

WYROK
z dnia 2 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M. K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą LIRECO ECO M. K., K. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą LIRECO K. K. z siedzibą dla pełnomocnika w Gdyni w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Trzy Fale Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku**

przy udziale wykonawcy **Z. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „ANCHEM” Z. W. z siedzibą w Połczynie Zdroju** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M. K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą LIRECO ECO M. K., K. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą LIRECO K. K. z siedzibą dla pełnomocnika w Gdyni**

i:

- 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M. K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą LIRECO ECO M. K., K. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą LIRECO K. K. z siedzibą dla pełnomocnika w Gdyni** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M. K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą LIRECO ECO M. K., K. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą LIRECO K. K. z siedzibą dla pełnomocnika w Gdyni** na rzecz zamawiającego **Trzy Fale Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku** kwotę **3 771 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset siedemdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Słupsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Trzy Fale Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku, ul. Elizy Orzeszkowej 1, 76-200 Słupsk wszczął postępowanie na usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Świadczenie usług w zakresie obsługi stacji uzdatniania wody basenowej w Parku Wodnym Trzy Fale Sp. z o. o. w Słupsku«.

19.06.2019 r. zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nrem 563686-N-2019.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

12.09.2019 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Z. W. prowadzący działalność pod firmą PPHU „ANCHEM”, ul. Kościuszki 3, 78-320 Połczyn Zdrój (dalej wykonawca A).

16.09.2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] LIRECO ECO M. K., ul. Grochowa 10, 81-017 Gdynia [pełnomocnik] i [2] LIRECO K. K., ul. Grochowa 10, 81-017 Gdynia, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wnieśli do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 91 ust. 1, art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez dokonanie czynności wyboru oferty wykonawcy A jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta wykonawcy A powinna zostać odrzucona;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3, art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy A z uwagi na rażąco niską cenę (dalej RNC) oraz z uwagi na to, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę A potwierdziły, że oferta zawiera cenę rażąco niską;
- 3) art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) wydanie orzeczenia uwzględniającego w całości złożone w sprawie odwołanie;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy A jako najkorzystniejszej;

- 3) dokonanie czynności polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy A;
- 4) dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w odwołaniu;
- 5) zasądzenie kosztów postępowania na rzecz odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wykonywanego przez adwokata na podstawie faktury VAT, a także uiszczonych kosztów odwołania;
- 6) wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

Czynność wyboru oferty została poprzedzona badaniem oferty wykonawcy A pod kątem rażąco niskiej ceny. Wykonując nakazaną przez KIO dyspozycję zawartą w wyroku z 23 lipca 2019 r. (KIO 1307/19) Zamawiający wezwał pismem z 16.08.2019 r. wykonawcę A do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta wykonawcy A zawiera rażąco niską cenę. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca A złożył 20.08.2019 r. pismo z wyjaśnieniami. Zgodnie z oświadczeniem wskazanym w przedmiotowym piśmie wykonawca A wykazał koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia oraz wykazał zysk w kwocie 2.000,00 zł miesięcznie netto. Zamawiający ponownie wezwał wykonawcę pismem z 2.09.2019 r. do złożenia dodatkowych wyjaśnień do złożonego dokumentu. Wykonawca A w odpowiedzi z 6.09.2019 r. uzupełnił swoje wyjaśnienia.

Odwołujący przytaczając wyrok KIO 267/15 podkreślił znaczenie wyjaśnień ceny oferty i domniemania, że cena jest rażąco niska.

Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę A nie dają podstawy do uznania przez zamawiającego, że wskazana cena za realizację przedmiotu zamówienia nie jest rażąco niska.

Ogólny charakter tych wyjaśnień. Wykonawca A nie wskazał okoliczności, które powodowałyby obniżenie ceny ani nie wykazał stopnia w jakim cena została obniżona przy zastosowaniu tych okoliczności. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający oparł się wyłącznie na nieweryfikowalnych twierdzeniach wykonawcy A.

