

Sygn. akt: KIO 2138/15

WYROK

z dnia 14 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokół: Dawid Wypych

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 października 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2015r. przez **wykonawcę Multigrupa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Rynek 20/21 lok. 15** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **ZGO Aquarium Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rawie Mazowieckiej, ul. Katowicka 20**

przy udziale **wykonawcy Okręgowe Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Rawie Mazowieckiej, ul. Katowicka 20** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2138/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnienia odwołanie i nakazuje zamawiającemu

- 1) unieważnić czynność zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty **Multigrupa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Rynek 20/21 lok. 15**;
- 2) unieważnić czynność zamawiającego w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3) powtórzyć procedurę badania oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu;

2. kosztami postępowania obciąża **ZGO Aquarium Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rawie Mazowieckiej, ul. Katowicka 20** 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**

**Multigrupa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu,
ul. Rynek 20/21 lok. 15** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **ZGO Aquarium Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rawie Mazowieckiej, ul. Katowicka 20** na rzecz **Multigrupa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Rynek 20/21 lok. 15** kwotę **11 117 zł 00 gr** (słownie : jedenaście tysięcy sto siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu, zastępstwa prawnego

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na obsługę ratowniczą krytej pływalni w Rawie Mazowieckiej przy ul. Katowickiej 20 zostało wszczęte zamieszczeniem ogłoszenia o zamówieniu publicznym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 września 2015r. za numerem 2015-132785.

W dniu 28 września 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Okręgowe Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Rawie Mazowieckiej, ul. Katowicka 20 – dalej przystępujący oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478, poz. 605 – zwanej dalej ustawą) oferty wykonawcy Multigrupa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Rynek 20/21 lok. 15 – dalej odwołujący. W uzasadnieniu podstaw odrzucenia oferty zamawiający podał, że zgodnie z pkt. 10 ppkt. 8 siwz wymagał wykazania dysponowania minimum 12 osobami z rocznym stażem pracy w charakterze ratownika posiadających stopnie ratownicze, przy czym 6 osób, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia w obiekcie ZGO AQUARIUM musi być zatrudniona na umowę o pracę, w innym przypadku oferta wykonawcy zostanie odrzucona. Zamawiający wskazał, że podjął wątpliwości, co do możliwości wykonania przez odwołującego przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę i wezwał go do złożenia wyjaśnień. Odwołujący wyjaśnienia złożył nie dostarczając dowodów, które pozwoliłyby zamawiającemu obalić wątpliwości. Z analizy wyjaśnień zamawiający uznał, że oferta zawiera rażąco niską cenę i dodatkowo jest niezgodna w swej treści z treścią siwz, bowiem ze złożonych wyjaśnień i przedstawionej kalkulacji wynika, że odwołujący do realizacji zamówienia zamierza skierować 9 osób w tym 6 osób na umowę o pracę i 3 na umowę zlecenie. Wykorzystanie jedynie 9 osób jest także niezgodne z pkt. 4 ust. 2 siwz i §1 ust. 2 wzoru umowy, gdyż przyjęcie, że każda z 3 osób zatrudnionych na umowę zlecenie pracować będzie przez 144 godziny miesięcznie jest niezgodne z regulaminem Krytej pływalni (w dni robocze dyżur pełnić będą osoby zatrudnione na umowę o pracę, zaś w dni wolne od pracy i święta dyżur pełnić będą osoby zatrudnione na umowę zlecenie), ponadto 3 osoby zatrudnione na umowę zlecenia nie mogą pełnić dyżuru przez 16 godzin dziennie. Ponadto przedstawiona kalkulacja potwierdza, że złożono ofertę z rażąco niską ceną, gdyż uwzględniono jedynie koszty 3 osób na umowę zlecenie, gdyż wyniósłby 455,94 zł. dziennie, gdyż podany przez odwołującego koszt zatrudnienia jednej osoby powinien być pomnożony przez ilość etatów (6) i podzielony przez

liczbę dni w miesiącu (30). Tym samym kalkulacja przedstawiona przez odwołującego powinna wskazywać na koszt 947,43zł. dziennie, po dodaniu zysku w kwocie 278, 54zł. łączna stawka jednego dnia świadczenia usługi wynosiłaby 1225,97zł., tym samym zaferowanie ceny 998,40zł nie gwarantuje w ocenie zamawiającego należytego wykonania zamówienia. Prawidłowo skalkulowana cena byłaby ceną najwyższą w postępowaniu, co miałoby wpływ na jego wynik. Zamawiający nie był w stanie przeliczyć kosztu dodatkowego dziennego założonego na kwotę 33,00zł na prawidłową ilość 12 osób, nadto odwołujący nie ujął kosztów urlopu w cenie jednego dnia świadczenia usługi.

W dniu 2 października 2015r. odwołujący wniósł odwołanie na czynność odrzucenia swojej oferty i zaniechanie jej wyboru jako najkorzystniejszej. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu bezpośrednio w dniu 2 października 2015r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż odwołujący złożył ofertę z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia podczas, gdy niższa cena podyktowana przez odwołującego jest wynikiem jego konkurencyjności i uwzględnia wszelkie uwarunkowania rynkowe;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że odwołujący złożył ofertę nieodpowiadającą treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej siwz) przez wskazanie jedynie 9 ratowników, którymi dysponuje odwołujący w celu wykonywania zamówienia, podczas gdy odwołujący wykazał zgodnie z siwz, iż dysponuje 12 ratownikami w tym sześcioma zatrudnionymi na umowę o pracę;
- 4) art. 90 ust. 1 pkt. 1 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż cena oferty odwołującego jest niższa o 30 % od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, co w konsekwencji doprowadziło zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego - podczas gdy jak wykazał odwołujący w wyjaśnieniach - jego oferta jest zaledwie niższa o 14 % od ofert z najwyższą ceną i nie ma znamion rażąco niskiej ceny;
- 5) art. 91 ust. 1 ustawy w zw z art. 91 ust. 2a ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na wyborze oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą dla zamawiającego biorąc pod uwagę kryterium oceny ofert jakim jest najniższa cena, ponieważ

najniższą cenę poddyktował w swej ofercie odwołujący a mimo to nie został wybrany do realizacji przedmiotowego zamówienia;

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) unieważnienie czynności zamawiającego w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia procedury badania oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu;
- 4) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy;

Odwołujący oświadczył, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ zamawiający bezzasadnie oraz niezgodnie z ustawą odrzucił ofertę odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło zamawiającego do wyboru innej oferty pomimo, iż oferta odwołującego pod względem ceny była najkorzystniejsza dla zamawiającego, zważywszy, że zgodnie ze siwz - kryterium oceny ofert była cena w 100%.

