Sygn. akt: KIO 533/19

WYROK
z dnia 10 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2019 r. przez wykonawcę **Klavo Sp. z o.o., ul. Rozbrat 32/10, 00-429 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Muzeum Narodowe w Krakowie, ul. 3 Maja 1, 30-062 Kraków,** przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TARGETSp. j. A. Ł. M. R., ul. Gwiaździsta 15a lok. 400, 01-651 Warszawa oraz ASPEKT Sp. z o.o., ul. Modlińska 51 lok. 223, 03-199 Warszawą** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.**uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TARGET Sp. j. A. Ł. M. R., ul. Gwiaździsta 15a lok. 400, 01-651 Warszawa oraz ASPEKT Sp. z o.o.ul. Modlińska 51 lok. 223, 03-199 Warszawa na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2.kosztami postępowania obciąża wnoszącego sprzeciw, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TARGET Sp. j. A. Ł. M. R., ul. Gwiaździsta 15a lok. 400, 01-651 Warszawa oraz ASPEKT Sp. z o.o., ul. Modlińska 51 lok. 223, 03-199 Warszawa**, 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 **Klavo Sp. z o.o., ul. Rozbrat 32/10, 00-429 Warszawą** tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od wnoszącego sprzeciw, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TARGET Sp. j. A. Ł. M. R.,ul. Gwiaździsta 15a lok. 400, 01-651 Warszawa oraz ASPEKT Sp. z o.o., ul. Modlińska 51 lok. 223, 03-199 Warszawa**, na rzecz odwołującego **Klavo Sp. z o.o., ul. Rozbrat 32/10, 00-429 Warszawą** kwotę **11 100 zł 00 gr** (jedenaście tysięcy sto złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztu uiszczonego wpisu od odwołania oraz zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 533/19
UZASADNIENIE

Zamawiający – Muzeum Narodowe w Krakowie, ul. 3 Maja 1, 30-062 Kraków, prowadziw trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie stałej usługi polegającej na dozorowaniu ekspozycji muzealnych i wykonywaniu prac porządkowych w Pawilonie Józefa Czapskiego, ul. Józefa Piłsudskiego 12, 31-109 Kraków, Oddziale Muzeum Narodowego w Krakowie". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 lutego 2019 r. nr 511303-N-2019. W postępowaniu złożone zostały trzy oferty, w tym: oferta wykonawcy Klavo Sp. z o.o., ul. Rozbrat 32/10, 00-429 Warszawa (dalej: „odwołujący") oraz oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TARGET Sp. j. A. Ł. M. R., ul. Gwiaździsta 15a lok. 400, 01-651 Warszawa oraz ASPEKT Sp. z o.o.,ul. Modlińska 51 lok. 223, 03-199 Warszawa. Pismem z dnia 21 marca 2019 r. (przesłanym wykonawcom w dniu następnym) zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum: TARGET Sp. j. A. Ł. M. R. oraz ASPEKT Sp. z o.o.

W dniu 27 marca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1)zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Target Sp. j. A. Ł., M. R. oraz Aspekt Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", jako zawierającej rażąco niską cenę,

2)zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Target Sp. j. A. Ł., M. R. oraz Aspekt Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niespełniającej wymagań określonych w siwz odnośnie faktycznego dysponowania zespołem mającym być skierowanym do wykonania zamówienia.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje:

Ad. Zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny:

„Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący pragnie wskazać, że zgodniez wymogami SIWZ odnośnie sposobu obliczenia ceny, cena oferty obliczana jest w oparciu o uśrednioną stawkę godzinową. Stawka ta następnie przemnożona przez podane przez Zamawiającego założenia dot. ilości godzin, decydować miała o cenie oferty. Jak widać z powyższego, to stawka godzinowa stanowić miała podstawę do prowadzenia rozliczeń między stronami przyszłej umowy. Zamawiający zastrzegł przy tym, w treści rozdziału XVI ust. 1 SIWZ, że:

W jej ramach [stawki godzinowej - przyp. Odwołującego] *Wykonawca uwzględni wszystkie koszty które poniesie w związku z realizacją zamówienia, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia [...].*

Tymczasem zgodnie ze złożonymi przez siebie wyjaśnieniami Konsorcjum nie uwzględniło istotnych kosztów, jakie będzie musiało ponieść na wykonanie zamówienia.