Zamawiający dał wiarę wyjaśnieniom jedynie na podstawie twierdzeń zawartych w piśmie z 20.08.2019 r. i 6.09.2019 r. tj. subiektywnej opinii wykonawcy A, nie popartej żadnymi dowodami. Odwołujący jest świadomy, że zgodnie art. 90 ust. 3 Pzp, zamawiający dysponuje uprawnieniem do swobodnej oceny wyjaśnień wzywanego wykonawcy i brak jest konkretnego katalogu dowodów, które oferent powinien przedstawić w celu wykazania braku rażąco niskiej ceny. Ocena ta jednak nie może być dokonana w sposób dowolny, a w szczególności musi uwzględniać treść art. 90 ust. 2 Pzp, który stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Zdaniem odwołującego złożone przez wykonawcę A wyjaśnienia są lakoniczne, zbyt ogólne i nie zweryfikowane

przez zamawiającego. Wykonawca A nie wskazał szeregu kosztów związanych z prowadzeniem działalności np. takich jak prowadzenie księgowości, obsługi kadrowej, kosztów nadzoru nad realizacją umowy. Wykonawca A w ramach składanych wyjaśnień powinien złożyć dowody, które w ocenie wykonawcy A uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. W przekazanym wykonawcy A wezwaniu zamawiający powinien w sposób możliwie precyzyjny określić żądany zakres wyjaśnień czy też konkretne wątpliwości odnoszące się do podejrzenia rażąco niskiej ceny. Zamawiający może żądać, jeśli zaistnieje taka potrzeba doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych wyjaśnień. Na możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanej przez wykonawcę wyceny oferty wskazuje również dotychczasowe orzecznictwo KIO.

Odwołujący przytoczył wyrok KIO 1490/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15 na potwierdzenie swojej tezy, że zamawiający może wielokrotnie zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w ofercie.

Zdaniem odwołującego oferta wykonawcy A zawiera cenę rażąco niską a zamawiający uznając wyjaśnienia za wyczerpujące naruszył normę art. 90 ust. 2 i ust. 3 Pzp.

W przedmiotowym zamówieniu niewątpliwie istotną częścią składową a zarazem najważniejszym elementem oferty mającym wpływ na wysokość ceny lub kosztu, które wydają się odwołującemu rażąco niskie są w szczególności koszty pracy. Odwołujący zwrócił uwagę, że z dniem 1.09.2016 r. ustawa z 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw zmieniła brzmienia art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp w ten sposób, że wykonawca udzielając wyjaśnień dotyczących kosztów pracy nie może wykazać, że do ustalenia ceny oferty przyjął koszty pracy niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. Przepis ten swoim zakresem objął również kwestie wynagrodzenia dla osób wykonujących pracę na podstawie umowy zlecenia oraz umowy o świadczeniu usług.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca A składając wyjaśnienia nie załączył żadnych dowodów mogących potwierdzić wskazane przez wykonawcę A koszty zatrudnienia pracowników, wykonawca A nie wskazał formy zatrudnienia i wynikających z nich norm przestrzegania czasu pracy, przerwy na odpoczynek, dodatków za pracę w porze nocnej i święta. Wszystkie te okoliczności wykonawca A składający ofertę oraz zamawiający muszą brać pod uwagę.

Przedmiotem zamówienia jest stała, całodobowa, bieżąca obsługa stacji uzdatniania wody basenowej. Szczegółowe wytyczne związane z usługą są zawarte w Opisie przedmiotu zamówienia [dalej OPZ] stanowiącym załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [dalej SIWZ]. Zamawiający w pkt 3.9 OPZ wymagał „Zapewnienie stałego dyżuru na terenie Parku Wodnego Trzy Fale w Słupsku, umożliwiającego wykonanie

