Sygn. akt: KIO 3529/23

WYROK

z dnia 18 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Beata Konik

Protokolant:Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie 13 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 listopada 2023 r. przez odwołującego Gniewińskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Gniewnie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Bydgoszcz, przy udziale DELPHINUS Sport Promotion Stowarzyszenia Rekreacyjno-Sportowego z siedzibą w Bydgoszczy zgłaszającegoprzystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca: ……..

Sygn. akt: KIO 3529/23

UZASADNIENIE

Miasto Bydgoszcz, (dalej:*„Zamawiający”*) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn.: *„Usługa ratownictwa wodnego na obiekcie krytego basenu w Centrum Rekreacji Astoria położonego w Bydgoszczy przy ul. Królowej Jadwigi 23”*, nr postępowania: ZP 7/2023.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 29 września 2023 r., nr 2023/S 184-576640.

W postępowaniu tym wykonawca - Gniewińskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Gniewnie (dalej: *„Odwołujący”*) 26 listopada 2023 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania czynności w postępowaniu, tj.:

1.niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze, jako oferty najkorzystniejszej, oferty Wykonawcy STOWARZYSZENIE REKREACYJNO-SPORTOWE DELPHINUS SP PROMOTION ul. Kowalska 81, 51-424 Wrocław (dalej Wykonawca Wybrany), w sytuacji, kiedy oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż powinna ona zostać odrzucona, ponieważ:

A.zawiera rażąco niską cenę, a Wykonawca wezwany do złożenia wyczerpujących wyjaśnień nie sprostał obowiązkowi ustawowemu, zgodnie z którym to na nim spoczywa wykazanie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, pomimo tego, że Zamawiający wystosował jasno sprecyzowane wezwanie ze wskazaniem, że oczekuje złożenia wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie wyliczenia ceny lub ich istotnych części składowych, gdyż cena oferty wydaje się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, oraz wykazania, czy w cenie oferty uwzględniono wszystkie koszty, związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, zgodnie z dokumentami zamówienia i wynikającymi z odrębnych przepisów, w tym uwzględnienia zapisów pkt XIX.1 SWZ Sposób wyliczenia ceny- czyli Zamawiający w wezwaniu w sposób dokładny i precyzyjny określił, jakich informacji oczekuje od Wykonawcy Wybranego; w odpowiedzi Wykonawca wybrany złożył wyjaśnienia ogólne, skupiające się na kwestionowaniu wezwania z uwagi na fakt dotychczasowej współpracy, ponadto zawierające

oświadczenia, że nie uwzględnił w wycenie poszczególnych wymagań Zamawiającego wynikających z SWZ oraz z załącznika nr 1 do SWZ - OPZ, ponieważ nie rozumie zapisów SWZ, wskazanych w wezwaniu, a według których winien był skalkulować cenę oferty, a ponadto domagał się – dopiero na etapie badania i oceny oferty - od Zamawiającego wyjaśniania treści SWZ, czego po złożeniu i otwarciu ofert Zamawiającemu czynić nie wolno; nadto Wykonawca stwierdził wielokrotnie, że kosztem podstawowym (wyłącznym wg wykonawcy) jest wynagrodzenie ratowników, i błędnie wskazał jego wyliczenie, polegające na przemnożeniu stawki godzinowej wynagrodzenia minimalnego brutto pracownika z 2024 r. i ilości roboczogodzin –uzyskując kwotę 1.157.240,52 zł, po czym w innym fragmencie podał przy błędną liczbę rh miesięcznie (ok. 1700 zamiast 1600) co dawało całościowo liczbę rh w trakcie umowy 40 800 rh zamiast założonej przez zamawiającego 38 421 rh i planowaną liczbę etatów na około 10 – co dawało kwotę 1.228.896,00 zł - wyższą o ponad 70.000,00 zł niż podana wcześniej, pomijając związanie podawanych liczb z liczbą etatów koniecznych do zapewnienia ciągłości prac – gdzie uwzględniając liczbę 10 etatów, kwota za wykonanie zadania w ofercie tego wykonawcy wynosiłaby min. 1.329.258,90 zł [o 30.629,10 zł więcej niż zaproponowana w ofercie], gdy w rzeczywistości dla zapewnienie prawidłowego, ciągłego wykonywana przedmiotu umowy konieczne jest mi. 10,32 etatu, co daje kwotę 1.363.091,71 zł [o 64.461,91 zł więcej niż zaoferowana w ofercie], bez pozostałych kosztów, zatem można przyjąć, że z jednej strony wykonawca miał pełną świadomość, jak powinno wyglądać jego wyjaśnienie oraz wyliczenia, z drugiej zdecydował o podaniu jedynie zdawkowych informacji, powszechnie wiadomych tzn. ile będzie wynosić stawka wynagrodzenia minimalnego w 2024r., wskazaną w SWZ liczbę rh, ewentualną niedookreśloną liczbę etatów – wszystko to, jak wykazywały kolejne wezwania i wyjaśnienia oraz wyliczenia powyżej błędnie, gdyż nie zgadzały się ani kwoty ani liczba etatów (którymi Wykonawca wybrany manipuluje, aby „zmieścić" się w zaproponowanych kosztach), nadto doszły także kolejne koszty – co istotne wyliczane przez Wykonawcę na podstawie faktur i rachunków z roku 2020 i 2021, a więc nieaktualnych, które wykonawca składał zapewne w poprzednim postępowaniu (!), a które zawierają ceny kompletnie nieaktualne w realiach nowego przetargu na lata 2024-2025, co już samo wystarczało do tego, by zakwalifikować wyjaśnienia z późniejszymi załączanymi dowodami jako nieuzasadniające podanej w ofercie ceny - co ewidentnie wskazuje na fakt, że Wykonawca wybrany nie wykazał ani pierwszym wyjaśnieniem (ogólne wyjaśnienia, bez dowodów, z których wynikała wyższa niż w ofercie cena, ani nawet kolejnymi wyjaśnieniami – do których nie powinien już być przez Zamawiającego wezwany prawidłowości skalkulowanej ceny (odmienne kalkulacje w każdym z kolejnych dokumentów, błędne i poprawiane zestawienia księgowe, dowody z lat 2020 i 2021, nieuwzględnienie zabezpieczenia ciągłości prac); dokonanie badania i oceny tych wyjaśnień leży w obowiązkach Zamawiającego, czego w niniejszym postępowaniu zabrakło, gdyż za nieuprawnione należy uznać bezrefleksyjne przyjmowanie oświadczeń Wykonawcy, a za niedopuszczalną należy wskazać praktykę wyjaśniania wykonawcy postanowień SWZ, kolejnych wezwań i wskazywania w kolejnym wezwaniu, jakie konkretnie składniki cenotwórcze winny znaleźć się w kosztorysie składającym się stawkę jednej roboczogodziny i co konkretnie należy rozumieć pod poszczególnymi zapisami SWZ - tym samym sporządzając za Wykonawcę wybranego kosztorys, do którego ten ostatni musiał jedynie dopasować kwoty – co jak wynika z wyjaśnień okazało się przekraczać możliwości wykonawcy (zamawiający musiał wskazywać przykładowo, że trudno zakładać, iż ratownicy przez 2 lata trwania umowy będą chodzić w tych samych spodenkach i koszulkach i w cenie należy ująć większą ilość kompletów odzieży, wobec czego Wykonawca wybrany w kolejnych wyjaśnieniach zmienił ilość kompletów, a co za tym idzie, zmienił się koszt tego obowiązkowego elementu – pozostałe przykłady zostaną przytoczone szerzej w uzasadnieniu odwołania), co oznacza, że w rzeczywistości Wykonawca Wybrany, składając ofertę w niniejszym postępowaniu, uznawał tylko i wyłącznie za koszt wynagrodzenie pracowników, pomijając inne elementy cenotwórcze, to z kolei dowodzi, że cena zaoferowana jest rażąco niska, a w wyjaśnieniach Wykonawca Wybrany manipulował kosztami by stworzyć iluzje, że zaoferował cenę prawidłową lecz nawet w najlepszym wypadku nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska – jako taka oferta podlegała odrzuceniu, czego Zamawiający nie uczynił;