1.Pominięcie szacowanych kosztów związanych z wynagrodzeniem chorobowym.

Konsorcjum jako koszty pracownicze wykazało tylko podstawę brutto oraz koszt urlopów brutto, co w sumie zostało wskazane jako 2971,95 zł brutto (miesięczny koszt zatrudniana pracownika na umowę o pracę przy najniższej krajowej na 2019: 2250 zł), co z kolei stanowi stawkę godzinową w wysokości 17,69 zł.

Zatrudnienie pracowników bardzo często wiąże się również z wypłatą wynagrodzenia chorobowego, które leży po stronie pracodawcy. Bezwzględnie musi być ono uwzględnione w kosztach zatrudniania pracownika, jako że w znacznej mierze wpływa na koszty pracodawcy. Odwołujący pragnie w tym miejscu podkreślić długotrwałość wykonywania umowy, tj. okres jednego roku, co powoduje, że kosztu tego nie można bagatelizować jako marginalnego.

Doświadczenie Odwołującego jako firmy prowadzącej od 4 lat usługi podobne rodzajowo do niniejszego zamówienia, pozwala mu przyjąć, że takich dni jest średnio ok. 6 w roku.
Odwołujący przedstawia poniżej wyliczenie szacowanych kosztów z tytułu zwolnień chorobowych:
a)wyliczenie stawki godzinowej za wynagrodzenie chorobowe płatne 80% od podstawy 2250 zł:
2250zł - 13,71% (suma składek na ub. społeczne: emerytalne, rentowe, chorobowe) = 1941,75zł (podstawa do chorobowego)
1941,75 : 30dni (przyjęte wg kodeksu) = 64,725 zł (wynagrodzenie chorobowe za 1 dzień - 100%)
64,73zł x 80% = 51,78zł (wynagrodzenie chorobowe za 1 dzień - 80%)
51,78 : 8h = 6,47zł (wynagrodzenie chorobowe za 1 h - 80%)
b)szacunek kosztów urlopowych na rok dla 4 pracowników
6 (dni chorobowe w roku dla 1 osoby) x 4 (ilość etatów do zrealizowania +- 3,2 etatu, nie uwzględnia możliwości zwiększenia godzin na dodatkowe wydarzenia lub zastępstwa) = 24 (dni chorobowe w roku dla 4 pracowników)
24dni x 8 h=192 h (godziny chorobowe w roku dla 4 osób) 192h x 6,47 zł (wynagrodzenie chorobowe za 1 h - 80%) = 1242,24 zł (koszt wynagrodzenia chorobowego na rok dla 4 osób).
(…) W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z wyjaśnieniami przedłożonymi przez konsorcjum, zysk przewidziany w ramach wykonania umowy miał wynieść:
18,20 (stawka wskazana w ofercie) - 17,69 (koszt pracownika) - 0,30 (koszty administracyjne) = 0,21 PLN/h,
co przy ilości 5626 godzin wskazanych przez Zamawiającego daje zysk w wysokości zaledwie 1181,46 PLN na całym kontrakcie!
Odwołujący pragnie wskazać, że gdyby w toku wykonywania zamówienia doszło do choroby pracowników, generującej koszty oszacowane przez Odwołującego (1242,24 PLN), Konsorcjum poniosłoby przy wykonywaniu umowy stratę.
Powyższe nie uwzględnia nawet wystąpienia kosztów nieprzewidzianych innej kategorii niż obsługa administracyjna, czy wynikające ze zwolnień chorobowych, na które Konsorcjum nie poczyniło odpowiedniej rezerwy.
2.Pominięcie kosztu związanego z koordynacją zespołu.
Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymagał wykonywania także pewnych obowiązków natury koordynacyjnej i sprawozdawczej. Czynności te to, zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ, m.in.:
- Koordynowanie realizacji przedmiotu zamówienia przez wyznaczonego pracownika Wykonawcy dostępnego dla Zamawiającego w godzinach świadczenia usługi przez skierowane przez Wykonawcę osoby,
- Zapewnienie płynnego kontaktu (infolinii) dla Zamawiającego w godzinach: po 16:00 do 19:00 od poniedziałku do piątku, oraz w weekendy w godzinach 10:00 -18:00 h,
- Składanie Zamawiającemu comiesięcznych raportów (wraz z fakturą) o wykorzystaniu puli finansowej przeznaczonej na świadczenie usług objętych niniejszym zamówieniem, w terminie nie później niż do dziesiątego dnia roboczego każdego następującego miesiąca,
- Wraz z fakturą dla każdego okresu rozliczeniowego Wykonawca przedłoży Zamawiającemu zweryfikowaną listę osób wraz z liczbą świadczonych przez nich godzin w Oddziałach Zamawiającego w ramach niniejszej umowy, na podstawie której została wystawiona faktura i określona kwota w fakturze.