wszystkich czynności wchodzących w zakres niniejszej umowy, to jest minimum jednego stanowiska pracy, przez 7 dni w tygodniu, przez 24 godziny na dobę”. Zdaniem odwołującego przewidywany przez zamawiającego zakres usług, w tym niezbędność zapewnienia całodobowej (24 h) obsługi urządzeń stacji uzdatniania wody, wskazuje, że w tym zakresie niezbędne jest zapewnienie pracy w wymiarze minimum 4,35 etatu. Wynika to z prostego obliczenia. Przy stałej obsłudze należy przyjąć 365 dni x 24 godz. tj. 12 mies. – 30 x 24 ~ 730 godz. miesięcznie. Tę liczbę godzin należy podzielić przez przeciętny wymiar etatu czyli 730 godz./168 godz. = 4,35 etatu. Tak więc minimalny wymiar etatów do zapewnienia stałej całodobowej obsługi wynosi 4,35 etatu i wykonawca A powinien przyjąć takie minimum do kalkulowania liczby pracowników, aby przedmiot zamówienia został zrealizowany w sposób należyty zgodnie z wytycznymi SIWZ i OPZ. Odrębną sprawą jest koszt zastępstw na czas nieobecności pracowników, delegacji, wyposażenia pracowników w niezbędne środki ochrony osobistej, koszty badań (jeśli przepisy tak wymagają).

Z wyjaśnień złożonych pismem z 20.08.2019 r. przez wykonawcę A na podstawie informacji o stawce wynagrodzenia wykazanej jako miesięczne wynagrodzenie, a nie stawka godzinowa, zastępstwach urlopowych, kosztach BHP można domniemywać, że pracownicy będą zatrudnieni w oparciu o umowę o pracę. W związku z tym zgodnie z obowiązującymi przepisami ich wymiar czasu pracy wynosi przeciętnie 168 godz. miesięcznie. Deklarowana liczba pracowników czyli 4 os. w wymiarze 3,5 etatu nie jest w stanie zabezpieczyć obsługi basenu 24 godz. na dobę 7 dni w tygodniu.

Ponadto jeśli wykonawca A planuje zatrudnienie pracowników w oparciu o umowę o pracę powinien również zgodnie z obowiązującymi przepisami zapewnić pracownikom dodatek za pracę w nocy (co najmniej 20% stawki godzinowej wynikającej z minimalnego wynagrodzenia za pracę) oraz za pracę w niedzielę i święta. Brak takich kalkulacji w wyliczeniach wykonawcy A. Brak również informacji w jakim systemie będą pracować pracownicy. Czy wykonawca A skorzysta z systemu równoważnego czasu pracy i przedłuży dobowy wymiar czasu pracy do 12 lub 16 godz. Te informacje mają istotny wpływ na dalsze obliczenia sporządzone przez wykonawcę A oraz weryfikacją obliczeń przez zamawiającego.

Wykonawca zabezpieczył na poczet dojazdów do pracy kwotę 3.655,067 zł. Z wyliczenia wykonawcy A wynika, że pracownik 1 raz dziennie jedzie „tam i z powrotem” (30 dni x 125,6 km). Można więc domniemywać, że pracownicy pracują w systemie 24 h. Jeden raz dziennie następuje zmiana pracownika – jeden jedzie do pracy, a drugi wraca. W myśl art. 137 Kodeksu pracy przedłużenie dobowego wymiaru czasu pracy do 24 godz. jest dopuszczone tylko dla pracowników zatrudnionych przy pilnowaniu mienia lub ochronie osób, a także dla służb ratowniczych. W kalkulacji wykonawcy brakuje również wyliczeń dotyczących zwyczajki wynagrodzeń w 2020 r. Pierwsze prognozy znane były już w czerwcu, więc na etapie

kalkulacji należało przyjąć również potrzebę zwiększenia wynagrodzeń za pracę lub stawki godzinowej od 1.01.2020 r. czego zabrakło w wyjaśnieniach wykonawcy A.

W OPZ zamawiający wskazuje obowiązki leżące po stronie wykonawcy. Poza zapewnieniem bezawaryjnego działania stacji uzdatniania wody do wykonawcy należy również zapewnienie czystości niecek basenowych oraz codzienne czyszczenie ścian niecek basenowych tzw. linii wodnej. Wykonawca A zadeklarował przeznaczenie do dyspozycji dwóch odkurzaczy basenowych, które są w jego posiadaniu, a na ich amortyzację i koszty eksploatacji przeznacza kwotę 450,00 zł miesięcznie. Z informacji wykonawcy A nie wynika kiedy zostały kupione, jaką wydajność mają odkurzacze i czy ich praca tylko w wyznaczonych przez zamawiającego godzinach zapewni požądany przez zamawiającego efekt.