Wobec całokształtu okoliczności, zaskarżona czynność zamawiającego prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego przez niewybranie jego oferty mimo, iż była najkorzystniejszą pod względem ceny, natomiast niska cena jest wynikiem konkurencyjności odwołującego i uwzględnia wszelkie uwarunkowania rynkowe

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający, pismem z dnia 18 września 2015 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów dotyczących postępowania przetargowego. W odpowiedzi z dnia 19 września 2015 r. odwołujący wskazał, iż podmiot Multigrupa sp. z o.o. nie powstał jedynie na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia i realizuje usługi ratownictwa wodnego na terenie całego kraju. W związku z tym, odwołujący posiada potencjał techniczny i finansowy wystarczający do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, stawiany przez zamawiającego jest, w ocenie odwołującego, pozbawiony podstaw. Zamawiający cały swój wywód w zakresie niezgodności oferty z siwz oparł na piśmie wykonawcy dotyczącym wyjaśnienia wyliczenia ceny oferty w związku z zarzutem zamawiającego, iż ma ona charakter rażąco niski. Takie postępowanie jest nieprawidłowe albowiem zamawiający powinien badać ofertę odwołującego i załączone do niej dokumenty pod kątem zgodności z siwz. Wniosek zamawiającego, iż wykonawca zamierza skierować do realizacji zamówienia wyłącznie 9 osób jest nieprawdziwy. Odwołujący przedstawił zgodnie z pkt. 10 ppkt. 8 siwz dowody, iż dysponuje dwunastoma ratownikami posiadającymi wymagane uprawnienia oraz staż zatrudnienia, w tym sześcioma

zatrudnionymi na umowę o pracę. Przesłanki spełnienia tego warunku, tj. dokumenty w tym oświadczenia potwierdzające dysponowanie taką liczbą ratowników zostały złożone wraz z ofertą i nie budzi wątpliwości, że spełniają one wymagania określone w siwz - w szczególności w pkt. 10. Odwołujący wykazał więc, że zgodnie z siwz dysponuje minimum dwunastoma osobami a nie jak twierdzi zamawiający - dziewięcioma osobami. Zamawiający w swojej decyzji pominął ofertę i dokumenty załączone do niej i wbrew treści tej oferty i załączonym dokumentom przy ocenie zgodności oferty z siwz oparł się wyłącznie na piśmie odwołującego zawierającym sposób wyliczenia ceny. W tym miejscu odwołujący podkreślił, że decydującym dla wyliczenia ceny w zakresie kosztu roboczogodzin wykonywanych na podstawie umowy zlecenia ma łączna ilość godzin przyjęta do wyliczenia. Odwołujący wskazał w swoim piśmie wyjaśniającym, iż potrzebna łączna ilość roboczogodzin w ramach umów zlecenia wynosi 432 godziny. Bez znaczenia dla sprawy pozostaje okoliczność, iż odwołujący w piśmie tym podzielił te godziny na trzy umowy. Wynikało to tylko z przykładowego wyliczenia opartego na ilości stanowisk ratowniczych na basenie. Dla wyliczenia ceny, co należy jeszcze raz podkreślić, nie ma znaczenia czy podział tych godzin byłby w postaci 3 razy 144 czy 6 razy 72 czy 12 razy 36. Wyliczenie to służyło jedynie pokazaniu łącznej ilości godzin, która była prawidłowa i odnosiła się wyłącznie do kalkulacji ceny. W żadnym wypadku zamawiający nie mógł tego zastosować do oceny ilości ratowników jakimi dysponuje odwołujący się. Ocena ta bowiem powinna być dokonywana na podstawie treści oferty i załączonych dokumentów z których jednoznacznie wynika, iż odwołujący się dysponuje co najmniej dwunastoma ratownikami w tym sześcioma zatrudnionymi na umowę o pracę. W konsekwencji, zdaniem odwołującego wszystkie zarzuty stawiane przez zamawiającego a opierające się na twierdzeniu, że odwołujący dysponuje jedynie dziewięcioma ratownikami są bezprzedmiotowe.

Twierdzenie zamawiającego, iż ratownicy zatrudnienie na umowę zlecenie pracować będą przez 16 godzin na dobę jest nieprawdziwe. Żadna osoba zatrudniona przez odwołującego na umowę zlecenie nie będzie zobligowana do wykonywania pracy przez 16 godzin na dobę. Na marginesie odwołujący wskazał jedynie, że zamawiający nie przytoczył żadnej konkretnej postawy prawnej niemożliwości zatrudnienia zleceniobiorcy w wymiarze 16 godzin dziennie. Nie zmienia to faktu, iż zamiarem odwołującego się nigdy nie było ustalenie szesnastogodzinnych zmian dziennych. Zmiany i grafik pracy ratowników ustalane są bowiem po podpisaniu umowy i dzielone między co najmniej dwunastu ratowników, którymi dysponuje odwołujący celem realizacji niniejszego zamówienia.

Wskazał, że powoływanie się przez zamawiającego na harmonogram zmian, który nie był częścią siwz, jest nieuprawnionym działaniem. Wobec powyższego, bezzasadnym jest twierdzenie zamawiającego, iż wskazanie ilości osób jest niezgodne z harmonogramem Krytej pływalni a także niezgodne z obowiązującymi przepisami (trzy osoby zatrudnione na

umowę zlecenie nie mogą pełnić dyżuru przez 16 godzin dziennie). Podkreślić należy, iż obowiązującym aktem prawnym co do ilości ratowników na obiekcie reguluje przede wszystkim Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 23 stycznia 2012 r. w sprawie minimalnych wymagań dotyczących liczby ratowników wodnych zapewniających stałą kontrolę wyznaczonego obszaru wodnego - natomiast podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego nie może stanowić przywołany harmonogram Krytej pływalni, na który powołuje się zamawiający. Niemniej jednak, wbrew twierdzeniu zamawiającego zarówno oferta odwołującego jak i ewentualny sposób wykonania zamówienia są zgodne z tym harmonogramem.