Odwołujący zakłada, że ww. czynności winny być wykonywane przez koordynatora zespołu. W wykazanych przez Konsorcjum kalkulacjach, ta posada, związane z nią godziny pracy i koszty, nie zostały ujęte. Zakładamy oczywiście, że koordynator może sam zajmować się ekspozycją. W tym czasie jednak nie będzie w stanie wykonywać prac koordynacyjnych (jak np. tworzenie grafiku). W ofercie nie przewidziano żadnych kosztów z tym związanych.
Powyższe zestawienie należy uzupełnić oczywiście o koszty „administracyjne", związane choćby z utrzymaniem infolinii, wydrukami i obsługą kadrową. Koszty założone przez Konsorcjum w wysokości 0,30 PLN/h dają łącznie 1687,80 PLN/cały okres wykonywania umowy, co zdaje się być kosztem zaniżonym.
3.Pominięcie kosztu pozyskania polisy OC.
Zgodnie z treścią wymogu opisanego w Załączniku nr 2 do SIWZ:
Wykonawca zobowiązany jest do posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 3 000 000,00 zł na okres realizacji umowy.
Konsorcjum w toku wyjaśnień wskazało, że nie bierze pod uwagę konieczności poniesienia tego kosztu.
4.Pominięcie kosztu przebazowania pracowników.
Odwołujący pragnie wskazać, że pracownicy Konsorcjum wykazani jako osoby mające realizować założenia projektu, tj. być opiekunami ekspozycji w instytucji kultury w Krakowie. Wszystkie wykazane osoby są obecnie zatrudnione w Warszawie (co stanowi nota bene podstawę podniesienia zarzutu w pkt. III.2. odwołania - por. poniżej). Co więcej, w chwili składania dokumentów, były nadal zatrudnione. W ocenie Odwołującego uprawnione jest założenie, że wspomniane osoby zamieszkują obecnie w Warszawie. Przeniesienie ich czy ewentualne dojazdy lub ekwiwalenty lub diety również nie zostały ujęte w kosztach wykazanych przez Konsorcjum. (…)
Jak Odwołujący wskazał powyżej, zakładany przez Konsorcjum zysk miałby wynieść (przy założeniach podanych przez Zamawiającego) zaledwie 1181,46 PLN netto. Kwota powyższa jest absurdalnie niska, przy założeniu rocznego kontraktu i nie znajduje żadnego ekonomicznego uzasadnienia, zważywszy na ewentualne ryzyko kontraktowe.
Żeby lepiej unaocznić jak niska jest to kwota, Odwołujący pragnie wskazać, że przy cenie oferty 102 393,20 PLN netto, zysk Wykonawcy stanowi 1,15% tej kwoty, a w ujęciu miesięcznym wynosi 98,46 PLN netto.
Wynagrodzenie w tej wysokości, z tytułu zapewnienia i ponoszenia odpowiedzialności za pracę kilkuosobowego zespołu jest niespotykane na rynku. Zgodnie z doktryną rażąco niska cena, to nie tylko cena powodująca powstanie po stronie wykonawcy straty (co w niniejszym przypadku i tak byłoby niemal pewne) ale także cena niespotykana na rynku."
Ad. Zarzutu dotyczącego dysponowania zespołem.
„Odwołujący pragnie wskazać, że Zamawiający wymagał wskazania przez wykonawców zespołu mającego być skierowanym do wykonania zamówienia w treści oferty. Zespół wskazany w wykazie osób winien być w stanie wykonać zamówienie w nakładzie godzinowym określonym przez Zamawiającego.
Tymczasem zgodnie z treścią wykazu przedłożonego przez Konsorcjum, osoby mające być skierowane do wykonania zamówienia pełniły na chwilę składania oferty analogiczne funkcje przy obsłudze innych podmiotów, do tego mających siedzibę w innym mieście.
Tym samym w oparciu o treść oferty nie można uznać, że Konsorcjum jest w stanie skierować ww. osoby do wykonania zamówienia w siedzibie Zamawiającego. Powyższe stanowi niemożliwą do naprawienia w formule poprawy omyłek rozbieżność między wymaganiami Zamawiającego a treścią oferty Konsorcjum."
W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
1)unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2)odrzucenia oferty konsorcjum Target Sp. j. A. Ł., M. R. oraz Aspekt Sp. z o.o.,
3)ponowienia czynności badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 29 marca 2019 r. konsorcjum: TARGET Sp. j. A. Ł. M. R. oraz ASPEKT Sp. z o.o. (dalej „przystępujący"), zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2019 r. zamawiający poinformował, że uwzględnia odwołanie w całości. Pismem z dnia 8 kwietnia 2019 r. przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na dozorowaniu ekspozycji muzealnych i wykonywaniu prac porządkowych w Pawilonie Józefa Czapskiego, Oddziale Muzeum Narodowego w Krakowie. Zamówienie ma być realizowane przez okres 12 miesięcy albo do wyczerpania wartości umowy, jeśli nastąpiłoby to przed upływem terminu, na jaki umowa zostanie zawarta. Przewidziana przez zamawiającego ilość godzin pracy wynosi 5626 godzin.
Wartość szacunkowa zamówienia wynosi: 132.223,00 zł netto, 162.634,29 zł brutto.
Średnia arytmetyczna złożonych ofert wynosi: 175.642,42 zł brutto.

W pkt II.1 i 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz") zamawiający poinformował, że postępowanie prowadzone jest na zasadach dotyczących zamówień, których wartość jest poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i że w postępowaniu tym mają zastosowanie akty wykonawcze do ustawy Pzp. Liczne postanowienia siwz, odwołujące się do szeregu przepisów ustawy Pzp, wskazują, że zamawiający stosował w przedmiotowym postępowaniu przepisy ustawy Pzp na zasadach ogólnych dotyczących zamówień o wartości poniżej tzw. progów unijnych.

W pkt XVI siwz pn. Opis sposobu obliczenia ceny, zamawiający wskazał m.in.:
2) Cena oferty winna być obliczona w następujący sposób:
a) Wykonawca winien przyjąć jednolitą stawkę godzinową za świadczone usługi na stanowisku koordynatora zespołu, pomocnika muzealnego, pracownika sprzątającego. W jej ramach Wykonawca uwzględni wszystkie koszty, które poniesieni w związku z realizacją zamówienia, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia określonym w załączniku nr 2 do siwz i postanowieniami istotnych postanowień umowy stanowiącym załącznik nr 5 do siwz.
b) Na podstawie stawki za godzinę świadczenia usług Wykonawca obliczy cenę netto i brutto za cały czas obowiązywania umowy.
c) Stawka godzinowa nie może ulec zmianie przez cały okres obowiązywania umowy poza przypadkami określonymi w § 14 umowy stanowiącym załącznik nr 5 do siwz.
e) Oferowana cena w ofercie ma pokrywać wszelkie zobowiązania umowne wynikające z warunków określonych w niniejszej specyfikacji.
f) Cena oferty będzie traktowana jako ostateczna cena umowna i nie będzie podlegać żadnym negocjacjom.