Wykonawca A świadczy usługi również na innych obiektach basenowych. Nie wiadomo jak długo wcześniej te odkurzacze pracowały, czy ich wydajność nie obniżyła się na skutek kilkuletniej eksploatacji. W tak dużym obiekcie, przy tej liczbie niecek basenowych 2 odkurzacze tej klasy (cena sugeruje klasę urządzenia) nie zapewnią odpowiedniego poziomu czystości. W wyjaśnieniach poza deklaracją, że wykonawca A zamierza przekazać do dyspozycji 2 odkurzacze basenowe brakuje dowodów, że wykonawca A jest posiadaczem odkurzaczy.

Brakuje także informacji o wymaganym przez zamawiającego odkurzaczu ręcznym do czyszczenia wanien i jaccuzzi. Nie wiadomo czy wykonawca A dysponuje takim sprzętem czy będzie go musiał zakupić.

Wykonawca A nigdzie nie wskazał również kosztów chemii przeznaczonej do czyszczenia niecek basenowych na linii wody. Ponadto liczba czynności jakie należy wykonać na nocnej zmianie oraz wielkość basenów, a co za tym idzie liczba metrów linii wody do umycia, nadzorowanie pracy odkurzaczy podwodnych, mycie wanien odkurzaczem ręcznym oraz stała obecność na podbaseniu i kontrolowanie parametrów stacji uzdatniania wody jest dla jednego pracownika zbyt duża dlatego odwołujący uważa, że wykonawca A nieprawidłowo przyjął liczbę osób niezbędnych do realizacji usługi w serwisie nocnym. W ocenie odwołującego pracę na nocnej zmianie powinno wykonywać 2 pracowników.

Wykonawca A w złożonych wyjaśnieniach na pierwsze wezwanie zamawiającego pismem z 2.07.2019 r. powołuje się na realizację podobnej usługi w ostatnich latach w Parku Wodnym w Koszalinie. Do zakresu działań wchodziła stała obsługa techniczna oraz dostawa środków chemicznych. Zgodnie ze złożoną ofertą w postępowaniu, które było prowadzone przez Zarząd Obiektów Sportowych sp. z o.o. w Koszalinie wykonawca A zadeklarował dostawę środków chemicznych za łączną kwotę 122.405,50 zł na 12 miesięcy, czyli dwukrotnie więcej niż wynika to z przedstawionych kalkulacji na obiekt zamawiającego. Tu wykonawca A zadeklarował kwotę 5.100,00 zł miesięcznie, czyli 61.200,00 zł rocznie. Jeśli

wykonawca A dowodzi, że oba obiekty są porównywalne to różnica w planowanej ilości środków chemicznych jest daleko zaniżona.

Mając na względzie powyższe rozważania podkreślić należy, że wyjaśnienia wykonawcy A składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający powinien badać nie tylko przez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takie w ogóle są podane), ale i przez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia (KIO 297/17). Racjonalność zamawiającego powinna być odczytywana jako kontrola przestrzegania zasad dyscypliny finansów publicznych i przede wszystkim umiejętność wskazania, w okolicznościach danej sprawy, które elementy ofert i wyjaśnień, jego zdaniem stanowią o nierealności założeń oferty wykonawcy.

Pomimo swojego ogromnego doświadczenia jakim legitymuje się wybrany wykonawca A w opinii odwołującego wykonawca A nie wykazał, że zaproponowana przez wykonawcę A cena nie jest rażąco niską ceną. Wyjaśnienia są niespójne, brak też dowodów na potwierdzenie warunków zatrudnienia pracowników tj. np. zanonimizowanych umów. Brak też kosztów związanych z prowadzeniem działalności tj. obsługą kadrowo-księgową, kosztów nadzoru nad realizacją umowy.