Odwołujący wskazał, iż bezpodstawnym jest zarzut zamawiającego jakoby odwołujący uwzględnił za małą liczbę etatów (3 zamiast 6) gdyż cena określona w wyjaśnieniu zawiera wymagana liczbę godzin, w szczególności godziny wynikające z zatrudnienia 6 osób na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy a w pozostałym zakresie godziny pracy osób na umowę zlecenie w ilości wymaganej przez Zamawiającego (6 ratowników). Wykonawca zapewnił wymagana liczbę 12 ratowników z uprawnieniami, w tym 6 zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę w wyjaśnieniu sposobu wyliczenia ceny. W szczególności wykonawca przyjął 48 roboczogodzin dziennie razy 30 dni w miesiącu co daje łącznie 1440 do wypracowania w miesiącu. Wykonawca wyjaśnił, iż sześciu pracowników będzie zatrudnionych na pełny etat zgodnie z wymogiem siwz co daje 1008, tj. że zatrudnieni pracownicy na umowę o pracę pokryją w ramach stosunku pracy 1008 roboczogodzin z wymaganych łącznie 1440. W pozostałym zakresie wymagane roboczogodziny miały być wykonywane przez pozostałych sześciu ratowników zatrudnionych na umowę zlecenie. W związku z tym, Zamawiający uchybił art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że Odwołujący złożył ofertę nieodpowiadającą treści siwz przez wskazanie jedynie 9 ratowników, którymi dysponuje odwołujący w celu wykonywania zamówienia, podczas gdy odwołujący wykazał zgodnie z siwz, iż dysponuje 12 ratownikami w tym sześcioma zatrudnionymi na umowę o pracę;

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, odwołujący stwierdził, że przedłożył zamawiającemu szczegółowe wyliczenia uzasadniające cenę określoną w ofercie, która to cena jest niższa od pozostałych ofert. Mianowicie wskazał, iż całkowity koszt zatrudnienia jednego pracownika wraz z podatkiem i składkami ZUS wynosi 2185,96 zł. Biorąc pod uwagę wymagania określone w siwz, gdzie zamawiający wymaga zatrudnienia 6 osób na umowę o pracę - miesięczny koszt zatrudnienia 6 pracowników wyniesie 13.115,76 zł. Natomiast dzienny koszt zatrudnienia 6 pracowników na umowę o pracę wynosi 437,19 zł. Całkowity koszt umów zlecenia w wymiarze 432 godzin wynosił 6.839,10 zł, co daje 227,97 zł dziennie. Bez jakiegokolwiek różnicy dla ceny końcowej pozostaje w przypadku umowy zlecenia ilość umów zleceń, bowiem w tym przypadku cena każdej roboczogodziny jest identyczna

niezależnie od liczby zleceniobiorców. Odwołujący oświadczył, że w uproszczeniu podał, iż do kalkulacji przyjął trzy etaty - umowy zlecenia po 144 godziny (bowiem na basenie do obsady wymagane są trzy stanowiska). Identyczną cenę uzyska się stosując w wyliczeniu sześć etatów umów zleceń po 72 godziny. Podawany przez niego podział ilości godzin w zakresie umów zlecenia (trzy umowy razy 144 godzin) przyjęty do wyliczenia ceny pozostaje bez znaczenia dla faktu, iż wykonawca w sposób niewątpliwy spełnił wymogi określone w siwz i w sposób wymagany przez siwz potwierdził, iż dysponuje dwunastoma uprawnionymi ratownikami, w tym sześcioma zatrudnionymi na umowę o pracę. Wartość roboczogodzin dla umowy zlecenia jest jedna i decydująca dla prawidłowości wyliczenia ceny jest łączna ilość godzin przepracowanych przez zleceniobiorców, a nie liczba zleceniobiorców. Nie zmienia to zdaniem odwołującego faktu, że odwołujący dysponuje dwunastoma ratownikami, w tym sześcioma zatrudnionymi na umowę o pracę i sześcioma zatrudnionymi na umowę zlecenia. Dodatkowe koszty odwołujący określił na kwotę 1000 zł miesięcznie (woda, koszulki, szorty, komunikacja, badania lekarskie, szkolenia BHP itp.) co daje kwotę 33,30 zł dziennie i koszty te zostały wyliczone dla wszystkich dwunastu ratowników, którzy będą wykonywać zamówienie w niezbędnym czasie.

Zamawiający, w ocenie odwołującego, w swoim uzasadnieniu odnośnie rażąco niskiej ceny popełnił istotny błąd logiczny. Założył bowiem, że skoro umów zleceń powinno być sześć to ich koszt będzie dwukrotnie wyższy niż podany przez odwołującego się. Zamawiający pominął fakt, że wyliczenie umów zleceń opiera się nie na ilości etatów lecz na ilości roboczogodzin. Mnożąc zatem wyliczenie ceny przedstawione przez odwołującego się w zakresie ceny godzin wykonywanych w oparciu o umowę zlecenia, zwiększył bezprawnie liczbę tych godzin dwukrotnie. Ten błąd spowodował, iż wszystkie dalsze wyliczenia zamawiającego są błędne. Zatem wyliczenie łącznej kwoty dziennej na kwotę 1225,97 zł zakłada wliczenie podwójnej ilości godzin zleceniobiorców co jest oczywiście według odwołującego bezzasadne. Bezpodstawnym jest również zarzut, iż kwota 33,30 zł dziennie na dodatkowe koszty została obliczona dla dziewięciu ratowników. Wyliczenie to bowiem obejmuje co najmniej dwunastu ratowników zadysponowanych zgodnie z ofertą do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Wreszcie zarzut zamawiającego, iż odwołujący się nie uwzględnił kosztów urlopu w cenie jednego dnia świadczenia usługi jest nieuprawnionym bowiem odwołujący się na stronie drugiej pisma z wyjaśnieniami co do ceny podał następujące równanie:

RAZEM: $437,19 + 227,97 + 33,30 = 698,46$ dziennie + urlopy 21 zł dziennie = 719,46 zł

W celu usunięcia wątpliwości, stawka 21 zł na urlopy wynika z ilorazu kwoty przeznaczonej na urlopy 7680 podzielonej przez liczbę dni w roku 365 co daje 21 dziennie.

