

**WYROK**  
**z dnia 21 stycznia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2013 r. przez wykonawcę TELEmedica, Piotr P., Łukasz Z., Marcin G. s.c., Zagruszany 52, 16-060 Zabłudów, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Zblewo - Gminny Ośrodek Pomocy Społecznej, 83-210 Zblewo, ul. Główna 17,

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy TELEmedica, Piotr P., Łukasz Z., Marcin G. s.c., Zagruszany 52, 16-060 Zabłudów, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy TELEmedica, Piotr P., Łukasz Z., Marcin G. s.c., Zagruszany 52, 16-060 Zabłudów,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Zblewo - Gminny Ośrodek Pomocy Społecznej, 83-210 Zblewo, ul. Główna 17:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę TELEmedica, Piotr P., Łukasz Z., Marcin G. s.c., Zagruszany 52, 16-060 Zabłudów tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego – Gminy Zblewo - Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej, 83-210 Zblewo, ul. Główna 17, na rzecz Odwołującego - TELEmedica, Piotr P., Łukasz Z., Marcin G. s.c., Zagruszany 52, 16-060 Zabłudów, kwotę 11.067zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Gmina Zblew – Gminny Ośrodek Pomocy Społecznej w Zblewie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług opiekuńczych na terenie Gminy Zblewo”.

Pismem z dnia 23 grudnia 2013 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Bernadetę W. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Działalność Opiekuńcza SOS Bernadeta W. z siedzibą w Zblewie. Tym samym pismem zamawiający poinformował również, iż działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), [dalej także jako „Pzp”], odrzucił ofertę wykonawcy TELEmedica Piotr P., Łukasz Z., Marcin G.s.c. z siedzibą w Zagruszanach, gm. Zabłudów [dalej także, jako „TELEmedica”].

Wobec powyższych działań w dniu 30 grudnia 2013 r., odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca TELEmedica s.c. zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich bezpodstawne zastosowanie,
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę wyrażoną w treści tego przepisu.

Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem jego oferty.

W uzasadnieniu stanowiska Odwołujący podnosił, iż w treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu jego oferty, zamawiający ograniczył się jedynie do powtórzenia wątpliwości wyrażonych w wezwaniu do złożenia wyjaśnień związanych ze stwierdzeniem różnicy pomiędzy wartością zamówienia oraz ceną oferty odwołującego. Zdaniem odwołującego uzasadnienie odrzucenia jego oferty wskazuje na dokonanie czynności z rażącym naruszeniem przepisów prawa. Odwołujący wskazywał, iż zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzucenie oferty następuje w przypadku, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia a nie w stosunku do wartości zamówienia jak przyjął to zamawiający. Odwołujący podnosił, iż zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do złożonych przez niego wyjaśnień, nie przedstawił żadnej oceny tych wyjaśnień ani przedłożonych dowodów – zarówno w zakresie wyceny oferty jak i przedstawionych cen rynkowych tego rodzaju usług.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający Gmina Zblew – Gminny Ośrodek Pomocy Społecznej w Zblewie prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług opiekuńczych na terenie Gminy Zblewo”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 listopada 2013 r., pod numerem 477296-2013.

Zgodnie z treścią protokołu postępowania (pkt 2) wartość zamówienia ustalona została na kwotę 540.000,00 zł w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających na kwotę 180.000,00 zł. Zgodnie z pkt 2.3. protokołu postępowania „wartość zamówienia została ustalona w dniu 14.11.2013 r. na podstawie szacunkowej wartości zamówienia”.

Zgodnie z treścią załącznika nr 1 do Formularza ofertowego wykonawcy zobowiązani byli do podania ceny jednej godziny usług opiekuńczych. Zamawiający w załączniku tym wskazał, iż „(...) Oferent określa stawkę jednostkową za świadczone usługi stanowiące przedmiot zamówienia. Stawka powinna obejmować wszystkie planowane koszty bezpośrednie i pośrednie oferenta, w tym: ubezpieczenie społeczne, podatek od płac, zysk kalkulacyjny itp. (stawka brutto)”. Cenę oferty należało wyliczyć poprzez przemnożenie stawki jednostkowej z określoną przez zamawiającego szacunkową ilością godzin usług opiekuńczych tj. 27 000 godz.