Wykonawca A nie wziął też pod uwagę głównego czynnika jakim jest całodobowa, 7 dni w tygodniu obecność na obiekcie minimum jednego pracownika. Stąd już na samym początku przyjął błędną kalkulację. Wymóg zamawiającego to minimum jakie należy zapewnić, a praktyka w obsłudze stacji uzdatniania wody i czynnościach dodatkowych jakie wymaga zamawiający to element, który wykonawca A powinien skalkulować na podstawie własnego doświadczenia. Obiekt został oddany do użytku w 2019 r. i firma, która przejmuje obiekt w obsługę musi przewidzieć wszystkie okoliczności jakie mogą się wydarzyć. Zysk jaki wykazał wybrany wykonawca A na poziomie 7% jest poniżej ogólnie przyjętego na rynku poziomu zysku w usługach i w razie wystąpienia czynników, których wykonawca A mógł nie brać pod uwagę wcześniej nie zabezpieczy realizacji zamówienia bez ponoszenia strat. Takim czynnikiem w obsłudze basenów jest np. niedochowanie parametrów wody, które skutkują wyłączeniem niecek z użytkowania i pokryciem kosztów przez wykonawcę. Zastosowanie niskiej ceny nie może być determinantem do uzyskania zamówienia publicznego, a zamawiający powinien dążyć do bezspornego wyjaśnienia wszystkich czynników cenotwórczych mających wpływ na realizację umowy zgodnie z wytyczonym OPZ oraz obowiązującymi przepisami prawa. Wykonawca A w postępowaniu był trzykrotnie wzywany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a pomimo tego nie wykazał się rzetelnym i dogłębnym podejściem do sprawy. Wykonawca A potraktował wyjaśnienia ogólnikowo i powierzchownie, a pomimo tego jego wyjaśnienia zostały przyjęte przez zamawiającego.

W związku z tym oferta wykonawcy A powinna zostać odrzucona przez zamawiającego na mocy przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3, art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 17.09.2019 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 17.09.2019 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

20.09.2019 r. wykonawca A złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego odwołującego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł na posiedzeniu z udziałem stron odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 1.10.2019 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A) odwołującego:

- 1) dowód O1 – wynagrodzenie 2019/2020 na wykazanie rzeczywistych kosztów i liczby godzin pracy dla wykonania umowy;
- 2) dowód O2 – grafik za sierpień dla zatrudnienia pracowników na 3,5 etatu na wykazanie liczby nadgodzin w przykładowym miesiącu przy standardowych zmianach po 8 godzin pracy;

- 3) dowód O3 – harmonogram dla 3,5 etatu w systemie 24 godz. dla wykazania liczby godzin i podstawowych kosztów pracy przy założeniu czasu pracy na 24 godziny na zmianę;
- B) zamawiającego:
- 4) odpowiedź zamawiającego na odwołanie wraz z 25 załącznikami.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 91 ust. 1, art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez dokonanie czynności wyboru oferty wykonawcy A jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta wykonawcy A powinna zostać odrzucona oraz zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3, art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy A z uwagi na rażąco niską cenę (dalej RNC) oraz z uwagi na to, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę A potwierdziły, że oferta zawiera cenę rażąco niską – nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający w odpowiednim terminie przed wszczęciem postępowania, na podstawie art. 35 ust. 1 i 2 Pzp oszacował zamówienie na wartość 566 869,92 zł (netto). Zamawiający otrzymując ofertę wykonawcy A na kwotę 397 290,00 zł brutto wdrożył procedurę przewidzianą w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, gdyż cena całkowita oferty wykonawcy A była niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny VAT [$397\ 290,00 : (566\ 869,92 \times 1,23) \times 100\% = 57\%$ czyli cena niższa o 43%]. Przepis art. art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp brzmi »W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od [...] wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia«. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp cyt. »Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy«. Obowiązek wykonawcy wykazania, że oferta nie zawiera RNC nie ogranicza się do złożenia samych wyjaśnień, ale obejmuje także złożenie dowodów, co wynika z wprowadzenia do wyliczenia art. 90 ust. 1 Pzp, które brzmi »Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie [...]«.