Zatem, oferta cenowa odwołującego za jeden dzień przedmiotowych usług wynosi 998,40 zł.

Po odjęciu wszystkich kosztów, które dziennie wynoszą 719,46 zł, zysk odwołującego

stanowi zatem 278,54 zł dziennie. Jest to zatem, zdaniem odwołującego, oferta konkurencyjna rynkowo, natomiast bezpodstawnym jest zarzut zamawiającego, jakoby była ofertą o rażąco niskiej cenie wobec czego odwołujący nie gwarantuje prawidłowego wykonania zamówienia. Podkreślenia wymaga fakt, oferta odwołującego jest zaledwie niższa o 14 % od innej oferty, która w tymże postępowaniu była ofertą najwyższą. Wobec tego, zamawiający, zdaniem odwołującego, bezpośrednio uchybił art. 90 ust. 1 pkt. 1 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż cena oferty odwołującego jest niższa o 30 % od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, co w konsekwencji doprowadziło zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego - podczas gdy jak wykazał Odwołujący w wyjaśnieniach - jego oferta jest zaledwie niższa o 14 % od ofert z najwyższą ceną i nie ma znamion rażąco niskiej ceny. W konsekwencji zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż odwołujący złożył ofertę z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia podczas gdy niższa cena podyktowana przez odwołującego jest wynikiem jego konkurencyjności i uwzględnia wszelkie uwarunkowania rynkowe.

Ustawa, według odwołującego, zarówno przed nowelizacją jak i po nowelizacji nie precyzuje, co należy rozumieć przez „rażącą niską cenę”. Odwołujący powołał się na wykładnię tego pojęcia przyjętą w orzecznictwie tj. wyrok KIO z dnia 15 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1567/13) wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) Odwołujący wskazał, że brak jest jednak jednolitej definicji tego pojęcia w doktrynie oraz orzecznictwie sądów powszechny czy KIO. Wydaje się odwołującemu, że taki stan rzeczy jest jak najbardziej prawidłowy. Z uwagi na różnorodność zamówień trudno wyobrazić sobie skonstruowanie syntetycznie definicji, obejmującej swoim zakresem różnorodne stany faktyczne. Każdy przypadek należy oceniać indywidualnie, mając na uwadze okoliczności sprawy oraz przedmiot zamówienia, na co wskazuje również KIO w swoim orzecznictwie (przykładowo w wyroku z dnia 15 marca 2013 r., sygn. akt KIO 364/13).

Co do odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty, która nie była najkorzystniejsza, odwołujący wskazał, że zamawiający wbrew powyższym okolicznościom odrzucił ofertę odwołującego mimo, iż zgodnie z warunkami określonymi w siwz była to oferta najkorzystniejsza. W rezultacie odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wybrał ofertę złożoną przez Okręgowe Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe, która nie była ofertą najkorzystniejszą.

W konsekwencji, zdaniem odwołującego, zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 91 ust. 2a ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na wyborze oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą dla zamawiającego biorąc pod uwagę kryterium oceny

ofert jakim jest najniższa cena, ponieważ najniższą cenę podyktował w swej ofercie odwołujący a mimo to nie został wybrany do realizacji przedmiotowego zamówienia

Zdaniem odwołującego nie ma potrzeby przedstawiania dodatkowych dowodów bowiem sposób kalkulacji ceny jest jasny, jednoznaczny i polega na klarownym wyliczeniu matematycznym, przy czym zamawiający również w uzasadnieniu decyzji nie potrafił podać jakiego typu dowody nie zostały przedłożone.

Odwołujący wskazał, że zamawiający naruszył zasadę równego traktowania. Podkreślił, że zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś innej wiedzy zamawiającego. Zawarta w art. 7 ust. 1 ustawy norma prawna nakazująca równe traktowanie wykonawców nie znajduje zastosowania w postępowaniach, w których bierze udział tylko jeden wykonawca. Nie oznacza to jednak, że nie może dojść do naruszenia tej zasady przez celową eliminację wykonawców i doprowadzenie do sytuacji, w których tylko jeden z nich weźmie udział w postępowaniu.

W dniu 2 października 2015r. zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania, przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 6 października 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Okręgowe Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Rawie Mazowieckiej, ul. Katowicka 20 wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że Odczytał pismo zamawiającego na skrzynce odbiorczej w dniu 5 października 2015r., ale nie ma technicznej możliwości wykazania, kiedy w rzeczywistości tę wiadomość otrzymał, natomiast możliwość zapoznania się z jej treścią uzyskał dopiero w dniu 5 października 2015r. Przystępujący powołał się na brzmienie art. 61 § 1 i 2 kc wskazując, że oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej, w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Podkreślił, że chodzi tu o realną możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia. Tak Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 11 lipca 2013r. sygn. akt V ACa 235/13, Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 6 marca 2013r. sygn. akt VI ACa 1241/12. Przystępujący stoi na stanowisku, że dochował trzydniowego terminu z art. 185 ust. 2

ustawy. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana, a zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego. Ewentualne uwzględnienie odwołania i przywrócenie oferty odwołującego do postępowania spowoduje, że przystępujący utraci szansę na uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 października 2015r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 6 października 2015r. drogą elektroniczną.

W dniu 13 października 2015r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że odwołujący odnosi się do kwestii spełniania warunku udziału w postępowaniu, a nie sposobu wykonania zamówienia. Zamawiający nie ma wątpliwości, że odwołujący wykazał się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu. Jednak zamawiający zważył, że odwołujący zobowiązał się do świadczenia usług objętych umową z wykorzystaniem 12 osób, a z treści przekazanych zamawiającemu wyjaśnień wynika, że ostatecznie odwołujący przewidział w swojej kalkulacji skierowanie do wykonywania umowy jedynie 9 osób. Zamawiający zaznaczył, iż wbrew stanowisku prezentowanemu przez odwołującego, wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny mają być konkretne i odzwierciedlać rzeczywisty sposób realizacji umowy i założenia kalkulacyjne z nim związane. Odwołujący nie może zatem abstrahować od udzielonych wcześniej wyjaśnień i prezentować obecnie zupełnie inny sposób wykonania umowy. Skoro zarzut odwołującego dotyczy nieprawidłowej oceny przez zamawiającego wyjaśnień, to argumentacja odwołującego musi odnosić się do oceny tego, co zostało zamawiającemu przedstawione we wcześniejszych wyjaśnieniach. Czynności zamawiającego nie mogą być zatem oceniane w kontekście bieżących twierdzeń Odwołującego, które stoją w sprzeczności z informacjami uprzednio przekazanymi zamawiającemu. Z argumentacji przedstawionej przez odwołującego wywieść można iż w jego ocenie złożone wyjaśnienia nie stanowią treści oferty, z czym jednak zamawiający się nie godzi.