Do upływu terminu składania ofert, swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) TELEmedica s.c. na kwotę 274.590,00 zł brutto, (stawka godzinowa 10,17 zł),
- 2) Działalność Opiekuńcza SOS Bernadeta W. na kwotę 352.890,00 zł brutto, (stawka godzinowa 13,07zł).

Pismem z dnia 10 grudnia 2013 r., zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę TELEmedica s.c. do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty. Zamawiający wskazał, iż zaproponowana w ofercie cena za wykonanie przedmiotu zamówienia znacząco odbiega od wartości oszacowanej przez zamawiającego, co wzbudza wątpliwość, co do możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z jego zakresem. Zamawiający w uzasadnieniu wezwania argumentował, iż oferta w jego ocenie zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, wskazując na realizację zamówienia poniżej kosztów, co może grozić niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca TELEmedica s.c. w wyznaczonym terminie przedłożył stosowne wyjaśnienia. W wyjaśnieniach tych odwołujący wskazywał, iż

zasadniczym kosztem świadczonej usługi są koszty osobowe, natomiast koszty ogólne (administracyjne, biurowe) stanowią niewielką część oferowanej ceny. Odwołujący podkreślał, iż „(...) z uwagi na długoletnią obecność na rynku usług opiekuńczych, dysponujemy szeroką kadrą osób stale zatrudnionych i współpracujących, dzięki czemu jesteśmy w stanie oferować konkurencyjne ceny ofert przy niskich kosztach własnych związanych z poszukiwaniem i zatrudnianiem personelu.” Odwołujący przedstawił szczegółową kalkulację kosztów składających się na zaoferowaną cenę jeden roboczogodziny świadczenia usług opiekuńczych. Odwołujący podnosił, iż rozbieżności pomiędzy ceną oferty a wartością szacunkową są rzeczą powszechnie spotykaną. Odwołujący wskazywał, iż z dokonanej przez niego analizy rynkowej wynika, że stawka godzinowa zaoferowane przez odwołującego jest stawką zbliżoną lub nawet wyższą niż stawki oferowane w regionie Gminy Zblewo. Odwołujący powołał się na wyniki 7 postępowań przeprowadzonych pod koniec 2013 r. obejmujących tożsamy przedmiot zamówienia w Ośrodkach Pomocy Społecznej w promieniu najdalej 70 km od Gminy Zblewo oraz załączył do przedmiotowych wyjaśnień kopie informacji o wyborze ofert najkorzystniejszych z przyjętych do porównania Ośrodków Pomocy Społecznej. Odwołujący powołał się na ceny za godzinę świadczenia usług opiekuńczych zaproponowane przez innych wykonawców w następujących Ośrodkach:

- 1) GOPS Żukowo – 9,56 zł,
- 2) GOPS Skórcz – 10,00 zł,
- 3) MOPS Lębork – 10,28 zł,
- 4) OPS Tuchola – 9,90 zł,
- 5) GOPS Kartuzy – 8,30 zł,
- 6) MOPS Wejherowo – 10,38 zł,
- 7) GOPS Kwidzyn – 9,90 zł.

Pismem z dnia 23 grudnia 2013 r. (zamieszczonym na stronie internetowej zamawiającego i nadanym odwołującemu pocztą w dniu 24 grudnia 2013 r.), zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Bernadetę W. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą pod nazwą Działalność Opiekuńcza SOS Bernadeta W. z siedzibą w Zblewie. Tym samym pismem zamawiający poinformował również, iż działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, odrzucił ofertę wykonawcy TELEmedica. W uzasadnieniu odrzucenia oferty wykonawcy TELEmedica zamawiający podał, iż „(...) w toku badania i oceny ofert przetargowych Zamawiający powziął wątpliwości, co do prawidłowości skalkulowania elementów ceny oferty. W przetargu złożono 2 oferty, z czego jedna oferta

wzbudziła wątpliwości, co do sposobu skalkulowania ceny. Odbiegała ona bowiem w sposób rażący od kwoty jaką ustalił Zamawiający. Zamawiający ustalił kwotę brutto 360 000,00 zł. Złożona oferta firmy TELEmedica s.c. zawiera kwotę 274 590,00 zł brutto, która jest niższa o ok. 23,73 % od ceny brutto określonej przez Zamawiającego.”

Czynność odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji wybór, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Działalność Opiekuńcza SOS Bernadeta W. z siedzibą w Zblewie, leżą u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść oferty odwołującego oraz złożone przez niego wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego. Zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oczywistym jest, iż odrzucenie oferty na podstawie w/w przesłanki musi być poprzedzone procedurą wyjaśnień przewidzianą w art. 90 ustawy Pzp. O ile niewątpliwie Zamawiający wszczął procedurę wyjaśnień i wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień a Odwołujący na to wezwanie odpowiedział, tak dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień nie może być uznana za prawidłową. Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. W ocenie Izby, Zamawiający okoliczności takich nie wykazał, nie odniósł się w żaden sposób do złożonych wyjaśnień, co pozwala uznać, iż nie dokonał ich prawidłowej oceny stwierdzając wyłącznie, iż kwota oferty Odwołującego odbiega w sposób rażący od

kwoty, jaką ustalił Zamawiający. Zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, dokonując analizy uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, można mieć wątpliwości, czy Zamawiający w ogóle dokonał oceny wyjaśnień czy oparł się wyłącznie na stwierdzonej różnicy pomiędzy ceną oferty Odwołującego a kwotą, jaką sam ustalił. Zdaniem Izby, Odwołujący w sposób wyczerpujący przedstawił kalkulację przyjętej stawki za 1 godzinę usług opiekuńczych oraz wykazał, iż cena jego oferty nie odbiega od cen za tożsamy przedmiot zamówienia w regionie. W ocenie Izby, uwzględniając przedstawione przez Odwołującego przykładowe stawki za 1godzinęusług opiekuńczych zaproponowane przez innych wykonawców w analogicznych postępowaniach prowadzonych przez Ośrodki Pomocy Społecznej w regionie, nie można dojść do przekonania, iż cena oferty odwołującego w sposób rażący odbiegała od kwoty, jaką ustalił Zamawiający. Zdaniem Izby różnica ta uwzględnia normalną konkurencję rynkową. Fakt, iż cena oferty Odwołującego jest niższa o ok. 23,73% od ceny określonej przez Zamawiającego nie może stanowić wprost potwierdzenia złożenia oferty zawierającej cenę rażąco niską. Dla uznania, że cena jest rażąco niska niezbędne jest wykazanie, że cena jest nierealistyczna, że za zaproponowaną cenę nie da się w sposób należyty wykonać przedmiotu zamówienia. Okoliczności takich, zdaniem Izby, Zamawiający nie wykazał. O uznaniu ceny oferty Odwołującego za rażąco niską nie mogły przesądzić przedstawione przez Zamawiającego w toku rozprawy wyliczenia dotyczące kosztów pracowniczych. Fakt, iż w wykazie osób złożonym na potwierdzenie dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym, 6 z 10 wykazanych osób odwołujący zatrudnia na podstawie umowy o pracę, nie przesądza o tym, iż przy kalkulacji ceny ofertynależało uwzględnić koszty pracownicze jak dla umowy o pracę, na które wskazywał w wyliczeniach zamawiający. W ocenie Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym, wykonawcy nie byli każdorazowo zobowiązani do uwzględniania przy kalkulacji kosztów pracowniczych wynikających z zatrudnienia na podstawie umowy o pracę gdyż nie można wykluczyć zatrudnienia na podstawie umów cywilnoprawnych. Tym samym przedstawione przez Zamawiającego wyliczenia kosztów pracowniczych również nie potwierdzają, iż odwołujący złożył ofertę z ceną rażąco niską.

Za niezasadny należało również uznać zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 stawy Pzp gdyż zamawiający prowadził postępowanie z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na względzie powyższe Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....