W pkt VI.2.2) siwz zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu, zgodniez którym wykonawca: dysponuje lub będzie dysponować zespołem osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w skład którego wchodzą:

a)Koordynator zespołu osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, mogący się wykazać co najmniej 3 miesięcznym doświadczeniem w zakresie koordynowania pracą zespołu, tj. opiekunów ekspozycji muzealnych oraz pracowników pomocniczych (np. osób sprzątających) oraz znajomością języka angielskiego w stopniu co najmniej w podstawowym A2,
b)osoby, które będą pełnić funkcje opiekunów ekspozycji (co najmniej 6 osób) mogących się wykazać co najmniej 3 miesięcznym doświadczeniem w zakresie dozorowania ekspozycji muzealnych oraz znajomością języka angielskiego w stopniu co najmniej podstawowym A2,
c)osoba posiadającą przeszkolenie w zakresie udzielania pierwszej pomocy medycznej.

UWAGA! Zamawiający dopuszcza możliwość łączenia funkcji określonych w pkt a), b) oraz c) przez jedną osobę.
Przystępujący złożył ofertę, w której:

1)wskazał cenę brutto 125.909,88 zł, przy czym stawka godzinowa wynosiła 18,20 zł netto i 22,38 zł brutto,
2)wskazał do wykonywania zamówienia 8 osób, a jako podmiot, dla którego usługa była wykonywana z wykorzystaniem ww. osób wskazał: Muzeum Pałacu Króla Jana IIIw Wilanowie, Centrum Sztuki Współczesnej – Zamek Ujazdowski oraz Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie.

Pismem z dnia 21 lutego 2019 r. odwołujący poinformował zamawiającego o podstawach do odrzucenia oferty przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny.

Pismem z dnia 28 lutego 2019 r. zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Pismem z dnia 6 marca 2019 r. przystępujący wskazał, co następuje:

„Zgodnie z pkt. 4 w Rozdziale III Zamawiający wymaga, aby wszystkie osoby zatrudnione przez Wykonawcę, świadczące u Zamawiającego usługę w zakresie dozorowania ekspozycji muzealnych i wykonywaniu prac porządkowych były w okresie realizacji umowy zatrudnione przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami minimalne wynagrodzenie w 2019r. z tytułu zatrudnienia na umowę o pracę wynosi 2 250,00 zł., co stanowi koszt pracodawcy w wysokości 2 694,16 zł zgodnie z poniższym wyliczeniem:

kwota brutto2 250,00 PLN
ubezpieczenie emerytalne219,60 PLN
ubezpieczenie rentowe146,25 PLN
ubezpieczenie wypadkowe20,93 PLN
Fundusz Pracy55,13 PLN
FGŚP2,25 PLN
koszty pracodawcy2 694,16 PLN

Do podanych kosztów w wysokości 2 694,16 zł Wykonawca doliczył koszty urlopu pracownika (średnia 26 dni urlopu w skali roku), co przyczynia się na wzrost kosztów o 277,79 zł miesięcznie.

Tym samym wykonawca ponosi miesięczny koszt zatrudnienia pracownika na umowę o pracę w wysokości 2 971,95 zł, co stanowi godzinową stawkę kosztową w wysokości 17,69 zł.

Oświadczamy, iż dysponujemy pracownikami przeznaczonymi do realizacji zamówienia zatrudnionymi na umowę o pracę z minimalnym wynagrodzeniem obowiązującym w 2019r.

Wykonawca przeznacza 0,30 zł z każdej godziny na koszty administracyjne, szkolenia, badania i inne wynikające

z umowy. Pozostała część wynagrodzenia stanowi zysk Wykonawcy.

Z uwagi, iż wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za stawkę godzinową 18,20 zł + 23% VAT uznajemy, iż podstawione dowody potwierdzają prawidłowość skalkulowania ceny oferty pozwalającej na wykonanie zobowiązania umownego zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ".

Pismem z dnia 21 marca 2019 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego. Oferta odwołującego znalazła się w rankingu ofert na drugim miejscu.

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

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego ceny rażąco niskiej, należy zauważyć, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana 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:

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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
2)pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3)wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4)wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5)powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1)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;
2)wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś 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. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w niniejszej sprawie nie zachodzi sytuacja, w której wezwanie do wyjaśnień, zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, byłoby obligatoryjne. Cena oferty przystępującego jest bowiem o ok. 22,5 % niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz o ok. 28,5 % niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Tym samym cena ta nie jest niższa o co najmniej 30% od ww. wskaźników. Powyższe nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa wezwać wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający może to zrobić zawsze, gdy cena oferty lub koszt lub ich istotne części składowe, wydają mu się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w siwz lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Takie też działania zamawiający podjął w niniejszym postępowaniu.

Odnosząc się z kolei do argumentów przystępującego przedstawionych na rozprawie, w ocenie Izby, z częścią z nich należy się zgodzić.

Po pierwsze, należy zgodzić się z przystępującym, że osoby wpisane do wykazu osób dołączonego do oferty, nie muszą następnie faktycznie wykonywać niniejszego zamówienia. Świadczy o tym treść załącznika nr 2 do siwz, tj. opis przedmiotu zamówienia oraz treść postanowień projektu umowy, w których przewidziano obowiązek wskazania do wykonywania zamówienia innych osób na żądanie zamawiającego (pkt 4.c i pkt 8.a OPZ oraz § 8 ust. 1 projektu umowy), a także obowiązek wskazania nowych osób w przypadku niepodjęcia, zaprzestania lub niezdolności do podjęcia usług przez daną osobę (pkt 8.b OPZ). Ponadtoo możliwości zmiany ww. osób świadczy treść § 14 ust. 4 b) projektu umowy, zgodnie z którym zamawiający dopuszcza „zmianę osób skierowanych do realizacji zamówienia i wskazanych w załączniku do umowy, przy czym osoby skierowane do realizacji zamówienia zastępujące personel wskazany w ofercie powinny posiadać co najmniej takie same kwalifikacje jak osoby, które zastępują". Abstrahując od faktu, że ww. § 14 ust. 4 b) projektu umowy odwołuje się do załącznika do umowy, a jako jedyny załącznik w projekcie umowy został wymieniony opis przedmiotu zamówienia, w którym z pewnością żadne osoby imiennie nie mogły zostać wskazane, należy zauważyć, że generalnie zamawiający dopuścił zmianę osób, którymi dysponuje wykonawca, pod warunkiem, że osoby te będą posiadały takie same kwalifikacje, jak wcześniej wskazane osoby. Tym samym argument przystępującego o braku obowiązku wskazania do wykonywania zamówienia osób wpisanych do wykazu dołączonego do oferty, w świetle analizy postanowień OPZ i projektu umowy, okazał się zasadny.

Po drugie, należy zgodzić się z przystępującym, że wykonawca nie ma obowiązku przez cały okres realizacji umowy zatrudniać co najmniej 6 osób. Wprawdzie w opisie warunku udziału w postępowaniu zawarty jest wymóg dysponowania co najmniej 6-ma osobami, które będą pełnić funkcje opiekunów ekspozycji, ale z pozostałych postanowień opisu przedmiotu zamówienia i projektu umowy wynika, że w okresie realizacji umowy nie wszystkie te osoby będą musiały być wykorzystane do świadczenia usługi. Świadczy o tym:

1.pkt 1 ppkt 1) – 4)A. OPZ oraz § 2 ust. 4 – 6 projektu umowy, zgodnie z którymi:

1)Muzeum szacuje, iż jego łączne roczne zapotrzebowanie będzie wynosić około 5000 godzin dozoru ekspozycji muzealnych oraz około 626 godzin sprzątania. Rozliczenie następuje za faktyczne wykorzystanie godzin.
2)Zamawiający rozliczać się będzie jedynie za wykonanie usługi i zastrzega sobie prawo do rezygnacji z części puli godzin, o których mowa w pkt 1).
3)Z tytułu powyższego wykonawcy nie będzie przysługiwało roszczenie lub wynagrodzenie za niewykonane usługi.
4)Zakres zadań będzie zależał od stanowiska, które zostanie powierzone poszczególnym osobom, tj.

A.Stała usługa dozoru ekspozycji obejmuje:
- co najmniej 1 osobowy dozór ekspozycji (minimum 1 opiekun ekspozycji) na jedno piętro, w zależności od udostępnionej zwiedzającym przestrzeni, w godzinach otwarcia Oddziału (…) (budynek dwupiętrowy),
- ilość osób (opiekunów ekspozycji) może zostać czasowo zmniejszona lub zwiększona, np. w trakcie zmiany ekspozycji, zwiększonego ruchu zwiedzających, itp.
- z tytułu powyższego wykonawcy nie będzie przysługiwało roszczenie lub wynagrodzenie za niewykonane usługi.

2.§ 10 ust. 1 – 3 projektu umowy, zgodnie z którym:
1)Wynagrodzenie miesięczne wykonawcy ustalane jest w oparciu o jednolitą stawkę za godzinę netto podaną przez wykonawcę w ofercie. Stawka godzinowa nie może ulec zmianie przez cały okres obowiązywania umowy poza przypadkami określonymi w § 14 umowy.
2)Wynagrodzenie miesięczne wynikać będzie z sumy godzin świadczenia usług, podanej przez zamawiającego w zestawieniu, o którym mowa w punkcie poniżej.
3)Zamawiający działając przez wyznaczoną osobę (Koordynatora) nie później niż 5 dnia każdego następnego miesiąca w celu prawidłowego wyliczenia wynagrodzenia, dostarczy wykonawcy w formie pisemnej zestawienie usług wykonanych przez skierowane osoby w poszczególnych oddziałach zamawiającego, która będzie podstawą wystawienia przez wykonawcę miesięcznej faktury.

Z powyższych postanowień OPZ i projektu umowy wynika, że co do zasady wykonawca ma dysponować co najmniej 6-ma osobami, ale w różnych okresach realizacji umowy faktyczna liczba wykorzystywanych osób może być różna, a ponadto wynagrodzenie wykonawcy uzależnione jest od ilości godzin świadczenia usługi (niezależnie od liczby osób skierowanych do pracy). Tym samym zasadny jest, wskazany przez przystępującego na rozprawie, sposób obliczenia przez niego ceny oferty w oparciu o koszt jednej godziny pracy osoby zatrudnionej na umowę o pracę pomnożonej przez przewidywaną przez zamawiającego liczbę godzin świadczenia usługi. Cena oferty nie jest w takim wypadku oparta o liczbę zatrudnionych osób, ale o liczbę godzin wykonywania usługi i koszt takiej godziny. Zatem argumentację przystępującego o braku obowiązku zatrudniania na potrzeby tego zamówienia stale co najmniej 6 osób i podany przez niego sposób obliczenia ceny nieoparty w związku z tym o liczbę zatrudnionych osób, należy uznać za zasadne.

Po trzecie, należy zgodzić się z przystępującym, że koszt policy OC, infolinii, pełnienia funkcji przez koordynatora zespołu i „przebazowania" osób wskazanych w wykazie osób, nie musiał być przez niego uwzględniony w cenie oferty, ponieważ:
- przystępujący posiada polisę OC i infolinię niezależnie od wymogów tego postępowania i jest to jego koszt stały,
- koordynator zespołu może (zgodnie z siwz) łączyć swoją funkcję z funkcją opiekuna ekspozycji,
- osoby wpisane do wykazu osób dołączonego do oferty, obecnie pracujące w Warszawie, jak wskazano już wyżej, mogą zostać zastąpione innymi osobami o takich samych kwalifikacjach i innym miejscu zamieszkania.

Tym samym, w zakresie wyżej omówionych kwestii, argumentacja odwołującego nie została uznana za zasadną.

Niezależnie od powyższego, należy jednak zauważyć, że odwołujący podniósł także argument dotyczący nieuwzględnienia przez przystępującego w cenie oferty kosztów z tytułu zwolnień chorobowych. Ten argument odwołującego Izba uznała za słuszny.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że z wyjaśnień przystępującego z dnia 6 marca 2019 r. jasno wynika, że nie ujął on w cenie oferty ww. kosztów. Izba przy tym nie zgadza się z przystępującym, że udzielił on ogólnych wyjaśnień, ponieważ wezwanie zamawiającego miało charakter ogólny. Po pierwsze, treść wezwania zamawiającego była zgodna z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poza tym trudno oczekiwać, aby zamawiający instruował wykonawcę, jakie koszty powinien on przewidzieć w kosztach pracy. Po drugie, wyjaśnienia przystępującego również precyzyjnie wskazywały, jakie koszty uwzględnił on do obliczenia kosztów pracy i wyraźnie w kosztach tych nie wymienił kosztów z tytułu zwolnień chorobowych, co oznacza, że ich nie uwzględnił. Tymczasem, koszty te powinny zostać uwzględnione, nawet jeśli – zgodnie z argumentacją przystępującego – występują one rzadko.