Zamawiający podkreślił, że przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego nie było jak wskazano w odwołaniu, dysponowanie jedynie dziewięcioma ratownikami, lecz to, że wbrew wymaganiom zamawiającego i treści samej oferty odwołującego, ostatecznie wskazał, iż zamówienie będzie wykonywał z wykorzystaniem jedynie dziewięciu osób.

Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza: „wyjaśnienia co do zasady nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty a jedynie ograniczać się do jej wykładni Korekta treści oferty możliwa jest tylko w oparciu o art. 87 ust 1a i ust 2 ustawy. Mając na uwadze powyższe odwołujący udzielając wyjaśnień dokonał wykładni złożonej przez siebie oferty. Istotny jest fakt, iż

odwołujący wskazał literalnie, że w przypadku umów zlecenia przewidział 3 etaty. Nie można zgodzić się z twierdzeniami zawartymi w odwołaniu, iż „Dla wyliczenia ceny, co należy jeszcze raz podkreślić, nie ma znaczenia czy podział tych godzin byłby w postaci 3 razy 144 czy 6 razy 72 czy 12 razy 36”. Powyższe jest o tyle istotne, że pokazuje ile osób do wykonywania umowy zlecenia przewidział odwołujący. Powyższy element wyjaśnień należy odczytywać w kontekście wszystkich przekazanych zamawiającemu informacji. Gdyby rzeczywiście wyliczenia odwołującego dotyczyły stanowisk pracy wykonywanych jednocześnie to wykonawca ten zastosowałby analogiczny sposób wyliczenia ceny dla umów o pracę. Tymczasem w tym zakresie odwołujący tak samo literalnie wskazał, że przewidział 6 etatów na umowę o pracę. W ocenie zamawiającego odwołanie złożone do Krajowej Izby Odwoławczej stanowi de facto próbę obejścia art. 87 ust. 1 ustawy poprzez próbę zmiany treści złożonej oferty.

W związku z powyższym biorąc pod uwagę całą treść złożonych wyjaśnień zamawiający prawidłowo stwierdził, że mimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu (czego zamawiający nie neguje) oferta odwołującego jest niezgodna z treścią siwz, zamawiający uważa, że nie miał zatem innego wyjścia jak tylko odrzucić ofertę odwołującego na tej właśnie podstawie.

W zakresie zarzutu odrzucenia z uwagi na rażąco niską cenę oferty, zamawiający podniósł, iż biorąc pod uwagę wykazaną powyżej niezgodność z treścią siwz, doszedł do wniosku, że cena oferty odwołującego została wyliczona jedynie dla 9 osób (a nie wymaganych 12). Nie ulega zatem wątpliwości, że przyjmując założony przez odwołującego zysk w wysokości 278,54 zł dziennie cena oferta nie jest wystarczająca na pokrycie kosztów wykonania zamówienia. Ponadto zamawiający nie jest w stanie określić o ile wzrosłyby „Dodatkowe koszty” wskazane przez odwołującego w złożonych wyjaśnieniach. Zamawiający nie wie, które koszty wyliczyć można w sposób proporcjonalny do liczby przewidzianych osób, a które wyliczone zostały niezależnie od przyjętej przez Odwołującego liczby etatów.

Na marginesie zamawiający wskazał, że dokonane przez odwołującego wyliczenia dokonane zostały w sposób niedokładny. W wyjaśnieniach odwołujący wskazał, że w przypadku umów o pracę i założonym wynagrodzeniu w wysokości 1.850,00 zł brutto łączny koszt pracodawcy wyniesie 2 185,96 zł gdy tymczasem według wiedzy Zamawiającego łączny koszt takiej umowy wynosi 2.231,28 zł.

Nie jest również jasne dla zamawiającego w jaki sposób odwołujący obliczył, iż koszt tytułem urlopów wyniesie jedynie 7.680,00 zł. Biorąc pod uwagę 6 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę to łączny wymiar urlopu dla wszystkich pracowników wyniesie 120 dni roboczych po 8h/dziennie. Biorąc pod uwagę, że koszt jednej roboczogodziny brutto osoby zatrudnionej na podstawie umowy zlecenia wynosi 15,83 zł brutto to koszt urlopów wynosić powinien 15 196,80 zł (20 dni urlopu x 8h roboczych x 6 pracowników x koszt jednej

roboczogodziny = $20 \times 8 \times 6 \times 15,83 = 15.196,80$). Powyższe przy założeniu że na umowę o pracę zatrudnione zostaną osoby z najkrótszym stażem pracy, którym przysługuje jedynie 20 dni urlopu. Gdyby przyjąć założenie, iż osobom zatrudnionym na umowie o pracę przysługuje 26 dni urlopu to łączny koszt dla pracodawcy wyniósłby 19.755,84 zł,

Należy również stwierdzić, że w przedstawionych wyliczeniach odwołujący, w żadnym stopniu nie zakłada, że pracownicy zatrudnieni na podstawie umowy o pracę mogliby zachorować, w związku z czym ponownie wzrosłyby koszty. Każdy dzień chorobowego to koszt dla odwołującego w wysokości 126,64 zł, który winien zostać w odpowiedniej ilości przewidziany przez odwołującego w wyliczeniu kosztów świadczenia przedmiotowej usługi.

W ocenie zamawiającego, co pokazują przedstawione wyliczenia, odwołujący nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofercie, bez ryzyka ponoszenia strat. Z tych też względów, zdaniem zamawiającego, należało stwierdzić, iż wyjaśnienia złożone przez odwołującego potwierdziły, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający nie miał zatem innej możliwości jak tylko odrzucenie ofertę odwołującego również na tej podstawie.