Izba dodaje, że przyjęte jest, że zamawiający może wielokrotnie zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, aż z wyjaśnień wykonawcy zamawiający uzyska pewność, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny albo

przeciwnie, zamawiający uzyska pewność, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia i w związku z tym zamawiający ma obowiązek odrzucić taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«. Ponadto zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, jeżeli wykonawca nie udzieli wyjaśnień (co nie miało w rozpoznawanej sprawie miejsca) lub zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, jeżeli ocena wyjaśnień wykonawcy dokonana przez zamawiającego potwierdzi, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę (o czym niżej). Obowiązek ten wynika z art. 90 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający stykając się z ofertą o cenie niższej o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT, zamawiający zwrócił się do wykonawcy A więcej niż jednokrotnie o wyjaśnienia różnych aspektów zaoferowanej ceny. Jest bezsporne, że koszty osobowe świadczenia rozpoznawanej usługi były najważniejszym składnikiem ceny ofertowej. Dlatego wykonawca A w wyjaśnieniach bardzo szczegółowo wykazał wyliczenie kosztów osobowych. Ponadto wykonawca A przedstawił szczegółowe wyliczenie kosztów zakupu środków chemicznych koniecznych do prawidłowego wykonania zamówienia i dowiódł rzetelności tych rachunków załączając faktury zakupu tych środków. Zamawiający – po wnikliwym sprawdzeniu tych (i pozostałych informacji wykonawcy A) uznał, zdaniem Izby zasadnie, że wykonawca A w swojej ofercie nie zawarł rażąco niskiej ceny, ale cena jest realna i nie ma zagrożenia właściwego wykonania zamówienia, a wykonawca A będzie jeszcze uzyskiwać odpowiedni zysk.

Wykonawca A przewidział, że minimalna obsada kadrowa do wykonania zamówienia to 3,5 etatu, ale wykonał obliczenia na 4 etaty, aby mieć odpowiednią rezerwę na urlopy, odbiór godzin za pracę w niedziele i święta itd. oraz wykonawca A zadeklarował w całkowicie „awaryjnych” sytuacjach kadrowych osobiste świadczenie usługi, a nie za pośrednictwem zatrudnionych osób. Ponadto wykonawca A przewidział dość duży koszt dojazdów do pracy pracowników (około 1000 zł na jednego pracownika), jednak wykonawca A przewidział – po zawarciu właściwej umowy z zamawiającym – zatrudnienie osób miejscowych, co wpłynie na możliwość uelastyczenia kosztów czy zwiększenia uposażeń pracowników ponad obecnie obowiązujący poziom płacy minimalnej. Ponadto wykonawca A zwrócił uwagę na miejscowy rynek pracy i panujące tam bezrobocie, co ułatwia wykonawcy A zatrudnianie pracowników za niższe stawki płacowe. Odnośnie narzędzi – wykonawca A wykazał ceny nabycia i eksploatacji na znacznie wyższym poziomie, bo rynkowym, gdy sam wykonawca A jest dystrybutorem tych urządzeń i ma możliwość ich nabycia po znacznie niższej cenie.

Zamawiający biorąc przede wszystkim te informacje pod uwagę uznał, że cena ofertowa wykonawcy A nie zawiera rażąco niskiej ceny i nie odrzucił oferty wykonawcy A, a w konsekwencji zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy A jako najkorzystniejszej, co zdaniem Izby było w pełni zgodne z art. 91 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

Dodatkowo Izba musi stwierdzić, że odwołujący nie wykazał naruszenia art. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, a odwołujący tylko w odwołaniu ogólnie wskazał na naruszenie tych przepisów bez żadnego uzasadnienia. Art. 7 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości«, a art. 7 ust. 1 Pzp brzmi »Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy«.

Dlatego w ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 91 ust. 1, art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3, art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że w rozpoznawanej sprawie zamawiający dokonując wyboru oferty wykonawcy A nie naruszył art. 91 ust. 1 Pzp, co zostało omówione w analizie oddalenia zarzutów pierwszego i drugiego. W związku z tym wybór najkorzystniejszej oferty innej niż oferty wykonawcy A byłby naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp, a do tego nie doszło w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym.

Dodatkowo Izba musi stwierdzić, że odwołujący nie wykazał naruszenia art. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, a odwołujący tylko w odwołaniu ogólnie wskazał na naruszenie tych przepisów bez żadnego uzasadnienia.

Dlatego w ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę Izby w kwocie 171 zł i koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: