umowy o pracę) wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 roku Kodeks Pracy (Dz.U. z 2019 r., poz. 1040), polegających na świadczeniu usług ratownictwa wodnego,

2. Czynności w zakresie usługi ratownictwa wodnego będą wykonywały osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę, tj. co najmniej 6 osób dla danej Części (I i II).

Szczegółowe wymagania dotyczące realizacji oraz egzekwowania wymogu zatrudnienia

na podstawie stosunku pracy zostały określone we wzorze umowy stanowiącej Załącznik nr 6 do SWZ.

3. Wymagania, o których mowa w ust. 1 oraz sposób dokumentowania zatrudnienia tych osób i uprawnienia Zamawiającego w zakresie kontroli spełnienia przez Wykonawcę wymagań oraz sankcji z tytułu ich niespełnienia zostały określone we wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 6 do SWZ.

4. Obowiązki Wykonawcy lub Podwykonawcy związane z wymogiem zatrudnienia na podstawie umowy o pracę oraz kary umowne związane z niewykonaniem obowiązków nałożonych na Wykonawcę lub Podwykonawcę w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę reguluje umowa.

5. Wykonawca przedłoży Zamawiającemu wskazane poniżej dowody w celu potwierdzenia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub Podwykonawcę osób wykonujących czynności wskazane w ust. 1:

Oświadczenie Wykonawcy lub Podwykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, których dotyczy wezwanie Zamawiającego. Oświadczenie to powinna zawierać w szczególności: dokładne określenie podmiotu składającego oświadczenie, datę złożenia oświadczenia, wskazanie, że objęte wezwaniem czynności wykonują osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę wraz ze wskazaniem liczby tych osób, rodzaju umowy o pracę i wymiaru etatu oraz podpis osoby uprawnionej do złożenia oświadczenia w imieniu Wykonawcy lub Podwykonawcy.

6. Niezłożenie przez Wykonawcę lub Podwykonawcę w wyznaczonym terminie przez Zamawiającego oświadczenia traktowane będzie jako niespełnienie przez Wykonawcę lub Podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wskazane w ust. 6 Specyfikacji Warunków Zamówienia dla postępowania prowadzonego w trybie art. 275 pkt 1 ustawy p.z.p. (tryb podstawowy bez negocjacji)

7. Pozostałe szczegółowe wymagania dotyczące realizacji oraz egzekwowania wymogu zatrudnienia na podstawie stosunku pracy zostały określone we wzorze umowy oraz Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącymi odpowiednio Załącznik nr 6 oraz Załącznik nr 7 do SWZ.

Z załącznika nr 6 wzór umowy wynika, że:

## § 1

1. W ramach przedmiotu umowy Wykonawca zobowiązuje się do pełnienia dyżuru ratowniczego zawsze przez co najmniej ..... ratowników w godzinach otwarcia obiektu pływalni \*.....

2. Do realizacji usługi zostaną skierowani ratownicy wymienieni w wykazie załączonym do umowy. Wykaz będzie podlegał aktualizacji w razie zaistnienia takiej potrzeby.

Zmiana/ aktualizacja wykazu wymaga zgody Zamawiającego. W wykazie każdorazowo będą ujęte osoby, które spełniają warunki określone w SWZ.

#### TERMIN REALIZACJI

##### § 2

1. Umowa zostaje zawarta na okres od dnia 01.01.2023r. do dnia 31.12.2023 r., z zastrzeżeniem ustępu poniższego.

#### UPRAWNIENIA I OBOWIĄZKI WYKONAWCY

##### § 3

3. Wykonawca skieruje do realizacji usługi ratowników posiadających aktualne, wymagane prawem, uprawnienia oraz posiadających ważną książeczkę badań dla celów sanitarno-epidemiologicznych, jeżeli wymagają tego przepisy.

4. Osoby, o których mowa w ust. 3 będą zatrudnione przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę, zgodnie z postanowieniami ust. 23 i nast.

8. Wykonawca wyznaczy koordynatora ratowników poprzez wpis w Dzienniku Pracy Ratowników.

23. Osoby wykonujące czynności: ratownika wodnego, koordynowania pracy ratowników, układania grafików pracy, sprawowania nadzoru nad prawidłowym prowadzeniem dokumentacji przez ratowników będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub podwykonawcę.

24. Dokumentowanie spełnienia obowiązku zatrudnienia na umowę, o którym mowa w ust. 23 odbędzie się w następujący sposób:

1) w terminie 7 dni od daty przystąpienia do realizacji usługi Wykonawca złoży oświadczenie

o ilości osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę przez siebie lub podwykonawców. Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia nowego oświadczenia w każdym przypadku zmiany stanu faktycznego co do ilości osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę wykonujących czynności wymienione w ust. 23.

2) na wezwanie Zamawiającego, na każdym etapie realizacji przedmiotu umowy, Wykonawca złoży:

a) wykaz osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę przez siebie lub podwykonawcę wraz ze wskazaniem rodzaju umowy o pracę, wymiaru czasu pracy i czynności wykonywanych przez poszczególne osoby,

b) poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię umowy o pracę zatrudnionego pracownika,

c) inne dokumenty w tym druki RCA dot. każdego z pracowników (zanonimizowane, zawierające dane pracodawcy, imię i nazwisko pracownika, wymiar czasu pracy).

#### WYNAGRODZENIE



## § 5

1. Wynagrodzenie, na dzień podpisania umowy wynosi

1) \*Pływania przy ul. Kromera 11: ..... zł brutto .....

Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 zostało ustalone w oparciu o następujące dane:

.....roboczogodzin dyżurów ratowniczych x cena ..... zł netto za 1 roboczogodzinę dyżuru ratownika, zgodnie z ofertą złożoną przez Wykonawcę,

2) \*Pływania przy ul. Pijarów 4: ..... zł brutto .....

Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 zostało ustalone w oparciu o następujące dane:

.....roboczogodzin dyżurów ratowniczych x cena ..... zł netto za 1 roboczogodzinę dyżuru ratownika, zgodnie z ofertą złożoną przez Wykonawcę,

2. Ilości roboczogodzin wskazane w ust. 1 nie są zobowiązaniem Zamawiającego, rozliczenie będzie następowało na podstawie ilości roboczogodzin dyżurów ratowniczych w danym okresie rozliczeniowym, na zasadach wskazanych w ust. 3 i 4.

15. Zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów (paliwa) lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (koszty wynagrodzenia pracowników) zgodnie z art. 439 uPzp Zamawiający określa na poziomie do 5% wartości zamówienia.

16. Sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia:

1) koszt paliwa zgodnie ze wskaźnikiem ogłaszany w Komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego na dzień 15-ty miesiąca po zakończonym kwartale w 2023 r.

2) koszt wynagrodzenia pracowników po 15 lipca 2023 r.

KARY UMOWNE

## § 6

1. Zamawiający może naliczyć i obciążyć Wykonawcę karami umownymi:

3) w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w następujących przypadkach i wysokościach:

d) 0,2% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1 umowy za każdy stwierdzony przypadek wykonywania przedmiotu umowy przez osobę, która nie jest zatrudniona przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę;

Zamawiający w formularzu ofertowym wymagał podania ceny netto za 1 godzinę dyżuru ratownika (zł netto/h) i jej przemnożenia przez szacowaną ilość godzin dyżurów ratowniczych w okresie obowiązywania umowy w ilości 15000h na jedno zadanie

Szacowana ilość godzin dyżurów w ramach umowy. Ilość wskazana dla celów porównania ofert i nie stanowi zobowiązania Zamawiającego. Rozliczenie będzie

następować miesięcznie na podstawie zrealizowanych godzin dyżurów ratowników w danym miesiącu kalendarzowym.

Przystępujący w formularzu ofertowym podał za oba zadania jednakową stawkę 26,80zł. Netto i po przemnożeniu przez 15 000 h otrzymał wartość 402 000zł. Za każde zadanie.

W dniu 30 marca 2023 r. zamawiający wykonując wyrok Izby z dnia 10 marca 2023 r. sygn. akt KIO 483/23 wezwał przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy:

W wyjaśnieniach zamawiający oczekiwał wykazania, co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. To oznacza, że wykonawca zobowiązany był przedstawić dowody, świadczące o tym, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zaoferowanie niskiej ceny usprawiedliwiać mogą cechy i okoliczności zindywidualizowane, właściwe dla konkretnego wykonawcy, ale muszą mieć one charakter obiektywny. Nie może to być polityka cenowa firmy czy chęć podjęcia długoterminowej współpracy. Składając wyjaśnienia wykonawca w szczególności miał obowiązek udzielić wyjaśnień w zakresie wskazanym w art. 224 ust. 3 tj.:

- 1) świadczonych usług,
- 2) wyjątkowo korzystnych warunków usług,
- 3) oryginalności usług 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; Dziennik Ustaw – 67 – Poz. 2019
- 5) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Wskazane przez wykonawcę czynniki wpływające na obniżenie zaoferowanej ceny lub kosztu muszą charakteryzować się cechą wyjątkowości dostępnej dla danego wykonawcy. Wykonawca, podając konkretne przykłady musi je dokładnie opisać i wskazać, jak wpływają one na obniżenie ceny oferty. Jednocześnie przykłady te nie mogą polegać na wskazaniu niskich cen, lecz na wyjaśnieniu i załączeniu dowodów, jakim sposobem ww. wykonawca ma możliwość zaoferowania takich cen.

Istotne jest, aby wykonawca wykazał, iż dzięki temu może różnić się od innych wykonawców, którym takie akurat czynniki nie są dostępne. Jeżeli cecha właściwa

danemu wykonawcy jest bez trudu dostępna dla innych wykonawców, nie może być mowy o szczególnych okolicznościach pozwalających na zaoferowanie niskiej ceny, a to oznacza, że muszą to być okoliczności i dowody obiektywnie właściwej wyjątkowe tylko dla wykonawcy proponującego niską cenę.

W dniu 4 kwietnia 2023 r. przystępujący wyjaśnił, że:

„W pierwszej kolejności Wykonawca oświadcza, że podtrzymuje swoje stanowisko w sprawie przedstawionej Zamawiającemu w ofercie ceny oraz ceny za jedną roboczogodzinę brutto 26,80 zł i oświadcza, że zaproponowana kwota jest należycie skalkulowana i została skonstruowana przy uwzględnieniu zaistniałych korzystnych dla Wykonawcy przesłanek, omówionych poniżej, które pozwalają na zaoferowanie wykonania zadania objętego ofertą w sposób prawidłowy, zawierają wszystkie składniki oraz koszty niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia w zakresie określonym w SWZ, w szczególności z uwzględnieniem planowanego zysku Wykonawcy, co wyklucza tezę o możliwości zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca podkreśla również, że nie zachodzą w stosunku do niego przesłanki domniemania rażąco niskiej ceny, gdyż cena stanowi ok. 86% średniej arytmetycznej, a równocześnie ok. 76% kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia.

Biorąc pod uwagę, że Wykonawca od początku swojej działalności świadczył wiele usług na rzecz podmiotów zarówno publicznych jak i prywatnych bez jakichkolwiek negatywnych konsekwencji w kwestii ewentualnej złej kalkulacji oferty, uznaje, że jest w stanie w sposób profesjonalny i rzetelny wyliczyć koszty danego zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO 485/23 z dnia 10 marca 2023 wskazała, że różnica w wysokości zaoferowanej przez Wykonawcę ceny jednostkowej 26,80 zł do ceny 33,30 zł uzasadnia przyjęcie, że cena w ofercie Wykonawcy znacząco odbiega od cen określonych w innych ofertach. Jednocześnie Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że wykonanie przedmiotowego zamówienia w każdej z części zamówienia nie wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę- poza osobami wykonującymi czynności ratownika wodnego- osoby wykonującej czynności koordynowania pracy ratowników, a z kolei te osoby nie muszą być zatrudnione w pełnym wymiarze czasu pracy.

Wykonawca przy kalkulowaniu ceny oferty zakładał, że ratownik będzie równocześnie koordynatorem, co znajduje stosowne uzasadnienie, gdyż taka osoba w czasie koordynacji znajduje się na miejscu i ma bieżącą kontrolę sytuacji na pływalni. Równocześnie koszt koordynatora jest równocześnie kosztem zatrudnienia ratownika,

co pozwala na niedublowanie kosztów. Każdy z ratowników zgadza się na pełnienie w ramach obowiązków umownych w ramach zadania również na pełnienie obowiązków koordynatora.

Dowód: oświadczenie Zarządu co do zawarcia w umowie o pracę odpowiedniego zapisu Założony przez Wykonawcę koszt zatrudnienia ratownika w przeliczeniu na 1 godz. to 25,02 zł (do 30 czerwca b.r.) i 25,82 zł (od 1 lipca b.r.), przy czym podkreślić należy, że w projektowanych postanowieniach umowy przewidziano możliwość waloryzacji wynagrodzenia na podstawie zmiany wynagrodzenia minimalnego od 15 lipca 2023 r. o max 5% , z czego wykonawca zamierza skorzystać w związku ze zmianą wynagrodzenia minimalnego od lipca 2023.

Zakładając więc nawet stawki godzinowe wyliczone przez Izbę w uzasadnieniu wyroku na 25,13 zł (do 30 czerwca) i 25,92 zł (od 1 lipca), nadal stawka zaoferowana przez wykonawcę 26, 80 zł (która po 15 lipca może być zwaloryzowana o 5% czyli do 28,14 zł, co – jak wskazano wyżej- wynika z treści projektowanych postanowień umowy, a zatem wykonawca może założyć, że to nastąpi) jest wyższa i pozwala pokryć koszty oraz zawiera zysk.

Jak wskazała Izba w wyroku, wartość kosztów, 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 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, gdzie stawka godzinowa dotyczy tak zlecenia, jak i umowy o pracę, dla której nie ma przeszkód w ustaleniu wynagrodzenia stawką godzinową, co wynika m.in. z art. 81 § 1 Kodeksu Pracy.

Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r.:

- od dnia 1 stycznia 2023 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3490 zł i minimalną stawkę godzinową w wysokości 22,80 zł;
- od dnia 1 lipca 2023 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3600 zł i minimalną stawkę godzinową w wysokości 23,50 zł (przy czym od 15 lipca istnieje możliwość waloryzacji wynagrodzenia umownego na tej podstawie).

1- W § 5 ust. 15 i 16 PPU:

1. Zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów (paliwa) lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (koszty wynagrodzenia pracowników) zgodnie z art. 439 uPzp Zamawiający określa na poziomie do 5% wartości zamówienia.

2. Sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia (...):

2- koszt wynagrodzenia pracowników po 15 lipca 2023 r.

Jak wskazano powyżej, pracownik zatrudniony na podstawie umowy o pracę może być wynagradzany w różny sposób. Przepisy wskazują możliwość ustalenia z pracownikiem różnych systemów wynagradzania - stałe, godzinowe, prowizyjne, akordowe. Pracodawca, u którego ma zastosowanie godzinowy system wynagradzania ma obowiązek ustalić wynagrodzenie z zachowaniem minimalnej stawki godzinowej.

Minimalna stawka godzinowa w rzeczywistości nie jest stała w każdym miesiącu i zależy od dwóch czynników:

- od liczby godzin do przepracowania w miesiącu,
- od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego w danym roku.

Stawki godzinowe dla poszczególnych miesięcy w rzeczywistości są zróżnicowane i w większości miesięcy są nominalnie niższe niż stawka podstawowa, określona rozporządzeniem (co wynika z większej liczby godzin pracy w danym miesiącu), a stanowią podstawę naliczenia wynagrodzenia w danym miesiącu (które na potrzeby kalkulacji wynagrodzenia wykonawca przyjął w wysokości jednakowej, nie niższej niż stawka minimalna).

Wykonawca nie wliczał do wynagrodzenia kosztów świadczenia urlopowego ani uczestnictwa w PPK, biorąc pod uwagę, że zatrudnieni już ratownicy nie uczestniczą w PPK (dowód- oświadczenie Zarządu). W pozostałym zakresie zamówienie będzie obsługiwane ratownikami młodymi do 26 r. życia, zatrudnionymi wg stawki godzinowej, dla których stawka brutto = stawka netto z uwagi na zwolnienie z podatku dochodowego na podstawie obowiązujących przepisów o podatku dochodowym.

Dowód: wydruk ze strony <https://www.gov.pl/web/finanse/bez-pit-dla-mlodych> broszura MF zerowy PIT dla młodych

Jest to rozwiązanie atrakcyjne dla wykonawcy i dla zatrudnianych studentów, gdyż pozwala w sposób elastyczny dostosować grafik do zajęć na uczelni.

Wykonawca w tej chwili zatrudnia na obsługiwanych obiektach w ten sposób 32 studentów/osoby uczące się do 26 r.ż., a biorąc pod uwagę zaplecze uniwersyteckie Bydgoszczy (ok. 40 000 studentów), jest w stanie uzyskać co najmniej kilkunastu takich pracowników, co z zapasem pozwoli zapewnić godziny wykonania zamówienia przy pracownikach miejscowych, nie wymagających pokrycia dodatkowych kosztów dojazdu.

Uczelni wyższych w Bydgoszczy jest 8 i stanowi to bardzo duży potencjał do zatrudnienia ratowników na potrzeby wykonania zamówienia:

BYDGOSKA SZKOŁA WYŻSZA

UNIwersytet KAZIMIERZA WIELKIEGO

AKADEMIA KUJAWSKO-POMORSKA W BYDGOSZCZY

WYŻSZA SZKOŁA GOSPODARKI (WSG) W BYDGOSZCZY

WYŻSZA SZKOŁA INFORMATYKI I UMIEJĘTNOŚCI (WSINF) W ŁODZI - WYDZIAŁ

ZAMIEJSCOWY W BYDGOSZCZY

WYŻSZA SZKOŁA NAUK O ZDROWIU (WSNOZ) W BYDGOSZCZY

WYŻSZA SZKOŁA BANKOWA (WSB ) W BYDGOSZCZY

POLITECHNIKA BYDGOSKA IM. JANA I JĘDRZEJA ŚNIADECKICH

Dowód: wydruk ze strony <https://www.uczelnie.pl/miasto/bydgoszcz/> wydruk ze strony <https://informatorszkolny.com/miasto/studia-bydgoszcz/>

Wykonawca opiera się już w kilku zamówieniach na tym systemie zatrudnienia, pozwalającym znacząco obniżyć koszty i elastycznie obsadzać grafiki, i także przed złożeniem niniejszej oferty wykonał rozeznanie rynku tj. przy okazji obsługi ratowniczej świadczonej na innym obiekcie basenowym w Bydgoszczy, identyfikując co najmniej 15 studentek i studentów, posiadających uprawnienia ratownika wodnego i wyrażających wolę pracy dorywczej na godziny w ramach wykonania zadania.

Jest to sposób zagwarantowania obsady zadania, który pozwala wykonawcy na konkretne oszczędności w stosunku do kosztów zatrudnienia pracowników powyżej 26 roku życia, a równocześnie gwarantujący atrakcyjną formę zatrudnienia i zachowanie wymaganych przepisami minimalnych warunków zatrudnienia.

Ponadto zadanie będzie wykonywane przez 6 ratowników (po 1/2 etatu) dla każdej części zadania, również na miejscu w Bydgoszczy, a zatem bez konieczności ponoszenia kosztów dojazdu i diet. Wykonawca zatrudnia już te osoby.

Ewentualne koszty dodatkowe tj. np. koszty wizyt u Zamawiającego zostaną pokryte z zysku.

Wykonawca posiada stroje oraz sprzęt własny- nie ponosi dodatkowych kosztów.

Przy wartości kontraktu : 804.000,00 zł planowany zysk w skali każdego zadania to w skali roku łącznie 95.770,00 zł.

Wykonawca nie ponosi kosztów zakwaterowania ani wyżywienia pracowników, ponieważ pokrywają oni to we własnym zakresie jako pracownicy zamieszkujący na miejscu.

Nadto dodać należy, iż Wykonawca korzysta ze zwolnienia z podatku dochodowego od uzyskanego przychodu na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o CIT. Dochód/zysk przeznaczony i wydatkowany jest na cele statutowe stowarzyszenia. Ponadto Wykonawca nie prowadzi działalności gospodarczej.

Na potwierdzenie prowadzenia wzorowej polityki zarządzania stowarzyszeniem Wykonawca przedkłada sprawozdanie finansowe za ubiegły- 2022 rok, w którym osiągnięto zysk w kwocie netto 176.932,32 zł oraz przychód w kwocie 2.150.793,61 zł.

Dowód: bilans za 2022, rachunek zysków i strat za 2022

Podsumowując, uznać należy, że Wykonawca przedstawił oraz wykazał jakie konkretnie okoliczności zdecydowały o możliwości uzyskania oszczędności.

Kalkulacja ceny jednostkowej jak i łącznie wynagrodzenia została dla obu przypadków wykonana właściwie, uwzględniając wszystkie składniki cenotwórcze mające wpływ na jej wysokość z założeniem osiągnięcia przez wykonawcę zysku, co jednoznacznie wyklucza rażąco niską cenę.

Jednocześnie Wykonawca zastrzega na postawie art. 18 ust. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych, że treść niniejszego pisma wraz z wszystkimi załącznikami stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Treść niniejszych wyjaśnień i załączniki wymagają zastrzeżenia, ponieważ mogą stanowić źródło informacji dla podmiotów zewnętrznych w tym: sposób i metody kalkulacji ceny, wysokość czynników cenowych, poziom zysku itp., a dane te są ściśle chronione i nie są ujawniane do wiadomości podmiotów zewnętrznych, konkurencyjnych ani do wiadomości ogólnej. Informacje przedstawione Zamawiającemu stanowią indywidualny dorobek know-how

Wykonawcy i mogą być poszukiwane na rynku przez podmioty konkurencyjne, aby zagrozić pozycji konkurencyjnej Wykonawcy.

Przystępujący jako dowody przedstawił:

1. oświadczenie Zarządu:

Zarząd Gniewińskiego Wodnego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego oświadcza, iż w umowach o pracę/umowach cywilnoprawnych zawieranych z ratownikami wodnymi widnieje zapis o następującym brzmieniu: "Ratownik wodny podczas wykonywania obowiązków wynikających z zawarcia niniejszej umowy wyraża zgodę na pełnienie czynności koordynatora ratowników wodnych, bez dodatkowego wynagrodzenia, po wcześniejszym mianowaniu go koordynatorem przez Pracodawcę/Zleceniodawcę".

2. ulotkę Ministerstwa Finansów o zerowym PIT dla młodych

3. oświadczenie zarządu:

Zarząd Gniewińskiego Wodnego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego oświadcza, iż pracownicy zatrudnieni przez podmiot nie uczestniczą w Pracowniczym Planie Kapitałowym.

4. wydruk ze strony internetowej uczelnie.pl, z której wynika, że w Bydgoszczy jest 8 uczelni.

5. bilans wraz z rachunkiem zysków i strat przystępującego na dzień 31 grudnia 2022, z którego wynika, że w roku 2022 prowadzona przez przystępującego działalność przyniosła zysk prawie 180 tys. złotych.

Dowody złożone na rozprawie:

– przez odwołującego:

– Kalkulacja wykonawcy Gniewińskiego Wodnego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego – bezsporne, że była złożona jako dowód w postępowaniu odwoławczym w sprawie sygn. akt KIO 485/23 i nie była składana zamawiającemu dodatkowo przy wyjaśnieniach z dnia 4 kwietnia 2023 r. - z kalkulacji tej wynika, że przystępujący wyliczył ilość godzin pracy ratowników (przy założeniu 6 ratowników) w wymiarze 1/2 etatu przy przeciętej liczbie godzin w miesiącu 168 na 504 h miesięcznie, czyli 3024 godziny w okresie 6 miesięcznym. Jednocześnie przystępujący mimo że obliczał swoje koszty w dwóch okresach półrocznych tj. od 01.01.2023 do 30.06.2023 i 01.07.2023 do 31.12.2023, to ilość godzin w okresie półrocznym realizowana przez ratowników wodnych ze statusem studenta do 26 roku życia obliczył przy założeniu ilości godzin obliczonej przez odjęcie od szacowanej ilości godzin przez zamawiającego przez okres 1 roku tj. 15 000 - ilości godzin ratowników na umowę o pracę w okresie rocznym tj. 3024. Co więcej sumując koszt pracy ratowników na umowę o pracę i ratowników o nieustalonym w kalkulacji sposobie zatrudnienia, ale do 26 roku życia, dodał te wartości, a następnie je odjął od całkowitej ceny ofertowej za całe jedno zadanie to jest od 402 000zł. W taki sam sposób przystępujący postąpił przedstawiając wyliczenia po wzroście minimalnego wynagrodzenia to jest od 1 lipca 2023 r. Tym samym jego obliczenia są obarczone błędami, a nadto z kalkulacji tej nie wynika, dlaczego odwołujący przyjął jako minimalny koszt pracodawcy stawkę 25,02 w pierwszym półroczu 2023 i stawkę 25,82 w drugim półroczu. Nie można też ustalić, w jaki sposób przystępujący zamierzał zatrudnić studentów i dlaczego przyjął stawki godzinowe dla umowy zlecenia, a nie umowy o pracę. Z kalkulacji tej nie wynika również dlaczego, jeśli przystępujący założył umowę o pracę ze studentami, to uznał, że takie umowy nie podlegają ozusowaniu. Izba oceniła, że dowód ten nie potwierdza prawidłowości obliczenia ceny przez przystępującego, ani realności zaoferowanej ceny, gdyż przede wszystkim obarczony jest licznymi błędami i nie przedstawia sposobu kalkulacji stawek jednostkowych przyjętych przez przystępującego. Natomiast dowód ten potwierdza, że sposób kalkulacji ceny ofertowej budził wątpliwości i wymagał wyjaśnień.

– Kalkulatory kosztów płacowych roboczogodziny pracy pracowników ochrony rok 2023 pierwsze i drugie półrocze – Izba oceniła te dowody jako nie mające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż przede wszystkim nie odnoszą się one do złożonych wyjaśnień przystępującego. Wbrew wyjaśnieniom przystępującego z dnia 4 kwietnia 2023 r. uwzględniają świadczenia urlopowe i koszt pracowniczych planów kapitałowych, co więcej nie jest ustalone jaka składkę wypadkową odprowadza przystępujący. Z tego względu nie można było uznać, że kalkulacja stawki minimalnej odzwierciedla rzeczywisty narzut przystępującego wynikający z wyjaśnień.



- Wyliczenie minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano-montażowych w Polsce w I i II połowie roku 2023 – Izba oceniła ten dowód jako nieprzydatny dla rozstrzygnięcia, gdyż nie odnosi się do złożonych przez przystępującego wyjaśnień. Uwzględniła wbrew oświadczeniu przystępującego narzuty związane z urlopem, ale także Fundusz Emerytur Pomostowych, ekwiwalent za odzież roboczą, co do której przystępujący oświadczył, że ją posiada i nie ponosi kosztów z tego tytułu, ekwiwalent za pranie, koszty badań lekarskich.
- Przez przystępującego:
  - umowa nr 29/2023 Izba oceniła, że par. 3 ust. 3, 4, 8, 23, 24, par. 5 ust. 1, 2 i 3 w części w jakiej nie konkretyzują wynagrodzenia oraz par. 6 ust. 1 pkt. 3 lit d poza wysokością kary – są uregulowane w sposób identyczny jak w załączniku nr 6 w tej sprawie, również przedstawiona stawka godzinowa odpowiada zaoferowanej w badanej sprawie, jednak umowa ta nie dowodzi, że stawka ta została ustalona zgodnie z warunkami SWZ oraz w sposób uwzględniający minimalne wynagrodzenie za pracę.
    - Umowy zlecenia załączone do umowy nr 29/2023 Izba w żadnej z nich nie odnalazła treści: "Ratownik wodny podczas wykonywania obowiązków wynikających z zawarcia niniejszej umowy wyraża zgodę na pełnienie czynności koordynatora ratowników wodnych, bez dodatkowego wynagrodzenia, po wcześniejszym mianowaniu go koordynatorem przez Pracodawcę/Zleceniodawcę", natomiast ustaliła, że pierwsza z załączonych umów dotyczyła okresu 06.02.2023 do 31.12.2023 i przewidywała stawkę 22,80zł., druga z załączonych umów dotyczyła okresu 09.02.2023 do 31.12.2023 i przewidywała stawkę 24,18zł , trzecia, czwarta, piąta z załączonych umów dotyczyła okresu 01.03.2023 do 31.12.2023 i przewidywała stawkę 22,80zł, szóstą i siódmą z załączonych umów dotyczyła okresu 01.04.2023 do 31.12.2023 i przewidywała stawkę 22,80zł, ósma z załączonych umów dotyczyła okresu 06.02.2023 do 31.12.2023 i przewidywała stawkę 24,18zł W ocenie Izby z tych dowodów wynika, że w pierwszym półroczu 2023 możliwe było zawarcie umów zleceń z ratownikami ze stawkami 22,80 i 24,18zł. Jednak z tych dowodów nie sposób ustalić, czy zleceniobiorcy byli studentami do 26 roku życia i czy przystępujący w związku z ich zatrudnieniem ponosił inne koszty zatrudnienia niż stawka godzinowa. Izba ustaliła, że co najmniej w dwóch przypadkach stawka godzinowa pracownika przekraczała 22, 80zł, ale także założone w drugim półroczu 23,50 zł. według kalkulacji złożonej w sprawie KIO 485/23. Tym samym dowody te nie dowodzą w ocenie Izby w sposób jednoznaczny, że zatrudnienie studenta wiąże się z kosztem 22,80 w pierwszym półroczu 2023 i 23, 50 w drugim.

- Zestawienie osób zatrudnionych na podstawie umów o pracę na pływalni krytej przy ul. Pijarów 4 w Bydgoszczy – dowód ten nie wiąże się ani ze spornym postępowaniem, ani z umową nr 29/2023, choćby z tego powodu, że okresy projektowanej i realizowanej umowy się nie pokrywają. Nadto dowód ten wskazuje na koszty przystępującego, ale nie dowodzi ich realności.
- Oświadczenie przystępującego z dnia 31 marca 2023 – wedle oświadczenia przystępującego z rozprawy złożone w postępowaniu z wolnej ręki – nie dotyczy w ocenie Izby okoliczności istotnych w tym postępowaniu, gdyż Izba nie ocenia, czy zamawiający w postępowaniu „incydentalnym” skutkującym zawarciem umowy nr 29/2023 zachował się w sposób zgodny z jej postanowieniami, to wykracza poza granice sporu.
- Protokół z dnia 8 marca 2023 r. w sprawie sygn. akt KIO 483/23 - z protokołu wynika, że przystępujący oświadczył, że stawka godzinowa określona w rozporządzeniu o minimalnym wynagrodzeniu dotyczy także umów o pracę, więc przyjęcie stawki wskazanej w kalkulacji nie świadczy o chęci zatrudnienia na umowę zlecenie. W przypadku zatrudnienia studenta stawka netto jest stawką brutto, której przystępujący nie musi ubruttawiać. Koordynatorem ratowników może być codziennie inna osoba. Z § 3 projektu umowy wynika, że jego jedynym zadaniem jest koordynowanie pracy ratowników, może to być jeden z ratowników. Przystępujący nie musiał więc dodatkowo uwzględniać wynagrodzenia koordynatora, jak czyni to odwołujący w kalkulacji. Zamawiający z kolei oświadczył, że nie wykluczał zatrudnienia w inny sposób niż umowa o pracę.

Izba nie dopuściła jako dowodu w sprawie wyroku Izby wydanego w sprawie sygn. akt KIO 485/23, gdyż w ocenie Izby nie może być on dowodem w sprawie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. Przystępujący oczekiwał dopuszczenia tego dowodu w związku z tym, że Izba w sprawie KIO 485/23 przyjęła, że niezależnie od tego czy obliczyć koszt pracowników kalkulacją przystępującego, czy sposobem przedstawionym przez Izbę wystąpi zysk. Jednak powodem powzięcia wątpliwości przez Izbę, co do realności ceny przystępującego, była znacząca różnica pomiędzy zyskiem przez niego wskazanym, a wynikającym z wyliczeń Izby. Trzeba wziąć tu pod uwagę, że swoimi obliczeniami Izba poddała pod wątpliwość wiarygodność kalkulacji przystępującego złożonej na potrzeby postępowania odwoławczego. Sam fakt potencjalnej możliwości wystąpienia zysku bez możliwości ustalenia faktycznych założeń co do kalkulacji, nie pozwala przyjąć za ustalony przez Izbę fakt, że zysk rzeczywiście wstąpi. Natomiast niewątpliwie Izba ustaliła, że istnieje wątpliwość, co do realności ceny, którą trzeba wyjaśnić. Zadaniem zaś obecnego składu jest ustalenie, czy to wyjaśnienie faktycznie nastąpiło i czy pozwala ocenić zaistnienie podstaw odrzucenia oferty.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności mogących skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania wynikającą z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Gniewińskie WOPR w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę, a takiż wykonawca wezwany do udzielenia wyjaśnień ceny nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Na wstępie Izba przytoczy treść orzeczenia Izby wydanego w sprawie sygn. akt KIO 3059/23 dotyczącego wzajemnych zależności pomiędzy postępowaniami odwoławczymi, oraz pomiędzy postępowaniem odwoławczym, a postępowaniem o udzielenie zamówienia, które Izba w tym składzie podziela w całości i uznaje za własne:

„Izba na wstępie wskazuje, że postępowanie odwoławcze wywołane wniesieniem odwołania w postępowaniu o zamówienie publiczne stanowi odrębne postępowanie od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie to dzieje się obok postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie jest w żaden sposób powiązane z innymi postępowaniami odwoławczymi czy też sądowymi. W szczególności należy podkreślić, że postępowanie odwoławcze nie jest kontynuacją wcześniej prowadzonych postępowań odwoławczych, jak również nie jest kontynuacją wcześniej prowadzonych postępowań sądowych. Stanowisko to jest ugruntowane i nie wymaga dogłębnej analizy (tak np.: Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 2007-07-19, sygn. akt II Ca 319/07; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-02-25, sygn. akt KIO 451/22).”

Należy podkreślić w tym miejscu, że po pierwsze postępowanie odwoławcze nie stanowi kontynuacji żadnego innego postępowania, oraz że w tym postępowaniu istotę sporu stanowi ocena przez zamawiającego wyjaśnień złożonych przez przystępującego w dniu 4 kwietnia 2023 r.

Bezsporne jest, że w tym postępowaniu przedmiotem zamówienia jest usługa ratownictwa wodnego, co wynika z pkt. V.1 SWZ. Zgodnie z pkt. XXVI ppkt. 2 usługę tę mają wykonać osoby zatrudnione na umowę o pracę w ilości nie mniejszej niż 6 osób, a więc wszystkie osoby odpowiedzialne za wykonanie tej usługi ratownictwa wodnego mają być zatrudnione na umowę o pracę. Potwierdza to również par. 3 ust. 4, 23 i 24 wzoru umowy. Z postanowień SWZ ani projektowanych postanowień umownych nie wynika zakaz łączenia funkcji ratownika wodnego z innymi funkcjami wskazanymi przez zamawiającego czyli koordynatora, osoby odpowiedzialnej za układanie grafików, sprawującej nadzór nad prawidłowym prowadzeniem dokumentacji przez ratowników.

Niewątpliwie w postępowaniu odwoławczym w sprawie sygn. akt KIO 485/23 przystępujący złożył kalkulację własną wykazującą zysk, Izba ustaliła w tamtej sprawie, że zamawiający wymagał zatrudnienia na umowę o pracę na pewno osób pełniących funkcję ratowników wodnych. Wedle oświadczeń przystępującego poczynionych na rozprawie w sprawie KIO 1045/23 ratownicy wodni poza funkcją ratownika będą wykonywać także funkcję koordynatora. Nie ma natomiast oświadczeń przystępującego, co do tego, że osoby te też będą układać grafiki i sprawdzać prawidłowość dokumentacji własnej lub innego ratownika.

Izba stoi na stanowisku, że dowody składane w innej sprawie mogą być dowodem w kolejnej sprawie odwoławczej pod warunkiem złożenia odpowiedniego wniosku dowodowego, tj. wniosku o ich przeprowadzenie ze wskazaniem jakie fakty mają być danym dowodem udowodnione. Natomiast w postępowaniu o udzielenie zamówienia przy badaniu prawidłowości ustalenia ceny ofertowej pod kątem jej rażącego zaniżenia, ustawodawca wskazał na to kogo obciąża obowiązek dowodowy - art. 224 ust. 5 ustawy i ciężar ten spoczywa na wykonawcy wezwanym do wyjaśnień. Nadto art. 224 ust. 6 ustawy wskazuje, co jest przedmiotem oceny przez zamawiającego w zakresie czynności badania ceny ofertowej pod kątem jej rażącego zaniżenia. Są to wyjaśnienia wraz z dowodami. Tym samym to właśnie wyjaśnienia wraz z załączonymi dowodami muszą przekonać zamawiającego o realności ceny ofertowej i gwarantowaniu przez tę cenę możliwości wykonania zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia. Oznacza to, że zamawiający powinien w pierwszej kolejności przeanalizować złożone wyjaśnienia i dołączone do nich dowody. Oczywiście zamawiający nie dokonuje takiej analizy bez uwzględnienia wiedzy jaką dysponuje, czy to wynikającej z ustaleń czynionych przez niego na potrzeby ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, czy z racji innych prowadzonych postępowań na ten sam lub zbliżony przedmiot zamówienia, czy też z innych złożonych w postępowaniu ofert. Inaczej bowiem zamawiający nie miałby materiału porównawczego i nie mógłby dokonać ustaleń, co do rynkowego poziomu cen w danej branży, czy przedmiocie zamówienia, z którymi konfrontowałby zaoferowaną mu

cenę. Z tego względu Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez przystępującego w postaci umowy nr 29/2023 wraz z załączonymi do niej umowami zleceń. Izba dokonała też ustaleń na podstawie złożonej przez odwołującego w tym postępowaniu kalkulacji, która wcześniej posłużył się przystępujący w postępowaniu odwoławczym w sprawie sygn. akt KIO 485/23, gdyż dowód ten został złożony w tym postępowaniu i mógł być przeprowadzony bezpośrednio przez Izbę. Jednakże w ocenie Izby ten uzupełniony materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie, że zaoferowana przez przystępującego cena 26,80 zł za 1 godzinę dyżuru jest stawką pokrywającą koszty związane z usługą ratownictwa wodnego, w tym stawkę co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę. Przystępujący ani w wyjaśnieniach, ani w kalkulacji ani w dowodach z umowy nr 29/2023 czy przedłożonych umowach zlecenia nie wykazał, że stawki 25,02 zł. i 25,82 zł. oraz stawki 22,80 zł. i 23,50 zł. są stawkami pokrywającymi wszystkie koszty przystępującego związane z wykonaniem 1 godziny dyżuru. W kalkulacji przystępującego są te stawki podane, ale bez uzasadnienia, że pokrywają one koszty pracodawcy. W kalkulacji o narzutach na wynagrodzenie mowa jest tylko w kontekście kosztów urlopu, które przystępujący ma zamiar sfinansować ze środków obrotowych z rachunku bieżącego. Abstrahując od dopuszczalności takiej czynności, to przystępujący nawet nie wskazał rzędu wielkości tego kosztu.

Z kolei w wyjaśnieniach przystępujący odniósł się tylko do kosztów urlopu i PPK oświadczając - "Wykonawca nie wliczał do wynagrodzenia kosztów świadczenia urlopowego ani uczestnictwa w PPK, biorąc pod uwagę, że zatrudnieni już ratownicy nie uczestniczą w PPK (dowód- oświadczenie Zarządu). W pozostałym zakresie zamówienie będzie obsługiwane ratownikami młodymi do 26 r. życia, zatrudnionymi wg stawki godzinowej, dla których stawka brutto = stawka netto z uwagi na zwolnienie z podatku dochodowego na podstawie obowiązujących przepisów o podatku dochodowym." Nie dość, że to oświadczenie co do kosztów urlopu jest sprzeczne z oświadczeniem w kalkulacji, to przystępujący nie podjął się nawet próby wykazania, że pozostałe koszty pracownicze jak składki na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne, fundusz pracy, fundusz gwarantowanych świadczeń pracowniczych, koszty absencji pokrywa stawka 25,02 i 25,82. Przystępujący poza wskazaniem, że stawka 22,80 i 23,50 zł to minimalne stawki godzinowe i poza wskazaniem, że pracownicy do 26 roku życia nie płacą podatku dochodowego nie przedstawił ani jasnego oświadczenia czy te osoby są zatrudnione na umowę o pracę czy umowę cywilnoprawną, ani wyliczenia, z którego wynikałoby, że stawka ta rzeczywiście pokrywa wszystkie koszty związane z zatrudnieniem takiej osoby. Co więcej Izba nie znalazła potwierdzenia w złożonych umowach zlecenia, że oświadczenie zarządu, co do tego, że ratownik zobowiązuje się także pełnić funkcję koordynatora za wskazaną stawkę i oświadczenie to należało uznać za niewiarygodne.

Dowód z broszury Ministerstwa Finansów odnosi się tylko do podatku dochodowego i to do określonego pułapu przychodów, natomiast nie odnosi się do innych należności publicznoprawnych związanych z zatrudnieniem pracownika. Przystępujący na rozprawie jedynie twierdził, że przy zatrudnieniu osób poniżej 26 roku życia na umowę zlecenia nie płaci składki zdrowotnej, ale poza tym oświadczeniem nie przedstawił stanowiska, z którego wynikałoby, skąd ten fakt wywodzi i dlaczego uważa, że składka 22,80 i 23,50 zł. pokrywa wszystkie jego koszty.

Co więcej sam przystępujący przedstawił dowody dla siebie niekorzystne, gdyż z dwóch przedstawionych przez siebie umów zleceń załączonych do umowy nr 29/2023 wynika, że koszt zatrudnienia na umowę zlecenia w stawce 22,80 czy 23,50 zł. może okazać się nierealny, gdyż z dwóch tych umów wynika, że stawka za którą zgodzono się na zatrudnienie, to stawka 24,18zł., a więc odpowiednio o 1,38zł. i 0,68 zł. więcej niż wskazana przez przystępującego stawka dla osoby poniżej 26 roku życia. Izba wskazywała już na to, że kalkulacja przystępującego jest wadliwie skalkulowana także pod względem wyliczenia ilości godzin osób zatrudnionych poniżej 26 roku życia jak i w zakresie wyliczenia zysku, tym samym nie stanowi w żaden sposób wiarygodnego dowodu na to, że przystępujący w sposób prawidłowy skalkulował cenę ofertową. Przystępujący skupił się jedynie na wykazaniu, że osiągnie zysk z kontraktu, że nie przedstawił najmniejszego choćby dowodu na to, że stawka za 1 godzinę dyżuru pokrywa wszystkie koszty przystępującego i gwarantuje personelowi przystępującego co najmniej minimalne wynagrodzenie za pracę, a w ocenie Izby zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający oczekiwał podania ceny za jedną godzinę dyżuru i to ta cena będzie podstawą rozliczeń pomiędzy stronami była kluczowa dla ustalenia, czy zaoferowana cena jest ceną umożliwiającą wykonanie zamówienia na warunkach określonych przez zamawiającego.

To właśnie cena jednostkowa była przez odwołującego porównywana do pozostałych ceny założonych w innych złożonych ofertach. W ocenie Izby przystępujący nie wykazał złożonymi wyjaśnieniami, w jaki sposób mógł uzyskać oszczędność na stawce rzędu 6,5 złotych (skoro w pozostałych ofertach ceny te oscylowały w granicach 33,30zł., a odwołującego 26,80zł.). Czy wynika to z innych stawek ubezpieczenia społecznego i innych narzutów na koszty pracy obowiązujących przystępującego w porównaniu z innymi wykonawcami, czy też zatrudnienia wbrew literalnemu brzmieniu SWZ osób świadczących usługę ratownictwa na innych umowach niż umowa o pracę.

Z tych względów Izba uznała, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie przystępującego ceny, a ocena przez zamawiającego złożonych wyjaśnień była błędna. W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający zaniechał

odrzućenia oferty przystępującego, czym naruszył art. 224 ust. 6 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzućenia oferty Gniewińskie WOPR w sytuacji, gdy jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę a także naruszeniu art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy, bowiem zawiera błędy w obliczeniu ceny w związku z wyceną ofertową w oparciu o koszty pracy z pominięciem wszystkich kosztów pracy

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Odwołujący upatrywał zaistnienia podstawy faktycznej tego przepisu w nieskalkulowaniu przez przystępującego wszystkich kosztów pracodawcy ponoszonych w związku z zatrudnieniem pracownika na umowę o pracę, jednak nie wskazał na żadną normę prawną, która nakładałaby sankcję nieważności na czynności prawną, której elementem jest zaoferowanie ceny takich kosztów nieuwzględniającej lub uwzględniającej nieprawidłowo skalkulowane koszty. Z tego też względu Izba doszła do przekonania, że zarzut nie został przez odwołującego wykazany.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 10 nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny. Odwołujący upatrywał zaistnienia podstawy faktycznej tego przepisu w nieskalkulowaniu przez przystępującego wszystkich kosztów pracodawcy ponoszonych w związku z zatrudnieniem pracownika na umowę o pracę, jednak w ocenie Izby zamawiający oczekiwał podana stawki jednostkowej przemnożenia jej przez szacunkową ilość godzin dyżurów, a następnie ubруттовienia. W tym zakresie odwołujący nie przedstawił żadnych wyliczeń podważających prawidłowość kalkulacji przystępującego. Zgodnie z Komentarzem „Prawo Zamówień Publicznych” pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza możliwe jest uznanie, że ustalenie ceny za roboczogodzinę niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę może stanowić nie tylko czyn nieuczciwej konkurencji, ale także błąd w obliczeniu ceny. Jednak zdaniem Izby na podstawie złożonych wyjaśnień nie można uznać, ani że cena za roboczogodzinę została ustalona niżej niż minimalne wynagrodzenie za pracę, ani, że została ustalona wyżej niż minimalne wynagrodzenie za pracę, bowiem przystępujący podał wysokość tej stawki, ale bez rozbicia jej na poszczególne elementy kosztotwórcze, w tym narzuty na wynagrodzenie obciążające pracodawcę. Przystępujący w zakresie kosztów bezspornie wskazanych jako koszty wynagrodzenia z tytułu umowy o pracę podał dwa stawki 25,02 i 25,82 zł. I określił jedynie, że nie uwzględnił w nich kosztotwórczych elementów jak koszt świadczeń urlopowych i PPK. Co do pozostałych elementów jak ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, czy odpisy na obowiązkowe Fundusze, czy absencję

pracowniczą - przystępujący takich wyliczeń nie przedstawił, ani nie wskazał, że tych obciążeń nie ponosi, tym samym nie można było stwierdzić, że doszło do udzielenia wyjaśnień wskazujących na błąd w obliczeniu ceny.

Z tych względów powyższy zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz 17 ust 2 ustawy przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i ma bezpośredni wpływ na jego wynik.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zarzut ten jest zarzutem wynikowym opartym na przekonaniu odwołującego, że oferta przystępującego podlegała odrzuceniu jako oferta z ceną rażąco niską, oferta nieważna na podstawie odrębnych przepisów czy zawierająca błąd w obliczeniu ceny. Skoro Izba dopatrzyła się zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na niewykazanie za pomocą wyjaśnień i złożonych dowodów, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niska, to w konsekwencji powodowało, że oferta ta nie mogła być poddana ocenie i nie mogła zostać prawidłowo wybrana jako najkorzystniejsza. Zarzut zatem podlegał uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) na podstawie par. 7 ust. 1 pkt 1 cyt. rozporządzenia zaliczając koszty uiszczonego wpisu przez odwołującego na poczet kosztów postępowania odwoławczego, nadto na podstawie par. 5 ust. 2 w związku z par. 7 ust. 1 pkt. 1 Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczonego wpisu, wydatków pełnomocnika w kwocie 3 600zł. zgodnie ze złożoną fakturą. Izba wprawdzie nie uwzględniła jednego z postawionych przez odwołującego trzech zarzutów, jednak wobec faktu, że rozstrzygnięcie o kosztach zależy od wyniku postępowania odwoławczego, a odwołujący podnosząc zarzuty zaniechania odrzucenia oferty (zarzut 1 uwzględniony i zarzut 2 oddalony) oparł je o ten sam stan faktyczny i wspólne obu zarzutom żądanie odrzucenia oferty przystępującego, to oddalenie zarzutu drugiego nie zmienia faktu, że odwołujący osiągnął w całości złożony w postępowaniu odwoławczym cel wniesienia odwołania, gdyż żądania odwołującego zostały uwzględnione w całości. Oddalenie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 i 10 ustawy nie powoduje, że oferta przystępującego powinna pozostać w postępowaniu o udzielenie



zamówienia. Z tych względów Izba nie zastosowała stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....