Na rozprawie przystępujący przedstawił swoje pisemne stanowisko wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, protokołu otwarcia ofert, oferty odwołującego, wezwania zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy oraz wyjaśnień odwołującego złożonych zamawiającemu w tym trybie, Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy z umowy ZPB/02/2014, gdyż dowód ten nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, przede wszystkim ze względu na to, iż zakres przedmiotowy i obowiązki umowne w złożonej umowie były inne ni w obecnym postępowaniu, w szczególności nie było wymogu zatrudnienia 6 ratowników na umowę o pracę. Stąd kalkulacja na potrzeby tamtej umowy nie jest adekwatna do wyliczeń przyjętych na potrzeby niniejszego postępowania. Izba postanowiła oddalić wniosek o przesłuchanie w charakterze świadka T. J., po pierwsze z uwagi na to, iż wiedza świadka co do sposobu świadczenia umowy ZPB/02/2014 z uwagi na odmiennność zakresu obowiązków nie będzie służyła określonej przez odwołującego tezie dowodowej, a ponadto T. J. jako współdziaławiec odwołującego może być słuchany w charakterze strony, a nie świadka.

Izba postanowiła dopuścić dowód z przesłuchania strony w osobie M. M., na okoliczność w jaki sposób wyliczone zostały koszty w przedłożonej przez odwołującego kalkulacji. Izba postanowiła dopuścić dowód z kalkulatora wynagrodzeń – wynagrodzenia.pl

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że

W rozdziale 10 pkt. 8 zamawiający opisał wymóg "W celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania potencjału technicznego należy złożyć: a) załącznik Nr 3: Wykaz osób

posiadających stopnie ratownicze nadane przez WOPR, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług ratowniczych, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności. Zamawiający dopuszcza zmianę osoby wskazanej w ofercie do pełnienia w/w funkcji pod warunkiem, iż nowa, wskazana przez Wykonawcę osoba będzie spełniała wymagania wskazane w SIWZ. Warunek ten zostanie spełniony, jeśli Wykonawca dysponuje minimum 12 osobami z min. rocznym stażem pracy w charakterze ratownika posiadającymi stopnie ratownicze zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Zamawiający zastrzega, że 6 osób, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia na obiekcie ZGO AQUARIUM Sp. z o.o. muszą być zatrudnione na umowę o pracę, w innym przypadku oferta Wykonawcy zostanie odrzucona.”

W §2 załącznika nr 7 do siwz – wzór umowy wynika, że godziny świadczenia usług będących przedmiotem umowy: codziennie w godzinach 6:00 – 22:00, przez cały rok kalendarzowy z wyłączeniem 10 dni dotyczących przerwy technologicznej i dodatkowo wybranych świąt kalendarzowych. W czasie godzin otwarcia Krytej pływalni ratownicy będą pełnić dyżur w ilości minimum 3 osoby na każdej zmianie, zgodnie z §1 ust. 2. W czasie godzin otwarcia Krytej pływalni ratownicy muszą pełnić dyżur w wyznaczonych strefach basenu (strefa I – basen sportowy i zjeżdżalnia rurowa, strefa 2 – basen relaksacyjny ze zjeżdżalnią rodzinną, brodzik dla matki z dzieckiem).

Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 427 950,60zł. netto tj. 1208,90 zł. dziennie, zaś brutto 526 379,24zł. tj. dziennie 1486,95zł.

Delphinus Sport Promotion Stowarzyszenie Rekreacyjno-Sportowe z siedzibą we Wrocławiu zaoferował cenę : 407 808,00zł. netto/brutto, tj. 1152,00zł. netto/brutto dziennie, zaś przystępujący cenę 406 923,00zł. netto/brutto, co stanowi 1149,50zł. netto/brutto dziennie, natomiast odwołujący zaoferował 353 433,60zł. netto/brutto, tj. 998, 40zł. netto/ brutto dziennie.

Z oferty odwołującego wynika, że na str. 5 oferty odwołujący wykazał 12 osób podając zakres czynności przewidzianych do wykonania, staż pracy w zawodzie, opis doświadczeń zawodowych, posiadane uprawnienia, odwołujący nie wskazał podstawy dysponowania osobą. Na str. 8 oferty znajduje się oświadczenie odwołującego, że 6 osób, które będą zatrudnione przy realizacji przedmiotowego zadania zatrudniona będzie na umowę o pracę. Odwołujący zobowiązał się do przekazania zamawiającemu kopii umów o pracę w terminie 5 dni od daty podpisania umowy.

W dniu 18 września 2015r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy elementó oferty mających wpływ na cenę, gdyż złożona oferta budzi

wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Zamawiający wnioskował o złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W dniu 19 września 2015r. odwołujący złożył wyjaśnienia podnosząc, że jego oferta odbiega od oferty z najwyższą ceną jedynie o 14%. Przedstawił wyliczenie kosztów wskazując, że $16h \text{ dziennie} \times 3 \text{ ratowników} = 48 \text{ roboczogodzin dziennie} \times 30 \text{ dni} = 1440 \text{ roboczogodzin miesięcznie}$ (przyjęto średnio 30 dni w miesiącu)

6 etatów na umowę o pracę (przyjęto średnio 168 godz. na etat miesięcznie), co daje 1008 godzin za wszystkie etaty miesięcznie, pozostałe 432 godziny zostaną obsadzone pracownikami na umowę zlecenie.

Łączna miesięczna ilość godzin pracowników pracujących na umowach o pracę oraz umowach zlecenie wynosi 1440 godzin miesięcznie. Dodatkowo przewidziano koszt 7680zł. tytułem urlopów dla pracowników zatrudnionych na umowę o pracę.

Umowy o pracę

Umowa o pracę 1850 zł. brutto, całkowity koszt zatrudnienia jednego pracownika ze składkami ZUS i podatkiem $2185,96zł \times 6 = 13115,76zł./miesięcznie / 30 \text{ dni} = 437,19 \text{ zł.}$ dziennie

Umowy zlecenia

3 etaty po 144 godziny miesięcznie

Całkowity koszt zatrudnienia jednego pracownika przy stawce godzinowej netto 10 zł. i 144 godzinach miesięcznie, ze składkami ZUS i podatkiem wynosi $2279,70 \text{ zł.} \times 3 \text{ etaty} = 6839,10zł. \text{ miesięcznie}/30 \text{ dni} = 227,97zł.$

Dodatkowe koszty: woda mineralna, koszulki i szorty, komunikacja, kadry, badania lekarskie, szkolenia bhp, koordynacja pracy itp. $1000zł. \text{ miesięcznie}/30 \text{ dni} = 33,30zł.$

Razem $437,19zł. + 227,97zł. + 33,30 = 698,46zł. \text{ dziennie} + \text{urlopy } 21zł. \text{ dziennie} = 716,46zł.$

Cena ofertowa odwołującego za jeden dzień usługi $998zł. - 719,46zł. = 278,54 \text{ zł}$ brutto zysku.

M. M. wyjaśnił, że sporządził kalkulację przy pomocy księgowej jak również konsultując się z T. J., który do tej pory świadczył umowę z zamawiającym realizując ją zatrudniając 3 osoby na umowie o pracę. W niniejszym postępowaniu zamawiający wymagał 6 osób na umowę o pracę, co uwzględniła w obliczeniach księgowa. Za poprawność wyliczeń odpowiada i podpisała się księgowa. Co do wskazanego kosztu urlopu, to wyliczył to system zus płatnik, którym się odwołujący posługuje i który jest profesjonalnym systemem. Co do różnicy w kalkulacji wynagrodzenia, to ZUS płatnik służy do tego typu obliczeń, natomiast kalkulator wynagrodzenia.pl jest dla odwołującego mało wiarygodny. Co do wskazania 3 etatów na umowę zlecenia., to odwołujący wykazał 12 osób przeznaczonych do realizacji zamówienia i wynikają one ze złożonego wykazu, natomiast dla kalkulacji przyjął wystarczającą ilość osób,

tj. 9, za pomocą których można to zamówienie wykonać. Przewidział mniejszy zysk, ale w dalszym ciągu jest w stanie być na plusie bez uszczerbku dla zamawiającego. Wyjaśnił, że rzeczywiście wymiar urlopu jest niższy niż 20 dni, ale został skalkulowany zgodnie ze stażem pracy i obliczony w kalkulatorze zus płatnik i wyszło 21 zł. dziennie. Wyjaśnił, że wymogiem SIWZ było, aby osoby miały 1 rok doświadczenia i przeznaczone zostały osoby, które mają staż 2-3 lata. Nie ma osób, które mają staż dłuższy niż 10 lat.

Wyjaśnił, że część z podanych lat w wykazie osób zdolnych do wykonania zamówienia była to praca w charakterze ratownika społecznego. Oświadczył, że są w stanie zastąpić pracownika na przerwie. Oświadczył, że wszystkie koszty zostały ujęte. Oświadczył, że wykazał 12 pracowników, że kryterium oceny ofert była cena i, że jest w stanie na ofercie zarobić.

Z kalkulatora wynagrodzeń – wynagrodzenia.pl wynika, że przy zatrudnieniu na umowę o pracę za kwotę wynagrodzenia brutto 1840zł. łączny koszt wynagrodzenia to 2231,28zł.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że nie zaistniała jakakolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, która skutkowałaby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody, co przesądziło o dopuszczalności odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że odwołujący złożył ofertę nieodpowiadającą treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej siwz) przez wskazanie jedynie 9 ratowników, którymi dysponuje odwołujący w celu wykonywania zamówienia, podczas gdy odwołujący wykazał zgodnie z siwz, iż dysponuje 12 ratownikami w tym sześcioma zatrudnionymi na umowę o pracę

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zatem zamawiający, aby miał obowiązek skorzystania z niniejszego przepisu musi w pierwszej kolejności ustalić bezsporną treść oferty oraz jednoznaczną i nie budzącą wątpliwości treść siwz jako wzorca, do którego porównywać będzie treść oferty. Następnie gdy wynik porównania ustalonej treści oferty z wzorcem siwz daje różnicę w treści zamawiający ma obowiązek rozważyć możliwość

dokonania poprawy treści oferty zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a dopiero gdy nie będzie to możliwe dopiero wolno mu i jest to jego obowiązek odrzucić ofertę. W przedmiotowej sprawie jednak w ocenie Izby zamawiający nie ustalił w sposób jednoznaczny treści oferty. Sam zamawiający bowiem przyznał na rozprawie, że „rozbieżność pomiędzy ofertą i wyjaśnieniami w zakresie ilości osób spowodowała, że zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności treści oferty z SIWZ”. Zatem z jednej strony zamawiający dysponował w formularzu ofertowym odwołującego oświadczeniem o liczbie osób, której zostanie powierzona realizacja przedmiotowego zamówienia tj. 12 osób, w tym 6 osób na umowę o pracę, a z drugiej w wyjaśnieniach pojawiło się budzące wątpliwości zamawiającego oświadczenie o 3 etatach na umowy zlecenia. Tym samym, w ocenie Izby zamawiający nie mógł mieć pewności, co do rzeczywistej treści oferty tj. czy deklaracja o 12 osobach była zgodna z wolą wykonawcy, czy też pod pojęciem „etat” należało rozumieć „pracownika zatrudnionego na umowę zlecenia”. Nie wyjaśnienie tej wątpliwości powodowało, że zamawiający nie miał podstaw do zastosowania treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż nie było bezspornej treści oferty, którą można było porównać z wzorcem. W takiej sytuacji zamawiający mimo, że literalnie art. 87 ust. 1 ustawy stanowi o uprawnieniu zamawiającego, był obowiązany wezwać odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Jak już bowiem wskazano bez tych wyjaśnień zamawiający nie mógł prawidłowo dokonać badania i oceny oferty odwołującego. Z tego względu odrzucenie oferty odwołującego dokonanie przez zamawiającego w dniu 28 września 2015r. naruszało art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż odwołujący złożył ofertę z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia podczas, gdy niższa cena podyktowana przez odwołującego jest wynikiem jego konkurencyjności i uwzględnia wszelkie uwarunkowania rynkowe oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 pkt. 1 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż cena oferty odwołującego jest niższa o 30 % od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, co w konsekwencji doprowadziło zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego - podczas gdy jak wykazał odwołujący w wyjaśnieniach - jego oferta jest zaledwie niższa o 14 % od ofert z najwyższą ceną i nie ma znamion rażąco niskiej ceny

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. W myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu

zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Przepis ust. 3 art. 90 ustawy stanowi natomiast, że 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 pierwszej kolejności Izba podziela stanowisko przystępującego, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy określa przypadki obligatoryjnego wezwania do składania wyjaśnień tj. gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Natomiast w każdej sytuacji, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. W tym stanie rzeczy zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy nie potwierdził się zwłaszcza, że zamawiający wskazał, że cena oferty odwołującego - 998,40zł./dziennie jest niższa niż określona przez niego wartość zamówienia brutto – 1486,95zł./dziennie o 33%. Natomiast Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy. Zarzut ten należało badać z uwzględnieniem czynności zamawiającego dokonanej w dniu 28 września 2015r. tj. czynności odrzucenia oferty odwołującego. Zgodnie z opisem uzasadnieniem faktycznym i prawnym zamawiający wskazał na następującą argumentację przemawiającą w jego ocenie za uznaniem, że cena oferty odwołującego jest ceną rażąco niską:

1. Odwołujący nie ujął w koszcie wynagrodzeń za umowy zlecenia kosztów trzech umów, a tym samym zaniżył ofertę o kwotę 227,97zł./dziennie dla umów zlecenia,
2. zamawiający nie był w stanie przeliczyć kosztu dodatkowego dziennego założonego na kwotę 33,00zł na prawidłową ilość 12 osób,
3. odwołujący nie ujął kosztów urlopu w cenie jednego dnia świadczenia usługi.

Odnosząc się do powyższych przesłanek uznania ceny odwołującego za rażąco niską Izbą w odniesieniu do punktu pierwszego wskazała, że zamawiający wadliwie pomijając wezwanie odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy arbitralnie przyjął, że wykonawca przewidział do świadczenia usługi 9 osób i uznał, że pojęcie „etat” jest równoznaczne z pojęciem „osoba zatrudniona”, tym samym przyjęcie konieczności zwiększenia kosztów z tytułu umów zlecenia było samodzielnym działaniem ze strony zamawiającego, który nie dysponował żadną wiedzą w jakim znaczeniu odwołujący użył słowa „etat”, to, że nie musi być to pojęcie użyte w znaczeniu kodeksu pracy, sam zamawiający ujawnił w informacji o wyniku postępowania wskazując, że przyjęcie trzech etatów po 144 h wymagało by świadczenia po 16 godzin dziennie, tym samym nie mógł to być etat w rozumieniu umowy o pracę. Nadto nawet gdyby nadać pojęciu „etat” znaczenie w rozumieniu prawa pracy, to z pojęcia tego nie wynikało ile osób odwołujący zamierza zatrudnić na jednym etacie. Zamawiający w tym zakresie przyjął zasadę jeden etat jedna osoba, jednak w uzasadnieniu rozstrzygnięcia nie podał na podstawie, jakich danych takie założenie poczynił. Tym samym nie można uznać, że uzasadnienie czynności odrzucenia oferty wykazywało, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym nie było podstaw do zastosowania art. 90 ust. 3 ustawy ani do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Analogiczne rozstrzygnięcie należy poczynić w zakresie argumentacji zamawiającego o zaniżeniu kosztów dodatkowych w wysokości 33,30zł./dziennie. Sam zamawiający zresztą w uzasadnieniu odrzucenia podał, że nie jest w stanie tych kosztów wyliczyć, a zatem nie wie czy złożone wyjaśnienie potwierdza że oferta zawiera rażąco niską cenę, czy też nie.

Ostatni argument zamawiającego o braku ujęcia kosztów w cenie jednego dnia świadczenia usługi także jest nietrafny, gdyż nawet sam zamawiający wyliczając zwiększone koszty świadczenia usługi z tytułu trzech dodatkowych umów zlecenia dodał kwotę 21 zł. dziennie zaznaczając, że są to koszty urlopów. Tym samym ten argument nie dawał podstaw do przyjęcia, że był on podstawą oceny, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia potwierdzają, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę.

Izba nie odnosi się do prawidłowości wyliczeń kosztu urlopu, gdyż zamawiający takiej argumentacji nie przedstawił w uzasadnieniu czynności odrzucenia, stąd odwołujący nie mógł skutecznie zaskarżyć takiego uzasadnienia, a w konsekwencji podjąć skutecznej obrony swoich praw. Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zarzut potwierdził się. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zasada uczciwej konkurencji wymaga, aby zapewnić każdemu wykonawcy możliwość skutecznej obrony złożonej przez siebie oferty. Treść oferty, w przypadku jej niejasności, nie może być zatem ustalona w oparciu o arbitralne przekonanie zamawiającego, co miało miejsce w niniejszej sprawie. Zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy spowodowało, że zamawiający nieprawidłowo dokonał badania i oceny oferty odwołującego, co naruszyło zasadę uczciwej konkurencji. Tym samym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy potwierdził się.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy w zw z art. 91 ust. 2a ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na wyborze oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą dla zamawiającego biorąc pod uwagę kryterium oceny ofert jakim jest najniższa cena, ponieważ najniższą cenę podyktował w swej ofercie odwołujący a mimo to nie został wybrany do realizacji przedmiotowego zamówienia;

Zarzut potwierdził się. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 91 ust. 2a ustawy stanowi natomiast, że kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert była cena. Bezsporne jest, że oferta odwołującego oferowała najniższą cenę. Zatem w sytuacji, gdy odrzucenie tej oferty było nieprawidłowe, w konsekwencji nieprawidłowy był także wybór innej (droższej) oferty. Izba mając powyższe na uwadze uznała, że zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 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) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci

uiszczonego wpisu od odwołania oraz kosztów uzasadnionej obrony odwołującego (w tym kosztu opłaty skarbowej) i nakazując zamawiającemu zwrot odwołującemu poniesionych przez niego kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu i kosztów zastępstwa prawnego i opłaty skarbowej wykazanych przedłożoną w postępowaniu odwoławczym fakturą, z ograniczeniem do wysokości maksymalnej dopuszczonej przez cyt. rozporządzenie tj. do kwoty 3 600zł. i kwoty 17zł.

Przewodniczący.....