B. jest ofertą, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ Wykonawca wybrany oświadczył, że jedynym i podstawowym kosztem jest koszt wynagrodzenia ratowników (str. 6 wyjaśnień z 3.11.2023r) i nie przewiduje innych kosztotwórczych obowiązków, gdy tymczasem obecność ratowników to jeden z elementów przedmiotu umowy opisany w zał. Nr 1 do SWZ, gdzie opisano szereg obowiązków umownych i dopiero Zamawiający w wezwaniu nr 2 z dnia 7.11. 2023r. wyjaśniał wykonawcy, że w zakresie przedmiotu umowy jest również: zapewnienie przez cały okres pełnienia dyżurów ratowniczych kompletnej torby ratowniczej (zestaw ratowniczy WOPR w standardzie R1, w tym z butlą tlenową), w tym uzupełnianie braków, zapewnienie przez Wykonawcę kompletnych strojów ratowniczych dla wszystkich osób pełniących dyżury ratownicze, czy zapewnienie sprzętu do treningów ratowników, w tym manekina, posiadania przez cały okres obowiązywania

Umowy opłaconej, aktualnej polisy ubezpieczeniowej OC w związku z prowadzoną działalnością na sumę gwarancyjną min. 1 000 000,00 zł na jedno i wszystkie zdarzenia – co stoi w całkowitej sprzeczności z twierdzeniem Wykonawcy z pisma 3.11.2023r., że SWZ nie precyzuje [według Wykonawcy] np. środków i narzędzi które miałby dostarczyć Wykonawca, bo Zamawiający posiada własne wyposażenie, a w koszt pracy brutto pracownika wliczono wzrost cen towarów i usług konsumpcyjnych, jak również, że nie uważa za swój obowiązek umowny utrzymania środków w stanie kompletnym i technicznym gwarantującym ciągłość pracy i nie rozumie co się kryje pod tym pojęciem – wszystkie razem oświadczenia Wykonawcy Wybranego świadczą jednoznacznie o tym, że złożył on ofertę na inny zakres niż wymagany przez Zamawiającego w SWZ, czyli treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z określonymi warunkami SWZ;

C.zawiera błędy w obliczeniu ceny, polegające na tym, że cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia, podanym w dokumentacji przetargowej tj. na złożeniu oferty z pominięciem cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji w związku m.in. z nieuwzględnieniem elementów przedmiotu zamówienia, czyli zastosowaniu niewłaściwego zakresu czynności, co wykazano w punkcie powyżej, oraz z błędnym wyliczeniem liczby etatów niezbędnych do zapewnienia prawidłowej, ciągłej realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż należało uwzględnić fakt przebywania ratowników na urlopach i konieczność zastąpienia w tym czasie wymaganej obsady innymi ratownikami, a jak oświadczył Wykonawca wybrany nie przewiduje on nadgodzin i biorąc pod uwagę fakt, że urlopy w wymiarze 20 lub 26 dni [w żadnym momencie Wykonawca Wybrany nie wykazał, by zatrudniał wyłącznie osoby, którym przysługuje niższy wymiar urlopu- 20 dni] to liczba etatów wymagana do zabezpieczenia i wyliczenia kosztów to 10,32, a nie jak wyliczył wykonawca wybrany 9,529, co oznacza błędnie wyliczoną cenę, która wynosi min. 1.363.091,71 zł bez pozostałych kosztów, czyli kwotę o 64.461,91 zł wyższą niż oferta Wykonawcy Wybranego.

2.niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Wybranego z postępowania, pomimo, że wykonawca, będąc wezwany do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożył jedynie wyjaśnienia ogólne, w których nie tylko nie wyjaśnił zaoferowanej ceny i w żaden sposób nie udowodnił – nie złożył żadnych dowodów, poza oświadczeniem koordynatora o gotowości zatrudnienia na obiekcie na umowę o pracę za najniższa krajową, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, a wręcz w wyjaśnieniach wprost oświadczył, że nie uwzględnił podstawowych elementów cenotwórczych, nie uwzględnił w kalkulacji wszystkich elementów przedmiotu zamówienia realizowanego w roku 2023, założył błędną liczbę roboczogodzin w miesiącu i niedookreśloną liczbę etatów potrzebną do realizacji przedmiotu zamówienia co oznacza, że nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską- co szerzej zostało opisane w punkcie 1 powyżej, podczas gdy cena ta jest ceną rażąco niską, ponieważ same koszty zatrudnienia, nawet przyjmując stawki najniższej krajowej, przekraczają cenę oferty Wykonawcy Wybranego, gdyż wbrew twierdzeniom Wykonawcy, który sprostował w kolejnych wyjaśnieniach, że przewidział 9,529 etatu, do prawidłowej realizacji przedmiotu umowy potrzebne jest 10,32 etatu, a to pomnożone przez koszty brutto pracodawcy za jednego pracownika wynoszące w ciągu całego trwania umowy - 132.082,53 zł x 10,32 - daje kwotę 1.363.091,71 zł, czyli kwotę o 64.461,91 zł wyższą niż oferta Wykonawcy Wybranego i to bez uwzględnienia pozostały kosztów wymaganych do kalkulacji, już zatem samo to daje podstawę do odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niska cenę; a z wyjaśnień wykonawcy nie wynika, aby było inaczej; nadto należy stanowczo zaprzeczyć twierdzeniom Wykonawcy wybranego jakoby pierwsze wezwanie Zamawiającego z dnia 30.10.2023r. było zbyt ogólne i stanowiło sugestię, do której tenże wykonawca mógł się odnieść w sposób zdawkowy – takie rozumienie zostało całkowicie ukrócone poprzez orzecznictwo, w którym wyjaśniono, że ewentualne ogólnikowe wezwanie czy też wezwanie sporządzone na dużym poziomie ogólności – przy czym z takim wezwaniem nie mamy tutaj do czynienia, a Odwołujący jedynie dla wykazania na wstępie błędów Wykonawcy Wybranego w rozumowaniu wskazuje na ten aspekt - należy traktować jako przyznanie szerokiego zakresu swobody wezwanemu wykonawcy w przedstawianiu wyjaśnień i absolutnie nie oznacza to, że wykonawca może złożyć jakiekolwiek wyjaśnienia, które następnie zostaną bezrefleksyjnie zakwalifikowane jako wystarczające, ponieważ swobodę, o której mowa powyżej należy interpretować jako możliwość zastosowania przez wykonawcę takiego sposobu argumentacji, który w jego ocenie w danej sytuacji jest wystarczający zarówno co do poziomu szczegółowości oraz środków dowodowych udowadniających zaoferowaną cenę. [KIO 820/23 z dnia 7 kwietnia 2023 r.], a zatem nie ma żadnych podstaw do twierdzenia, że złożone przez Wykonawcę Wybranego wyjaśnienia spełniały wymagania stawiane przed wykonawcą wezwanym, na którym ciąży obowiązek udowodnienia, że ujął w kosztach wszystkie elementy wymagane SWZ i przepisami prawa i zaoferowana cena nie jest rażąco niska;

3.niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności, polegającej na trzykrotnym wezwaniu Wykonawcy Wybranego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pomimo, że nie było podstaw do dodatkowego wezwania w zakresie wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na pierwsze wezwanie z dnia 30.10.2023 r., albowiem z treści wyjaśnień wykonawcy z

dnia 3.11.203 r. wynikało jasno, że Wykonawca Wybrany skupia się na udowodnianiu braku formalnych podstaw ustawowych do wezwania, a w aspekcie merytorycznym wprost wynikało z nich, że cena została skalkulowana z pominięciem podstawowych składników cenotwórczych, takich jak: koszty realizacji część przedmiotu umowy w roku 2023r., koszty wynikające bezpośrednio z obowiązku zatrudniania ratowników na umowę o pracę (m.in. badania lekarskie, szkolenia BHP), posiadania obowiązkowej polisy OC wymaganej SWZ i OPZ, zapewnienia sprzętu treningowego oraz zestawu ratowniczego WOPR w standardzie R1 w tym z butlą tlenową- uzupełniania braków w tym zakresie i serwisowania sprzętu, zapewnienie kompletnych strojów ratowniczych dla wszystkich osób pełniących dyżury ratownicze, zapewnienia pełnej obsady obiektu wymaganej SWZ podczas nieobecności pracowników z powodu urlopu itd., co zauważył sam Zamawiający i wskazał w kolejnych wezwaniach, a co więcej Wykonawca wybrany w odpowiedzi na wezwanie stwierdził, że nie jest w stanie określić o jakie kwestie i elementy pyta w wezwaniu Zamawiający, podając praktycznie przy każdym wskazanym w wezwaniu elemencie formułkę „warunek jest zbyt ogólny", co na etapie badania i oceny ofert świadczy o zaniedbaniu Wykonawcy, który wykazał się niewiedzą w zakresie elementów składowych przedmiotu umowy, a co za tym idzie nie dokonał ich wyceny, nie skorzystał też wcześniej na etapie przed składaniem ofert z instytucji wyjaśnienia treści SWZ, skoro, jak twierdzi w piśmie z 3.11.2023r. nie rozumiał ich treści; w takiej sytuacji nie ma wątpliwości, że poprzez złożone wyjaśnienia Wykonawca wybrany nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, a w konsekwencji nie było podstaw do kolejnych wezwań, ponieważ nie było czego doprecyzowywać; w wyjaśnieniach w z dnia 13.11.2023 pojawiły się za to kolejne nowe treści, całkowicie odmienne od pierwszych wyjaśnień min. dotyczące tego, że do realizacji oddelegowanych będzie około 15 osób zatrudnionych w częściach etatu – co oznaczało zwiększenie kosztów szkoleń, badań, kompletów ubrań itp., co dowodzi jedynie, że wzywając wykonawcę wybranego ponownie Zamawiający dał mu możliwość złożenia od nowa wyjaśnień i dowodów, tak jakby pierwszego wezwania w ogóle nie było – stoi to w rażącej sprzeczności z zasadami równego traktowania, nadto przeczy obowiązkowi wynikającemu wprost z ustawy Pzp stanowiącemu, ze to wykonawca ma uzasadnić zaoferowaną cenę, a nie Zamawiający udowodnić, że cena jest rażąca;

4. niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Wybranego pomimo, że zawiera błędy w obliczeniu ceny polegające na tym, że cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej tj. na złożeniu oferty z pominięciem cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji w związku m.in. z nieuwzględnieniem elementów przedmiotu zamówienia, czyli zastosowaniu niewłaściwego zakresu czynności, co wykazano w punkcie powyżej, czy ze złym wyliczeniem liczby etatów niezbędnych do zapewnienia prawidłowej, ciągłej realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż należało uwzględnić fakt przebywania ratowników na urlopach i konieczność zastąpienia w tym czasie wymaganej obsady innymi ratownikami, a jak oświadczył Wykonawca wybrany nie przewiduje on nadgodzin i biorąc pod uwagę fakt, że urlopy w wymiarze 20 lub 26 dni [w żadnym momencie Wykonawca Wybrany nie wykazał, by zatrudniał wyłącznie osoby, którym przysługuje niższy wymiar urlopu- 20 dni] to liczba etatów wymagana do zabezpieczenia i wyliczenia kosztów to 10,32, a nie jak wyliczył wykonawca wybrany 9,529, co oznacza błędnie wyliczoną cenę, która wynosi min. 1.363.091,71 zł bez pozostałych kosztów, czyli kwotę o 64.461,91 zł wyższą niż oferta Wykonawcy Wybranego.

5. niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Wybranego pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na oświadczenie Wykonawcy wybranego, iż jedynym i podstawowym kosztem jest koszt wynagrodzenia ratowników (str. 6 wyjaśnień z 3.11.2023r), w który wliczono wzrost cen towarów i usług konsumpcyjnych – gdyż na etapie sporządzania wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 3.11.2023r. Wykonawca Wybrany nie przewidywał innych składników przedmiotu umowy, twierdząc przykładowo, że cały sprzęt jest własnością Zamawiającego, nie uważa za swój obowiązek umowny utrzymania środków w stanie kompletnym i technicznym gwarantującym ciągłość pracy i nie rozumie co się kryje pod tym pojęciem – wszystkie razem oświadczenia Wykonawcy Wybranego świadczą jednoznacznie o tym, że złożył on ofertę na inny zakres niż wymagany przez Zamawiającego w SWZ, czyli treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z określonymi warunkami SWZ;

6. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności, polegającej na dokonaniu wykładni zapisów SWZ oraz załączników do SWZ po złożeniu i otwarciu ofert, w trakcie procedury badania i oceny ofert, co narusza w najwyższym stopniu zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty i zgodnie z ustalonymi przez zamawiającego zasadami prowadzenia postępowania, w związku z wyjaśnieniami jakich zamawiający dokonał pismem z dnia 7.11.2023r., w którym wobec wyrażonych przez wykonawcę wątpliwościami, co do treści SWZ przedstawił wyjaśnienie konkretnych zapisów SWZ w zestawieniu z poszczególnymi zapisami załączników do SWZ oraz przepisami, które wykonawca jako podmiot profesjonalny powinien znać i uwzględnić przy sporządzaniu oferty, w sytuacji, kiedy czas na zgłaszanie wątpliwości oraz

zwracanie się o dokonanie wyjaśnień jest ściśle określony i uregulowany w ustawie Pzp i ma miejsce przed terminem składania ofert, natomiast po upływie tego terminu to Zamawiający uprawniony jest do wyjaśnień ze strony Wykonawców co do treści ich ofert czy składanych dokumentów, a nie odwrotnie, właśnie po to, by zasady jakim podlegają Wykonawcy w postępowaniu były jednolite dla wszystkich podmiotów składających ofertę w danym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 3, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Wybranego, zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w sytuacji, a Wykonawca Wybrany na wezwanie Zamawiającego złożył ogólne wyjaśnienia i nie wyjaśnił i nie uzasadnił podanej w ofercie ceny, dodatkowo nie złożył żadnych dowodów, że cena nie jest ceną rażąco niską, do czego został wezwany; co szerzej opisano w zarzutach powyżej;

2)art. 224 ust. 1, ust. 3 w zw. z art. 16 p. 1) oraz art. 17 ust. 2 Pzp przez trzykrotne wezwanie Wykonawcy Wybranego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pomimo, że nie było podstaw do dodatkowego wyjaśniania, gdyż z wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na pierwsze wezwanie z dnia 30.10.2023 r. nie wynikała konieczność ich doprecyzowania lecz wobec oświadczeń tam zawartych Zamawiający powinien był wyciągnąć od razu jeden wniosek, a mianowicie, że Wykonawca Wybrany zaoferował wykonanie zamówienia za rażąco niską cenę, nieprawidłowo skalkulował cenę (Zamawiający ma obowiązek dokonać oceny wyjaśnień i sam również przeliczyć podane koszty, żeby wiedzieć, czy są prawidłowe) i nie ujął w kalkulacji wszystkich kosztów wymaganych elementów przedmiotu umowy; Zamawiający zamiast wskazywać Wykonawcy, że w cenie powinno być jeszcze kilka innych elementów jako zobowiązanie ofertowe; możliwość kolejnych wezwań jest ściśle określona i dopuszczalna wyłącznie, jeżeli w złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach powstają kolejne kwestie, nowe wątpliwości, które wymagają doprecyzowania, a nie służą dopytywaniu i wyjaśnianiu wykonawcy, jaki miał skalkulować cenę i dopytywanie do skutku aż wykonawca złoży bardziej konkretne wyjaśnienia – z których akurat w tym wypadku jasno wynika rażąco niska cena;

3)art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP w zw. z Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Wybranego w sytuacji, gdy zawiera błędy w obliczeniu ceny w związku z dokonaniem nieprawidłowego wyliczenia ceny lub kosztu poprzez błędne wskazanie liczby etatów, które są niezbędne do zapewnienia ciągłości realizacji przedmiotu zamówienia poprzez to, że liczba etatów wymagana do zabezpieczenia i wyliczenia kosztów to 10,32, a nie jak wyliczył wykonawca wybrany pierwotnie koło 10 a następnie - zapewne z uwagi na fakt, że już przy 10 etatach koszty wynagrodzeń ratowników przekroczyłyby zaoferowaną cenę o 30.000 zł, - 9,529 etatu, co oznacza błędnie wyliczoną cenę, która wynosi min. 1.363.091,71 zł bez pozostałych kosztów, czyli kwotę o 64.461,91 zł wyższą niż oferta Wykonawcy Wybranego;

4)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, które treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w sytuacji kiedy Wykonawca oświadczył wprost, że uwzględnił jedynie pracę ratowników jako jedyny element przedmiotu umowy i nie ma wiedzy na temat innych obowiązków, bo nie jest w stanie dokonać oceny co do innych obowiązków wynikających z SWZ, gdy tymczasem obecność ratowników to jeden z elementów przedmiotu umowy określonych w zał. Nr 1 do SWZ, gdzie opisano także zestaw innych obowiązków umownych i dopiero Zamawiający w wezwaniu nr 2 z dnia 7.11. 2023r. wyjaśniał wykonawcy, że w zakresie przedmiotu umowy jest również szereg obowiązków, zatem zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom;

5)art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp oraz 17 ust 2 Pzp oraz art. 135 Pzp w zw. z art. 240 Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej, który narusza równe traktowanie wszystkich wykonawców, i przeczy zasadzie wyboru oferty zgodnie z obowiązującymi przepisami, według których podlega ona odrzuceniu, na podstawie co najmniej 3 (trzech) różnych podstaw prawnych przepisów PZP, jak również z uwagi na niedozwolone dokonanie wykładni zapisów SWZ po terminie otwarcia ofert i instruowanie Wykonawcy odnośnie zawartości merytorycznej oferty i wyjaśnienia kryterium oceny ofert jakim jest cena [tutaj jej składowe] w sytuacji kiedy kryterium oceny ofert i jego opis [w niniejszym postępowaniu cena i sposób jej wyliczenia] zostały określone w sposób jednoznaczny i klarowny i nie były kwestionowane na etapie publikacji SWZ i w terminie na składanie wniosków o wyjaśnienie treści SWZ przez żadnego z oferentów.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy wybranego jako najkorzystniejszej;
2. dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego;
4. zwrotu na rzecz Odwołującego kosztów spowodowanych wniesieniem niniejszego odwołania, w szczególności kosztów wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący wyjaśnił, że gdyby postępowanie Zamawiającego było zgodne z zapisami ustawy Pzp, to oferta Wykonawcy Wybranego zostałaby odrzucona i oferta Odwołującego, która została sklasyfikowana na drugim miejscu, zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu. W takim wypadku to z Odwołującym zawarta zostałaby umowa na realizację zamówienia, tym samym mógłby zrealizować zamówienie.

Następnie Odwołujący uzupełnił wskazane w treści zarzutów uzasadnienie faktyczne, o rozważania prawne, przywołując stanowisko doktryny i orzecznictwa.

W złożonej pismem z 11 grudnia 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławcze w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, przystąpienie zgłosił wykonawca DELPHINUS Sport Promotion Stowarzyszenie Rekreacyjno-Sportowe z siedzibą w Bydgoszczy. W pisemnym stanowisku przedłożonym przy zgłoszeniu przystąpienia, zgłaszający przystąpienie wykonawca wniósł o odrzucenie odwołania a w razie nieuwzględnienia tego wniosku, o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając uzasadnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia przez wykonawcę DELPHINUS Sport Promotion Stowarzyszenie Rekreacyjno-Sportowe z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: *„Przystępujący”*) było skuteczne.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołanie jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na postawie treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: *„SWZ”*), Izba ustaliła, że termin wykonania zamówienia wynosi 24 miesiące, termin ten liczony będzie od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi. Planowany okres realizacji zamówienia rozpoczyna się 1 grudnia 2023 przy zastrzeżeniu, że termin początkowy może ulec zmianie na skutek: przedłużającego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (*vide* rozdział VI pkt 1, 2 i 4 SWZ).Cena oferty musi zawierać wszystkie koszty, jakie musi ponieść wykonawca, aby zrealizować zamówienie z najwyższą starannością oraz ewentualne rabaty (*vide* rozdział XVI pkt 10 SWZ).

Na podstawie rozdziały XIX zawierającego postanowienia dotyczące sposobu ustalenia ceny, ustalono, że:

„1. Cenę należy obliczyć w sposób uwzględniający

1) wszystkie nakłady pozwalające osiągnąć cel oznaczony w umowie,

2) zapewnienie wymaganych zasobów technicznych i kadrowych,

3) zapewnienie przez cały okres trwania umowy odpowiedniej ilości i jakości środków i narzędzi gwarantujących terminowe i jakościowe wykonanie przedmiotu zamówienia,

4) utrzymanie środków w stanie kompletnym i technicznym gwarantującym sprawną oraz ciągłą pracę w okresie realizacji umowy,

5) okres realizacji zamówienia, w tym skutki wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych do końca realizacji przedmiotu zamówienia,

6) wzrost w styczniu i lipcu 2024 roku wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;

7) wykonanie wszelkich zobowiązań wynikających z SWZ i załączników do SWZ,

8) wszelkie czynności prawne i faktyczne związane z dopełnieniem obowiązków wynikających z przepisów prawa regulującego przedmiotową problematykę,

9) naprawy ewentualnych uszkodzeń istniejącej infrastruktury powstałych podczas świadczenia usługi,

10) formę wynagrodzenia kosztorysowego, na które składa się niezmienna w okresie realizacji zamówienia stawka za 1 roboczogodzinę dyżuru ratownika oraz ilość godzin faktycznie pełnionych dyżurów przez wszystkich ratowników; dla celów porównania ofert należy do wyliczenia ceny oferty przyjąć 38421 roboczogodzin dyżuru ratownika. Wskazana ilość godzin

nie jest zobowiązaniem Zamawiającego i służy jedynie porównaniu ofert. Rozliczenie za wykonaną usługę będzie następowało na zasadach wskazanych we wzorze umowy za faktycznie pełnione dyżury przez wszystkich ratowników w danym okresie rozliczeniowym."

W rozdziale XXVI SWZ, Zamawiający zawarł wymagania w zakresie zatrudnienia na postawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 ustawy Pzp, gdzie Zamawiający wskazał w pkt 3:

„Dokumentowanie zatrudnienia osób wykonujących w pkt. 1 czynności polegać będzie:

1)na etapie składania ofert- Wykonawca składa oświadczenie w formularzu oferty

2)po wyborze oferty najkorzystniejszej najpóźniej w dniu podpisania umowy – Wykonawca składa wykaz osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub Podwykonawcę skierowanych do realizacji zamówienia, zawierający imię i nazwisko, rodzaj i datę zawarcia umowy, wymiar czasu pracy, rodzaj wykonywanych czynności,

3)*na etapie realizacji umowy – na zasadach określonych we wzorze umowy".*

W treści opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał:*„Wykonawca będzie powiadamiany drogą elektroniczną lub przez Koordynatora ratowników, o dniach, kiedy dodatkowo będzie rozkładany tor wodny lub nastąpi potrzeba zwiększenia lub zmniejszenia obsługi ratowniczej. Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia odpowiedniej ilości ratowników wodnych zapewniających bezpieczeństwo użytkownikom Centrum Rekreacji Astoria, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz analizą zagrożeń dla przedmiotowego obiektu. Zamawiający szacuje 38421 roboczogodzin pracy ratowników. Liczba roboczogodzin nie jest zobowiązaniem Zamawiającego i nie może być podstawą do roszczeń. Rozliczenie za wykonaną usługę będzie następowało na zasadach określonych we wzorze umowy".*

W pkt 1.2 OPZ Zamawiający wskazał obowiązki ratownika.

We wzorze umowy Zamawiający wskazał, że: „6.Do realizacji usługi zostaną skierowani ratownicy wymienieni w wykazie załączonym do oferty Wykonawcy. Wykaz będzie podlegał aktualizacji w razie zaistnienia takiej potrzeby. Zmiana/ aktualizacja wykazu wymaga zgody Zamawiającego. W wykazie każdorazowo będą ujęte osoby, które spełniają warunki określone w SWZ."

Do upływu składania ofert złożono 4 oferty. Odwołujący zaoferował cenę 1 425 419,10 zł brutto oraz cenę netto za 1 godzinę dyżuru ratownika 37,10 zł. Przystępujący złożył ofertę z ceną 1 298 629,80 zł brutto oraz cenę za 1 godzinę dyżuru ratownika 33,80 zł.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający wszczął wobec oferty Przystępującego procedurę wyjaśnienia ceny, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na okoliczność iż zaoferowana cena wydawała się Zamawiającemu rażąco niska. Zamawiający skierował do Przystępującego 3 wezwania, tj. z 30 października 2023 r., na które Przystępujący odpowiedział 3 listopada 2023 r.; z 7 listopada 2023 r., na które Przystępujący odpowiedział 13 listopada 2023 r., 14 listopada 2023 r., na które Przystępujący odpowiedział 15 listopada 2023 r.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą zarzutów.

art. 16 pkt 1

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

art. 17 ust. 2

2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

art. 135

1. Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ.

2. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert w przypadku, o którym mowa w art. 138 ust. 2 pkt 2, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na odpowiednio 14 albo 7 dni przed upływem terminu składania ofert.

3. Jeżeli zamawiający nie udzieli wyjaśnień w terminach, o których mowa w ust. 2, przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia ofert.

4. Przedłużenie terminu składania ofert nie wpływa na bieg terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, o którym mowa w ust. 2.

5. W przypadku gdy wniosek o wyjaśnienie treści SWZ nie wpłynął w terminie, o którym mowa w ust. 2, zamawiający nie ma obowiązku udzielania wyjaśnień SWZ oraz obowiązku przedłużenia terminu składania ofert.

6. Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania, a w przypadkach, o których mowa w art. 133 ust. 2 i 3, przekazuje wykonawcom, którym przekazał SWZ, bez ujawniania źródła zapytania.
art. 224 ust. 1 i 3, 5, 6
1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.
3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:
1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.
5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.
art. 226 ust. 1 pkt 5, 8, 10
1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;
art. 239 ust. 1
1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
art. 240
1. Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały.
2. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na podstawie treści odwołania, Izba zidentyfikowała następujące zagadnienia wymagające rozstrzygnięcia. Po pierwsze, Odwołujący uważa, że procedura wyjaśnienia ceny została przesz Zamawiającego przeprowadzana z naruszeniem ustawy, gdyż w okolicznościach tej sprawy Zamawiający już po odpowiedzi na pierwsze wezwanie z 30 października 2023 r. powinien odrzucić ofertę Przystępującego, który nie udzielił na to wezwanie prawidłowej odpowiedzi, tj. nie wykazał że cena jego oferty nie jest rażąco niska, zatem Zamawiający w sposób nieuprawniony kierował do Przystępującego kolejne wezwania dając mu kolejną szansę na udzielenie wyjaśnień. Po drugie, zdaniem Odwołującego, Przystępujący nie wykazał, mimo trzykrotnego wezwania go do wyjaśnienia ceny, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska. Po trzecie, oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, gdyż Przystępujący nie uwzględnił wytycznych wskazanych w treści SWZ. Po czwarte, oferta jest niezgodna z SWZ, co wyraża się w tym, że Przystępujący przyjął, że jedynym i podstawowym kosztem jest koszt wynagrodzenia ratowników.
Ad zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że złożył zbyt ogólne wyjaśnienia i nie wyjaśnił i nie uzasadnił podanej w ofercie ceny.
Zarzut podlegał oddaleniu jako niezasadny. W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się, a wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego w wystarczający sposób uzasadniają zaoferowaną przez niego cenę. Przede wszystkim w ocenie Izby,

Przystępujący udzielił adekwatnej odpowiedzi na kierowane do niego wezwania. Analizując treść pierwszego wezwania z 30 października 2023 r., zdaniem Izby można wywieźć, że Przystępujący został wezwany co najmniej do wyjaśnienia kosztów pracy wskazanych art. 224 ust. 1 pkt 4) i 6) ustawy Pzp oraz potwierdzenia, że skalkulował pozostałe koszty niezbędne do wykonania zamówienia. Nie sposób stwierdzić, aby udzielone pismem wyjaśnienia z 3 listopada 2023 r. nie odnosiły się do tego zakresu wezwania. Przystępujący porównał dotychczasowe koszty świadczenia usługi z tymi zaoferowanymi w tym postępowaniu, w tym wskazał, że podwyższył stawkę godzinową w porównaniu do poprzedniego postępowania. Przystępujący wskazał uwzględnione przy kalkulacji ceny stawki za I i II półrocze po doliczeniu kosztów pracodawcy, a także podał, iż uwzględnił składki na ubezpieczenie społeczne. Ponadto Przystępujący wskazał, że uwzględnił koszt urlopu wypoczynkowego w wysokości 86 000 zł za dwa lata. Rzeczywiście w treści tych wyjaśnień Przystępujący przyznał kilkukrotnie, że podstawowym kosztem jest koszt pracy ratowników, ale dostrzec też trzeba, że nie wynika z treści tych wyjaśnień, aby był to jedyny koszt uwzględniony przez Przystępującego, tym bardziej, że Przystępujący wykazał, że zostaje mu jeszcze *„kwota wolna”* w wysokości 55 389,30 zł na *„wszelkie, ewentualne zobowiązania oraz marżę”*. Co do zakresu wynikającego z pkt XIX.1 SWZ Przystępujący rzeczywiście nie odkodował takich kosztów jak polisa, badania, spodenki i t-shirty, czy wyposażona torba oraz manekin, jednak jednocześnie potwierdził, że skalkulował w cenie koszty niezbędne do wykonania usługi i że dysponuje sprzętem ratowniczym, a także potwierdził, że posiadania ubezpieczenie. Zdaniem Izby odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie tak udzielonych wyjaśnień byłoby przejawem skrajnie formalnego podejścia. Okoliczność, że Przystępujący częściowo w wyjaśnieniach powołał się na zaokrąglone wartości np. ok 10 etatów również nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Dostrzec bowiem należy, że już w pierwszych wyjaśnieniach Przystępujący przyjął wskazaną przez Zamawiającego w SWZ liczbę roboczogodzin w wysokości 38421, a w wyjaśnieniach z 13 listopada 2023 r. podał dokładną liczbę etatów 9,529, zatem podana w wyjaśnieniach z 3 listopada 2023 r. zaokrąglona do 10 liczba etatów nie odbiega znacząco od wyliczonej rzeczywistej liczby etatów. Zdaniem Izby, Odwołujący w stanowisku wskazanym w pkt 1.A) uzasadnienia str. 3 odwołania, dokonał nadinterpretacji wyjaśnień Przystępującego. Tak udzielone wyjaśnienia nasuwają pewne wątpliwości, które mogą być rozwiane przez kolejne wezwanie. Treść wezwania z 7 listopada 2023 r wskazuje, że możliwe było sformułowanie jego treści w bardziej precyzyjny sposób. Różnica w odpowiedzi udzielonej 13 listopada 2023 r., a w pierwszych wyjaśnieniach polega na tym, że Przystępujący udzielił dokładniejszych wyjaśnień, adekwatnych do wezwania. Dostrzec też trzeba, że wyjaśnienia te nie uległy znaczącej zmianie w porównaniu z pierwszymi wyjaśnieniami, lecz w ocenie Izby zostały doprecyzowane i uszczegółowione. Rzeczywiście Przystępujący część kosztów jak koszt sprzętu, polisy czy spodenek i koszulek podał w niejednolity sposób, ale Zamawiający słusznie uznał, że budzi to wątpliwość i może o ten zakres zapytać wykonawcę ponownie. Istotne w ocenie Izby jest, że Przystępujący już po drugim wezwaniu (a pierwszym co do tak skonkretyzowanego zakresu), udzielił odpowiedzi co do każdego aspektu o jaki zapytał Zamawiający. Ewentualnie nieścisłości, jakie wkradły się w treści wyjaśnień, np. co do kosztu urlopów, gdzie Odwołujący raz wskazywał na kwotę 86 185,83 zł a raz na kwotę 85 852,44 zł w ocenie Izby nie dyskredytują złożonych wyjaśnień, dostrzec trzeba, że różnica między tymi wartościami wynosi zaledwie 333,38 zł nie jest to więc duża wartość, a Przystępujący w podsumowaniu uwzględnił w kosztach pracy wyższą wartość.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, zgodnie z którym dla zapewnienia ciągłego wykonywania przedmiotu umowy konieczne jest min. 10,32 etatu, w ocenie Izby zarzut sprowadza się do przestawienia odmiennego sposobu wyliczenia potrzebnej ilości etatu przez Odwołującego i przez Przystępującego, mającego swoje źródło w odmiennych założeniach. Jak wynika z wyliczeń wykaszanych na str. 24 uzasadnienia odwołania Odwołujący założył średnią liczbę godzin w wysokości 168, którą następnie posłużył się w celu wyliczenia kosztu urlopu i założeniu że średnio na miesiąc przypada 13,33 godziny urlopu. Natomiast Przystępujący poczynił założenie, zgodnie z którym udzieli pracownikom urlopu w miesiącach lipiec 2024 i lipiec 2025 i w celu ustalenia kosztu z tym związanego posłużył się ilością godzin 184, przypadającą na miesiąc lipiec w obu latach w wyniku czego uzyskał niższą stawkę za roboczogodzinę za ten okres. W ocenie Izby z treści SWZ nie wynika, że taki sposób wyliczeń nie jest dozwolony, przy jednoczesnym zastosowaniu się przez Przystępującego do posłużenia się wskazaną przez Zamawiającego wartością 38 421 roboczogodzin.

W zakresie twierdzeń Odwołującego odnoszących się do sposobu wyliczenia kosztu badań i szkoleń, polisy, tlenu, serwisu i stroju po pierwsze wskazać należy, że są to koszty niewielkie w skali całej umowy, ponadto jak wykazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, również w tym zakresie wnikliwie przeanalizował wyjaśnienia Przystępującego i w ocenie Izby ocena ta nie budzi wątpliwości. Dodatkowo wskazać należy, że Przystępujący przewidział zysk i rezerwę.

W ocenie Izby złożone wyjaśnienia stanowiły adekwatną odpowiedź na skierowane do Przystępującego wezwania i tym samym w sposób wystarczający uzasadniały zaoferowaną cenę. Izba miała na uwadze, że na dzień składania ofert Przystępujący nie musiał mieć zatrudnionych pracowników, stąd też zdaniem Izby zaniechanie przedstawienia dowodów w postaci umowy o pracę nie może stanowić o odrzuceniu oferty. W orzecznictwie Izby niejednokrotnie wskazywano, że kalkulacja wraz z wyjaśnieniami wykonawcy również ma walor dowodu. Ponadto zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał,

że za zaoferowaną przez Przystępującego cenę nie da się zrealizować przedmiotu zamówienia, a nawet przyznał że przy zrealizowaniu założeń kalkulacji jest to możliwe. Skład orzekający stoi na stanowisku, że procedura wyjaśnienia ceny powinna służyć potwierdzeniu realności ceny. Nierzadko zdarza się, że udzielane wyjaśnienia nie mają idealnej treści, niemniej jednak możliwość odrzucenia oferty wykonawcy w warunkach wskazanych w art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, powinna mieć zastosowanie w sytuacjach, gdy jakość udzielonych wyjaśnień w sposób rażący odbiega od standardów, jakie przypisuje się działaniom profesjonalnego podmiotu, co prowadzi co oceny, że w ogóle nie zostały one udzielone bądź zupełnie nie potwierdzają zaoferowanej ceny, np. z uwagi na to, że nie podają się weryfikacji. Zdaniem Izby w tej sprawie nie mamy do czynienia z taką sytuacją. Tym samym zarzut rażąco niskiej ceny podlegał oddaleniu.
Ad zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez trzykrotne wezwanie Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, mimo że nie było podstaw do kolejnych wezwań.
Zarzut podlegał oddaleniu z następujących powodów. W orzecznictwie Izby ukształtowało się stanowisko, zgodnie z którym co do zasady wezwanie do wyjaśnienia ceny powinno odbyć się jednokrotnie. Niemniej jednak, każdy przypadek należy oceniać z uwzględnieniem okoliczności danego stanu faktycznego sprawy. Zdaniem Izby w okolicznościach tej sprawy trzykrotne wezwanie Przystępującego do wyjaśnienia ceny nie stanowi o naruszeniu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Izba dokonując tej oceny miała na uwadze treść kierowanych wezwań oraz udzielane odpowiedzi. W ocenie Izby pierwsze wezwanie nie było doskonałe i wpłynęło na treść udzielonej odpowiedzi. Odpowiedź ta była adekwatna na skierowane wezwanie, o czym mowa była wyżej i zdaniem Izby możliwe było skierowanie kolejnego wezwania. Istotne jest, że każde kolejne wezwanie nawiązywało do udzielonej odpowiedzi zmierzając do wyjaśnienia powstałych wątpliwości i zdaniem Izby, Zamawiający nie pytał wielokrotnie o to samo. Ponadto Izba wzięła pod uwagę, że Zamawiający nie narzucił żadnego sposobu udzielenia odpowiedzi na wezwania, zastosowania określonej metodologii udzielenia wyjaśnień, czy przedstawienia wyliczeń. Istotne w sprawie, zdaniem Izby jest to, że drobne rozbieżności w przedstawionych kalkulacjach, czy przedstawienie poprawionych zestawień księgowych, choć jak podniósł Odwołujący miały miejsce, to dostrzec też trzeba, że mimo to można było zidentyfikować skąd wynika ewentualna rozbieżność, czy brak i nie występuje sytuacja aby wyjaśnienia były wewnętrznie sprzeczne czy niespójne.
Wobec powyższego, zdaniem Izby zarzut podlegał oddaleniu.
Ad zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, gdy zawiera błąd w obliczeniu ceny i zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego mimo, że jest niezgodna z warunkami zamówienia.
Zarzut podlegał oddaleniu. Zarzut oparty jest na twierdzeniu, że Przystępujący oświadczył w udzielonych wyjaśnieniach, że dla wyliczenia ceny uwzględnił tylko pracę pracowników i nie ma wiedzy o innych elementach, jakie powinny zostać wycenione. Z powyższym twierdzeniem nie sposób się zgodzić. Jak wskazano wyżej w treści uzasadnienia, udzielone wyjaśnienia przeczą powyższej tezie, ponieważ potwierdzają, że obok pracy osób skierowanych do wykonania zamówienia, Przystępujący uwzględnił też pozostałe koszty wynikające z SWZ, ponadto założył zysk i rezerwę. Z tych względów Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia tego zakresu odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: ……..…