Ponadto należy zwrócić uwagę na wpływ, jaki miałoby uwzględnienie kosztów z tytułu zwolnień chorobowych na cenę oferty przystępującego. Odwołujący wyliczył koszt wynagrodzenia chorobowego za 1 godzinę na 6,47 zł (czego przystępujący nie zakwestionował), ponadto wyliczył roczny koszt tego wynagrodzenia dla 4 pracowników. Izba wzięła jednak pod uwagę, że zgodnie z pkt 1.4)A. tiret pierwsze opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający wymaga co najmniej 1-osobowego dozoru na jednym piętrze, a budynek jest dwupiętrowy, co oznacza, że minimalna liczba osób wykorzystana do świadczenia usługi będzie wynosiła 2. Nawet gdyby założyć, że świadczenie usługi przez ww. 2 osoby będzie wystarczające w całym okresie realizacji zamówienia (co jest mało prawdopodobne), to wskazane przez odwołującego 6 dni chorobowych dla 2 osób daje rocznie 96 godzin (6 dni x 2 osoby = 12 dni; 12 dni x 8 h = 96 h). Z kolei 96 godzin pomnożone przez stawkę 6,47 zł daje koszt w wysokości 621,12 zł rocznie. W ofercie przystępujący wskazał stawkę za godzinę w wysokości 18,20 zł netto, zaś z wyjaśnień przystępującego z dnia 6 marca 2019 r. wynika, że na cenę jego oferty składa się: 17,69 zł – koszt godziny pracy i 0,30 zł – godzina kosztów administracyjnych. Oznacza to, że pozostaje mu 0,21 zł zysku za godzinę (18,20 – 17,69 – 0,30 = 0,21). Pomnożenie zysku za godzinę z ilością godzin przewidzianych przez zamawiającego daje roczny zysk w wysokości 1181,46 zł (0,21 x 5626 = 1181,46). Jeżeli od tego zysku odejmiemy wyliczoną powyżej kwotę wynagrodzeń chorobowych dla 2 osób, czyli 621,12 zł, to przystępującemu zostaje 560,34 zł zysku z realizacji niniejszego zamówienia. Już tak mała kwota zysku powoduje, że cenę oferty przystępującego należy uznać za nierealną, a trzeba dodać, że ww. wynagrodzenie chorobowe zostało wyliczone tylko dla 2 osób, podczas gdy w trakcie realizacji zamówienia ilość osób faktycznie wykorzystywanych do świadczenia usługi może być okresowo większa. Przy zwiększeniu liczby osób świadczących usługę przystępujący w celu pokrycia prawdopodobnych kosztów wynagrodzeń chorobowych albo straci resztę zysku albo wykona zamówienie ze stratą.

Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, że przystępujący zaniechał uwzględnienia w cenie oferty kosztów z tytułu zwolnień chorobowych, a dodatkowo ujęcie tych kosztów nawet w minimalnym wymiarze spowodowałoby, że nie osiągnąłby on zysku. Tym samym należy uznać, że z wyjaśnień przystępującego wynika, że cena jego oferty jest rażąco niska.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku dysponowania przez przystępującego osobami wykonującymi obecnie pracę w Warszawie, co uniemożliwia ich wykorzystanie do świadczenia usługi w Krakowie, po pierwsze należy

zauważyć, że jak wskazano już wyżej, zgodnie z postanowieniami OPZ i projektu umowy, osoby te mogą zostać zastąpione innymi osobami z takimi samymi kwalifikacjami. Po drugie, przystępujący przedstawił na rozprawie kopie umów o pracę i umów zlecenia potwierdzające dysponowanie tymi osobami. Tym samym zarzut ten Izba uznała za niezasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty odwołującego dotyczące rażąco niskiej ceny oferty przystępującego. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący …….