

WYROK

z dnia 6 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Lubomira Matczuk - Mazuś
Jolanta Markowska

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2019 r. przez wykonawcę Lafrentz Polska Sp. z o.o., ul. Kamiennogórska 22, 60-179 Poznań, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź,

przy udziale wykonawcy Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j., ul. Wodna 47, 90-046 Łódź, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny i badania ofert, w tym odrzucenia oferty wykonawcy Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j., ul. Wodna 47, 90-046 Łódź na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź i:

3.1 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,

3.2 zasądza kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od Zamawiającego - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź na rzecz Odwołującego - Lafrentz Polska Sp. z o.o., ul. Kamiennogórska 22, 60-179 Poznań, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad,
ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna
Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź, prowadzi w
trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na
„Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.:
„Projekt i budowa drogi ekspresowej S14 Zachodniej Obwodnicy Łodzi Zad. B - Odcinek II
węzeł „Łódź Teofilów” (bez węzła) - DK91 w m. Słowik”. Wartość postępowania przenosi
kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez
zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18.04.2019 r. pod
numerem 2019/S 055-127235.

Zamawiający w dniu 10.07.2019 r. przekazał wykonawcy Lafrentz Polska Sp. z o.o., ul.
Kamiennogórska 22, 60-179 Poznań (dalej jako Odwołujący) informację o wyborze oferty
najkorzystniejszej. Wobec powyższych informacji, w dniu 22.07.2019 r. Odwołujący wniósł
odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności:

- 1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Biuro Usług Inwestycyjnych C. &
H. sp. j., ul. Wodna 47, 90-046 Łódź, (zwana dalej wykonawcą BUI), pomimo, iż
oferta ta podlega odrzuceniu,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty BUI, do której Zamawiający obowiązany
jest na podstawie przepisów ustawy Pzp, pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską
cenę w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, a wykonawca nie przedłożył
odpowiednich wyjaśnień, które potwierdzałyby, że zaoferowana przez nich cena nie
jest rażąco niska,
- 3) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oceny wyjaśnień złożonych przez BUI w trybie
art. 87 ust. 1 oraz 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp,
- 4) zaniechania ponownego wezwania wykonawcy BUI do wyjaśnień w trybie art. 87
ust. 1 oraz 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp,
- 5) zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy BUI, do której Zamawiający
obowiązany jest na podstawie przepisów ustawy Pzp, w związku z faktem, iż oferta
wykonawcy pozostaje sprzeczna z treścią Specyfikacją Istotnych Warunków
Zamówienia (SIWZ),
- 6) zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie
ustawy Pzp, tj. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej
w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową
ocenę wyjaśnień złożonych przez wykonawcę BUI, podczas gdy z treści tych wyjaśnień
wynika, iż oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3
ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy BUI,
pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca ten nie złożył wyjaśnień
odpowiadających wymogom art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp, a także poprzez prowadzenie
postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania
wykonawców,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty
wykonawcy BUI, pomimo, iż jest ona niezgodna z SIWZ,
5. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty
najkorzystniejszej, mimo faktu, iż zgodnie z kryteriami oceny ofert w niniejszym Postępowaniu,
oferta Odwołującego pozostaje ofertą najkorzystniejszą.

W oparciu o powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy BUI jako
najkorzystniejszej w postępowaniu;

2. podjęcia czynności polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy BUI,
3. w przypadku nieuwzględnienia wniosków z pkt 2 - nakazanie ponownego wezwania wykonawcy BUI do wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp
4. ponowienia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem rozstrzygnięcia KIO w zakresie żądań podanych w pkt 1 i 2 powyżej,
5. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

W zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jakich wykonawca BUI udzielił dnia 9.05.2019 r. za pismem nr Biuro/BUI/2019/05/10 (zwane dalej „wyjaśnieniami”), w związku z wezwaniem Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 i 1a oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 30.04.2019 r. nr pisma O.Ł.D3.2410.2.2019.vk (zwane dalej „wezwaniami”), Odwołujący podnosi następujące okoliczności.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwraca uwagę na treść pkt 7 wezwania do wyjaśnień, w ramach którego Zamawiający skierował do wykonawcy BUI następujące pytanie: „Czy w cenie ofertowej Wykonawca uwzględnił wszystkie koszty związane z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, wszystkich osób wykonujących funkcje objęte kluczową częścią zamówienia oraz osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy, tj.: czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w poz. 2.1 OPZ?”

W odpowiedzi na powyższe pytanie, wykonawca BUI wskazał: „Wykonawca oświadcza, że w cenie oferty uwzględnił wszystkie koszty związane z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, wszystkich osób wykonujących funkcje objęte kluczową częścią zamówienia oraz osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy, tj.: czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w poz. 2.1 OPZ. Szczegółowe rozliczenie kosztów pracy i wynagrodzenia kluczowych członków personelu oraz członków Personelu Biurowego i Pomocniczego, zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, zawiera tabela sporządzona w formacie excel, stanowiąca dowód nr 1.”

W ramach wskazanego dowodu nr 1, wykonawca BUI - przy pozycji 1.5 „Personel biurowy” oraz 1.6 „Personel pomocniczy”. Formularza, Wykonawca wskazał, że „minimalne koszty pracodawcy na podstawie obowiązujących przepisów to 2 478,63 (zł)”.

Odnosząc się do treści wezwania Zamawiającego, Odwołujący stwierdza, że w ramach pytania nr 7 Zamawiający wniósł o udowodnienie, że wykonawca BUI skalkulował w ofercie wszelkie koszty związane z zatrudnieniem o pracę osób wchodzących m.in. w zakres personelu pomocniczego i biurowego Kontraktu. Zamawiający zażądał zatem szczegółowego rozbicia pozycji formularza cenowego i wskazania wszelkich kosztów związanych z zatrudnieniem personelu biurowego oraz pomocniczego na podstawie umowy o pracę na pełen etat. Odwołujący wywodzi, że wykonawca pozostawał zobowiązany do wskazania dowodów potwierdzających, że w kwocie przewidzianej m.in. w poz. 1.5 i 1.6 Formularza przewidział wszystkie koszty związane z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę, a także te związane z wymogami SIWZ. W związku z wymogiem SIWZ zatrudnienia personelu biurowego oraz pomocniczego na podstawie umowy o pracę, Odwołujący podkreśla, że przepisy prawa przewidują szereg kosztów, jakie pracodawca obowiązany jest uiszczać w związku z zatrudnieniem. Odwołujący podnosi, że do obowiązkowych należą:

- a) składka na ubezpieczenie emerytalne w wysokości 9,76% wynagrodzenia,
- b) składka na ubezpieczenie rentowe w wysokości 6,50% wynagrodzenia,
- c) składka na ubezpieczenie wypadkowe w wysokości 1,67% wynagrodzenia,
- d) składka na Fundusz Pracy w wysokości 2,45% wynagrodzenia,
- e) składka na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych w wysokości 0,10% wynagrodzenia.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że wykonawca BUI winien przedstawić co najmniej rozbicie cenowe wskazanych pozycji Formularza, w postaci zestawienia obejmującego wskazane powyżej koszty pracodawcy. Odwołujący zwraca uwagę na normy ustawy Pzp, regulujące sposób udzielania wyjaśnień w przypadku wezwań kierowanych w trybie art. 90

ust. 1 i 1a oraz 87 ust. 1 ustawy Pzp tj. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z przyjętymi w prawie zamówień publicznych poglądami, wyjaśnienia wykonawcy winny być kompleksowe, poparte odpowiednimi dowodami oraz w pełni odnosić się do treści wezwania zamawiającego. Wskazuje, że udzielenie wyjaśnień, które wyłącznie w sposób ogólnikowy odnoszą się do wezwania, uznaje się za wyjaśnienia, które stanowią podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jak orzekła Izba w wyroku z dnia 27.12.2017 r. sygn. akt KIO 2602/17 „To w interesie wykonawcy leży wykazanie zgodności treści oferty z SIWZ”. Odwołujący podkreśla, że oceniając oświadczenia składane przez wykonawcę w toku postępowania, zamawiający pozostaje związany wyłącznie dokumentacją, którą otrzymał od wykonawcy. Zamawiający nie może rozszerzając interpretować treści ofert czy posiłkować się informacjami własnymi, czyli de facto samemu wyjaśniać treść oferty. Podnosi, że w zakresie obowiązków zamawiającego leży wyłącznie analiza tego, co przedłożył mu wykonawca, co potwierdziła Izba w wyroku z dnia 2.11.2017 r. sygn. akt KIO 2189/17. Odwołujący zaznacza dodatkowo, że to na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że jego oferta spełnia wymagania Zamawiającego. Rolą wykonawcy, nie zamawiającego, jest takie doprecyzowanie treści oferty, aby wszelkie wątpliwości po stronie zamawiającego zostały rozwiązane. Odwołujący wskazuje, że to również nie Odwołujący ma obowiązek wykazać, że cena oferty wykonawcy wybrana jako najkorzystniejsza jest ceną rażąco niską, ani że potwierdzają to wyjaśnienia przez niego złożone. Wręcz przeciwnie, to na wykonawcy, w odniesieniu do którego zaistniało podejrzenie rażąco niskiej ceny oferty, ciąży obowiązek wykazania, że cena ta nie jest rażąco niska, lecz jest ceną realną, rynkową oraz że zapewnia zarówno wykonanie zamówienia w sposób zgodny z wszystkimi wymaganiami Zamawiającego, jak również osiągnięcie zysku przez Wykonawcę - co potwierdza treść art. 90 ust. 2 ustawy Pzp „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy”. Powołuje się na wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z 14.03.2017 r., sygn. akt XXIII Ga 967/16.

Odwołujący wywodzi, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz z ugruntowanym orzecnictwem, wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest do przedłożenia szczegółowych i wyczerpujących informacji oraz dowodów, które potwierdzać będą realność zaoferowanej przez niego ceny oferty. Oznacza to, iż złożone wyjaśnienia i dowody nie mogą ograniczać się wyłącznie do elementów wskazanych w wezwaniu przez Zamawiającego, lecz winny być wyczerpujące obejmować wszelkie elementy istotnie wpływające na cenę globalną oferty i dowodzić jej realności. Odwołujący zaznacza, że w tym celu konieczne jest uwzględnienie wszelkich aspektów wpływających na wyliczenie zarówno poszczególnych elementów ceny oferty (w tym w szczególności tych podniesionych przez Zamawiającego w wezwaniu), jak również ceny całej oferty, gdyż temu służy wprowadzenie przez ustawodawcę możliwości (a wręcz obowiązku) badania przez Zamawiającego istotnych elementów ceny oferty.

Odwołujący wskazuje, że sformułowane przez wykonawcę BUI wyjaśnienia nie wyjaśniły w sposób kompleksowy i jednoznaczny powstałych wątpliwości (tym bardziej nie odnoszą się w żaden sposób do wyceny pozostałej części oferty) i nie dowodzą, że cena zaoferowana przez Wykonawcę nie jest rażąco niska. Powołuje się na wyrok KIO z dnia 13.03.2015 r., KIO 39/15.

Dalej Odwołujący wywodzi, że analizując wyjaśnienia złożone przez wykonawcę BUI w zakresie odpowiedzi na pkt 7 wezwania, stwierdza, że nie spełniają one wskazanych powyżej wymagań, a cena wskazana w ofercie wykonawcy BUI jest ceną rażąco niską,

a) W pierwszej kolejności Odwołujący podkreśla, że twierdzenie wykonawcy BUI, wskazane w dowodzie nr 1, załączonym do wyjaśnień, zgodnie z którym minimalne koszty pracodawcy, w przypadku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wynoszą 2 478,63 zł, pozostaje sprzeczne ze stanem faktycznym w tym zakresie i stanowi o rażąco niskiej cenie oferty wykonawcy BUI. Podnosi, że z ustawowych zobowiązań pracodawcy wynika, iż poza wynagrodzeniem ma on obowiązek uiszczania szeregu składek, które stanowią dodatkowe koszty. Odwołujący przedstawia zestawienie realnych kosztów pracodawcy, przy przyjęciu minimalnego wynagrodzenia na podstawie umowy o pracę w 2019 r., które wyniosło 2250 zł brutto (zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 11 września 2018 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2019 r.):

- a) wynagrodzenie: 2250 zł brutto,
- b) składka na ubezpieczenie emerytalne w wysokości $9,76\% \cdot 2.250,00 \text{ zł} = 219,60 \text{ zł}$,
- c) składka na ubezpieczenie rentowe w wysokości $6,50\% \cdot 2.250,00 \text{ zł} = 146,25 \text{ zł}$,
- d) składka na ubezpieczenie wypadkowe w wysokości $1,67\% \cdot 2.250,00 = 37,58 \text{ zł}$,

e) składka na Fundusz Pracy - $2.250,00 * 2,45\% = 55,13 \text{ zł}$,

f) składka na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych - $2.250,00 \text{ zł} * 0,10\% = 2,25 \text{ zł}$.

Suma dodatkowych obciążeń to 460,81 zł.

Koszt całkowity: 2.710,81 zł.

Odwołujący wskazuje, że z przedstawionych wyliczeń, uwzględniających wszelkie wymagane przepisami prawa koszty pracodawcy - przy założeniu minimalnego wynagrodzenia, wynika, że suma obciążeń leżących po jego stronie wynosi min. 2710,81 zł.

Z powyższego wywodzi, że cena przyjęta w pozycji Formularza Personel biurowy i pomocniczy, obejmująca dwie osoby nie może być niższa niż 5421,62 zł. Wobec stałej kwoty minimalnego wynagrodzenia i jasnych kryteriów obliczeń kosztów w tym zakresie, ujęcie w ofercie ceny niższej niż wskazana powyżej wskazuje jednoznacznie na fakt, iż jest to cena rażąco niska. Odwołujący podnosi, że nawet jeżeli przyjąć, że wykonawca BUI skorzystał z rozwiązań, pozwalających na zwolnienie z opłacania części składek, kwota, jaką przeznaczył w ofercie na pokrycie kosztów personelu biurowego oraz pomocniczego, nadal pozostaje rażąco niska i nie pozwala na realizację obowiązków wskazanych w SIWZ w tym zakresie, a także na uzyskanie przez wykonawcę BUI zysku.

Podnosi, że w niektórych przypadkach pracodawca może pozostawać zwolniony z opłacania składki na Fundusz Pracowniczy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Zwolnienie to przysługuje w przypadku zajścia określonych okoliczności:

- a) zatrudnienia kobiety powyżej 55 roku życia oraz mężczyzny powyżej 60 roku życia - takie osoby są zwolnione z opłacania tych składek. Jest to zwolnienie bezterminowe i przysługuje od pierwszego dnia miesiąca po ukończeniu 55 lub 60 lat.
- b) zatrudnienia pracownika powyżej 50 roku życia na podstawie umowy o pracę w przypadku, gdy przed zatrudnieniem osoba taka widniała w ewidencji bezrobotnych powiatowego urzędu pracy przez okres co najmniej 30 dni. Jest to zwolnienie, które przysługuje jedynie przez 12 miesięcy od pierwszego dnia miesiąca po zawarciu umowy o pracę.
- c) zatrudnienia pracowników powracających z urlopu macierzyńskiego, urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego, urlopu rodzicielskiego lub urlopu wychowawczego w okresie 36 miesięcy począwszy od pierwszego miesiąca po powrocie z urlopu macierzyńskiego, urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego, urlopu rodzicielskiego lub urlopu wychowawczego. Zwolnienie to przysługuje przez 36 miesięcy od pierwszego dnia następującego po tym, w którym pracownik wrócił z urlopu.

Odwołujący podnosi, że nawet gdyby przyjąć, iż wykonawca BUI przewidział zatrudnienie osób, spełniających powyższe kryteria (czego w żaden sposób nie wykazał w wyjaśnieniach) i przysługiwało mu zwolnienie z opłacania składki na Fundusz Pracowniczy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, to nadal kwota wskazana w ofercie tj. 5 000 zł nie wystarcza na pokrycie kosztów pracodawcy, gdyż odjęciu składki na Fundusz Pracowniczy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, koszty pracodawcy szacują się następująco:

- a) wynagrodzenie: 2250 zł brutto
- b) składka na ubezpieczenie emerytalne w wysokości $9,76\% * 2.250,00 \text{ zł} = 219,60 \text{ zł}$,
- c) składka na ubezpieczenie rentowe w wysokości $6,50\% * 2.250,00 \text{ zł} = 146,25 \text{ zł}$,
- d) składka na ubezpieczenie wypadkowe w wysokości $1,67\% * 2.250,00 = 37,58 \text{ zł}$,
~~składka na Fundusz Pracy $2.250,00 * 2,45\% = 55,13 \text{ zł}$;~~

~~składka na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych $2.250,00 \text{ zł} * 0,10\% = 2,25 \text{ zł}$~~

Suma dodatkowych obciążeń to 403,43 zł.

Koszt całkowity: 2.653,43 zł.

Odwołujący zauważa, że biorąc pod uwagę konieczność zatrudnienia dwóch osób z personelu pomocniczego oraz biurowego minimalną kwotą - po przedmiotowych zwolnieniach - pozostaje 5306,86 zł, co nadal przekracza wskazaną w ofercie kwotę 5000 zł. Przytoczone przez Odwołującego wyliczenia potwierdzają zatem jednoznacznie, że cena oferty Wykonawcy pozostaje rażąco niska, a koszty, które przeznaczył na zatrudnienie osób wchodzących w skład personelu biurowego oraz pomocniczego nie wystarczają na

wypełnienie wymagań Zamawiającego w tym zakresie.

Analogicznie Odwołujący odnosi się również do pozycji 4.5 i 4.6 Formularza. Biorąc pod uwagę wskazane powyżej wyliczenia oraz wymagania Zamawiającego w tym zakresie, sprowadzające się do konieczności zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jednej osoby zarówno w ramach Personelu biurowego jak i pomocniczego w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności, koszt pracodawcy w tej pozycji nie mógł pozostawać niższy niż 2.653,43 zł. Zdaniem Odwołującego, wobec wskazania przez Wykonawcę kwoty 2500 zł w pozycjach 4.5 i 4.6, należy stwierdzić, że pozostaje ona ceną rażąco niską.

b) Jednocześnie Odwołujący podkreśla, że przyjęta przez wykonawcę BUI kwota na pokrycie kosztów zatrudnienia personelu pomocniczego i biurowego nie tylko nie wystarcza na pokrycie kosztów pracodawcy, ale nie pozwala ona również na sfinansowanie wymaganych przez Zamawiającego kosztów zastępstw lub urlopów tych pracowników. Jak wynika bowiem z treści §11 ust. 18 Aktu umowy (Tom II SIWZ):

„18. Konsultant jest zobowiązany z własnej inicjatywy zaproponować natychmiastowe zastępstwo w przypadkach:

- 1) śmierci, choroby, wypadku lub urlopu którejkolwiek z osób Personelu Konsultanta;
- 2) jeżeli jest konieczne zastąpienie którejkolwiek z osób Personelu Konsultanta z innych, niż wymienione w pkt 1, niezależnych od Konsultanta przyczyn."

W tym zakresie Odwołujący podkreśla, że w stosunku od osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę - na poczet kosztów związanych z zastępstwami lub urlopami, wykonawca powinien przeznaczyć odpowiednią rezerwę finansową, uwzględnioną w cenie oferty. Jeżeli chodzi o urlopy wypoczynkowe, to zgodnie dyspozycją art. 154 ustawy z dnia 7 maja 1974 r. Kodeks pracy (zwana dalej KP) ich wymiar wynosi odpowiednio 20 lub 26 dni w roku. Z tego Odwołujący wywodzi, że wykonawca BUI powinien założyć koszt zastępstwa osoby przebywającej na urlopie wypoczynkowym w wysokości min. około 1/15 wysokości kosztów zatrudnienia (20-26 dni/365 dni). Dodatkowo, biorąc pod uwagę obowiązek zastępstwa w przypadku zwolnień chorobowych, których roczna średnia w 2019 r. w Polsce wynosi ok. 14 dni w roku (dane za ZUS), Wykonawca miał obowiązek doliczyć do kosztów zatrudnienia personelu pomocniczego i biurowego ok. 1/26 kosztów pracodawcy (14 dni/365 dni). Z powyższego Odwołujący wywodzi, że poza minimalnymi kosztami zatrudnienia, Wykonawca obowiązany był skalkulować również koszty zastępstw wynoszące odpowiednio: ok. 1/26 oraz 1/15 z kwoty 2.653,43 zł (minimalne koszty zatrudnienia po zwolnieniach), co daje łącznie 380 zł dodatkowych kosztów - w konsekwencji, w celu spełnienia wszystkich wymagań SIWZ w zakresie zatrudnienia personelu biurowego i pomocniczego, wykonawca BUI obowiązany był wskazać w pozycji 1.5 i 1.6 Formularza kwotę wynoszącą około 6000 zł, zaś w pozycji 4.5 i 4.6-ok. 3000 zł. Podnosi, że wskazana przez wykonawcę BUI kwota 5000 zł w pozycjach 1.5 i 1.6 oraz kwota 2500 zł w pozycjach 4.5 i 4.6 Formularza wskazuje jednoznacznie na rażąco niską cenę.

c) Odwołujący zwraca również uwagę, że w ramach wskazanych wyjaśnień wykonawca BUI ograniczył się wyłącznie do wskazania, że minimalne koszty pracodawcy z tytułu zatrudnienia umowy o pracę wynoszą 2 478,63 zł. BUI nie przedstawił jednak w tym zakresie żadnych wyliczeń, zestawień czy rozbicia cenowego, nie wykazał również wymaganych przez Zamawiającego szczególnych czynników wpływających na fakt, iż kwota w pozycjach 1.5, 1.6, 4.5, 4.6 Formularza pozostaje niższa niż realne, minimalne koszty zatrudnienia pracownika na umowie o pracę.

Odwołujący podnosi, że wskazując jedynie nieopartą jakimikolwiek dowodami kwotę, wykonawca BUI w żaden sposób nie udowodnił, że wskazane przez niego kwoty w poz. 1.5 i 1.6 oraz 4.5 i 4.6 są kwotami, które pozwalają na wypełnienie wymagań Zamawiającego w zakresie zatrudnienia personelu biurowego oraz pomocniczego. Za udzielenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie można bowiem uznać wyłącznie lakonicznego oświadczenia własnego wykonawcy. Odwołujący podkreśla, że kluczowym elementem wyjaśnień pozostają dowody, obiektywnie potwierdzające twierdzenia wykonawcy, a samo ograniczenie się do wskazania, że oferta wypełnia wymogi SIWZ i wskazanie nieuzasadnionej w żaden sposób kwoty nie stanowi zatem podstawy do stwierdzenia, że wykonawca wypełnił wymagania Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia udzielone przez BUI nie odpowiadają treści wezwania Zamawiającego, a ponadto pozostają z przytoczonymi powyżej poglądami doktryny prawa zamówień publicznych oraz orzecznictwa KIO.

Mając na względzie wskazane okoliczności, Odwołujący podkreśla, że Zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem cena oferty wykonawcy BUI, wskazana w pozycjach 1.5, 1.6, 4.5 oraz 4.6 Formularza jest ceną, która nie pozwala na zapewnienie realizacji wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, a także nie jest

wystarczająca na pokrycie kosztów związanych z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. Dodatkowo, wykonawca BUL nie udzielił wystarczających wyjaśnień, pozwalających na obalenie domniemania rażąco niskiej ceny. Z tego Odwołujący wywodzi, że Zamawiający pozostawał zobligowany do odrzucenia oferty wykonawcy BUL z powodu nieudzielenia wystarczających wyjaśnień treści oferty, a także w związku z faktem, iż cena oferty wykonawcy BUL pozostaje ceną rażąco niską.

Odwołujący podnosi, że zgodnie z aktualnie obowiązującym brzmieniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ocenie pod kątem rażąco niskiej ceny podlega nie tylko cena całej oferty, lecz także wszystkie istotne części składowe. Przepis ten został bowiem znówelizowany na mocy art. 1 pkt 93 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020), która weszła w życie z dniem 28 lipca 2016 r. Wskazuje, że w aktualnym brzmieniu w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wprost odnosi się do „zaoferowanej ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych”. Jak wskazuje orzecznictwo KIO, „Wykonawca powinien udowodnić, nie budząc wątpliwości Zamawiającego, że składowe ceny są racjonalne i umożliwiają prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia” (wyrok KIO 613/17). KIO wprost wskazuje, że „w aktualnym stanie prawnym z uwagi na treść art. 90 ust. 1 ustawy pzp dopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny oferty. (...) Tym samym istotne części składowe ceny lub kosztu mogą być badane pod kątem przestaniek rażąco niskiej ceny” (wyrok KIO 1001/17). Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z powoływanym art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, omawiane pojęcie „istotnej części składowej” odnosić należy do ceny oferty, a nie samego przedmiotu zamówienia. Chodzi więc o obowiązek badania istotności składnika cenowego, a nie rzeczowego. Istotna będzie zatem taka część składowa ceny, która w znacznym stopniu wpływa na koszty ponoszone przez wykonawcę. Odwołujący podnosi, że o powyższym nie może jednak przesądzać sama tylko wartość procentowa zaoferowanej ceny danej pozycji w stosunku do ceny całej oferty, gdyż znacząca jest bowiem również sama kwota, która podlega badaniu. Dla zobrazowania powyższego Odwołujący powołuje przykład: gdyby cena całej oferty wynosiła 10.000.000,00 zł, a cena określonego elementu wynosiłaby 100.000,00 zł, to stanowiłoby to 1% ceny całej oferty.

Pomimo tego, nie sposób przyjąć, by kwota 100.000,00 zł (jako cena elementu) nie stanowiła obiektywnie istotnej części składowej. Zdaniem Odwołującego o istotności przedmiotowej części składowej ceny świadczy również sam fakt wyodrębnienia kosztów personelu biurowego oraz pomocniczego przez Zamawiającego jako osobnej pozycji w formularzu ofertowym - bezsprzecznie bowiem całość przedmiotu zamówienia obejmuje wiele elementów, opisanych szczegółowo w SIWZ, spośród których jedynie część została wyodrębniona w Formularzu. Odwołujący wywodzi, że tworząc wzór Formularza cenowego, Zamawiający kierował się istotnością poszczególnych elementów z punktu widzenia ceny całości zamówienia i trudno uznać, by racjonalnie działający i profesjonalny Zamawiający żądał od wykonawców biorących udział w postępowaniu wskazywania cen tych części przedmiotu zamówienia, których wartości są mało istotne i stanowią jedynie znikomy z punktu widzenia ceny całego zamówienia - element. Odwołujący podkreśla, że badanie ceny zaoferowanej w określonej pozycji nie służy samemu w sobie - tj. badaniu ceny danego składnika, lecz zmierza bezpośrednio do wyjaśnienia ceny oferty. Skoro bowiem przepisy Pzp nakładają na Zamawiającego obowiązek badania, czy istotne części składowe ceny oferty nie są rażąco niskie, to obowiązek ten został nałożony w konkretnym celu, którym jest właśnie zbadanie ceny całej oferty. Mając na względzie powyższe, Odwołujący wskazuje, że w związku z faktem, iż cena określona przez wykonawcę BUL w pozycjach 1.5, 1.6, 4.5, 4.6 Formularza jest rażąco niska, należy uznać, iż globalna cena oferty również nosi przymiot rażąco niskiej, przez co Zamawiający obowiązany był do jej odrzucenia - w myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentacji przedstawionej powyżej, Odwołujący stwierdza, że oferta Wykonawcy nie spełnia również wymagań określonych w SIWZ, w tym zwłaszcza w OPZ oraz w Akcie umowy. Mając na uwadze, iż minimalne koszty zatrudnienia pracownika w ramach umowy o pracę kształtują się tak, jak Odwołujący wykazał powyżej i wynikają z pewnych stałych czynników określonych w przepisach prawa, Odwołujący stwierdza, że oferta Wykonawcy pozostaje w tym zakresie sprzeczna z SIWZ. Skoro bowiem cena jednostkowa, jaką BUL przeznaczył na utrzymanie personelu biurowego i pomocniczego nie wystarcza na pokrycie wszystkich minimalnych kosztów zatrudnienia na umowie o pracę oraz wymagań Zamawiającego m.in. w zakresie zastępstw, należy stwierdzić, że oferta Wykonawcy nie spełnia wymagań Zamawiającego i nie pozwala na realizację zamówienia w ramach podanej kwoty. W ramach wskazanych kwot wykonawca BUL nie będzie bowiem w stanie zatrudnić członków personelu biurowego i pomocniczego na podstawie umów o pracę. Zdaniem Odwołującego dochodzi do sprzeczności oferty z SIWZ, w tym zwłaszcza z:

a) Pkt 2.1 OPZ - dotyczącym obowiązku zapewnienia odpowiedniej liczby osób wchodzących w skład personelu biurowego i pomocniczego,

b) § 13 ust. 1 Aktu Umowy - zobowiązującym wykonawcę do realizowania usługi z uwzględnieniem przepisów prawa oraz wymaganiami SIWZ,

c) § 13 ust. 6 Aktu Umowy - zawierającym wymagania zatrudnienia na umowie o pracę członków personelu biurowego oraz pomocniczego.

Mając zatem na uwadze treść art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w sytuacji, gdy oferta Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, Zamawiający obowiązany jest do jej odrzucenia.

Odwołujący wywodzi, że wobec wskazanych powyżej uchybień w ofercie wykonawcy BUI, Zamawiający pozostawał więc zobligowany do stwierdzenia, iż nie spełnia ona wymagań SIWZ, czego skutkiem powinno być wypełnienie dyspozycji wskazanego powyżej przepisu i odrzucenie przedmiotowej oferty.

Odwołujący podkreśla ponadto, że Zamawiający dopuścił się błędów w zakresie badania i oceny oferty oraz wyjaśnień wykonawcy BUI. Zweryfikowanie, iż cena zaoferowana w pozycjach 1.5, 1.6, 4.5 i 4.6 Formularza nie pozwala na zrealizowanie wymagań SIWZ niosło bowiem za sobą konieczność dokonania jedynie prostej kalkulacji kosztów pracodawcy, w oparciu o obowiązujące przepisy, a także obliczenia kosztów dodatkowych zobowiązań określonych w SIWZ.

Odwołujący podnosi, że mimo faktu, iż w ramach udzielonych wyjaśnień, wykonawca BUI wskazał kwoty, które nie pozwalały na zatrudnienie personelu biurowego i pomocniczego w ramach stosunku pracy, a ponadto nie przedstawił żadnych merytorycznych argumentów w tym zakresie, Zamawiający bezpodstawnie przyjął oświadczenie wykonawcy BUI za wystarczające. Zdaniem Odwołującego w związku z wyborem oferty wykonawcy BUI jako najkorzystniejszej, należy stwierdzić, iż również w zakresie tych okoliczności Zamawiający naruszył dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Działając z ostrożności procesowej, Odwołujący wskazuje, że jeżeli mimo wskazanych przez Odwołującego nieprawidłowości w ofercie wykonawcy BUI, Zamawiający - na etapie oceny ofert - uznał, że wciąż brak jest podstaw do odrzucenia ww. oferty, miał on obowiązek przynajmniej wezwać wykonawcę do doprecyzowania wskazanych wyjaśnień w omawianym zakresie. Odwołujący podkreśla, że co do zasady, w przypadku wątpliwości w zakresie zaoferowanej ceny, wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny powinno być kierowane przez zamawiającego jednokrotnie. W odpowiedzi wykonawca zobowiązany jest złożyć rzeczowe i poparte faktami wyjaśnienia, dokładając należytej staranności, by na pierwsze wezwanie zamawiającego, rzeczowo przedstawić wszelkie okoliczności wpływające na wysokość zaoferowanej ceny. Odwołujący wskazuje, że jak wynika jednak z orzecznictwa KIO oraz sądów powszechnych, istnieje możliwość ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Powtórne wezwanie może zostać skierowane, gdy złożone wyjaśnienia, w tym pewne elementy zaoferowanej ceny nie zostały wyjaśnione dostatecznie dokładnie i budzą wątpliwości zamawiającego. Podnosi, że m.in. w wyroku KIO z dnia 17 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 34/18, potwierdzono możliwość ponownego wezwania do wyjaśnień zaoferowanej ceny aktualizuje się w szczególności w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia budzą wątpliwości i wymagają doprecyzowania, a wezwanie zamawiającego zostało sformułowane w sposób nieprecyzyjny. Odwołujący zwraca uwagę, że Izba jednoznacznie wskazała, iż „ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień”. Powtórne wezwanie do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny jest dopuszczalne, o ile jego celem jest doprecyzowanie lub uszczegółowienie informacji przedstawionych już w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, lecz w sposób ogólny. Innymi słowy, powtórne wezwanie jest możliwe, gdy pierwotne wyjaśnienia nie pozbawiły zamawiającego wątpliwości i wymagają skonkretyzowania. Odwołujący zaznacza, że konsekwencje braku precyzji pierwszych wyjaśnień spoczywają po stronie wykonawcy. Odwołujący podnosi, że szczególnie istotne pozostaje zatem, „aby wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego przedstawił jak najbardziej kompleksowe wyjaśnienia wszelkich okoliczności, przemawiających za tym, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. W przeciwnym razie, może okazać się, że brak jest podstaw do sformułowania ponownego wezwania, z uwagi iż jego skutkiem byłoby złożenie nowych wyjaśnień, co w konsekwencji stanowiłoby przywrócenie pierwotnego terminu na złożenie wyjaśnień i dokumentów w przedmiocie sposobu kalkulacji ceny oferty” (tak KIO w wyroku z 17 stycznia 2018 r., sygn. KIO 23/18).

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 5.08.2019 r. Odwołujący podtrzymał stanowisko zawarte w odwołaniu.

Do postępowania po stronie Zamawiającego przystąpienie skutecznie zgłosił

wykonawca Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. sp. j. z siedzibą w Łodzi. Na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą złożył pismo z dnia 2.08.2019 r., w którym wniósł o oddalenie odwołania. Wniosek ten poparty został argumentacją, zgodnie z którą jedną z osób dedykowaną jako personel biurowy i jedną z osób mającą pełnić funkcję personelu pomocniczego byli dwaj wspólnicy spółki, co pozwoliło zamknąć koszty z tytułu ww. personelu w kwocie 5 000 zł miesięcznie. Jako jedna z osób personelu biurowego wyznaczony został wspólnik D.C., którego koszty zostały wyliczone na 1 316,97 zł, drugą osobą był pracownik - koszt całkowity 2 783,10 zł. Osobą wyznaczoną jako personel pomocniczy był wspólnik G.H., którego koszty określono na 342,32 zł, drugą osobę stanowił pracownik - koszty 2 783,10 zł. Przystępujący wyjaśnił, że koszty pracy wspólników są tak niskie, gdyż nie dotyczy ich ustawa o minimalnym wynagrodzeniu. Koszt pracy wspólnika G.H. był zaś wyjątkowo niski, gdyż posiada on już uprawnienia emerytalne. Przystępujący wskazał również, że uwzględnił również koszty zastępstw, które wyliczył na kwotę 380 zł. Wykonawca poinformował również, że zawarte w dowodzie nr 1, dołączonym do wyjaśnień z dnia 9.05.2019 r. sformułowanie, iż „minimalne koszty pracodawcy na podstawie obowiązujących przepisów to 2 478.63 zł” stanowiło omyłkę, powstałą na skutek mechanicznego przekopiowania treści wyjaśnień składanych w poprzednim postępowaniu na tożsame zamówienie.

W toku rozprawy przed KIO Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz korespondencją Zamawiającego z wykonawcami, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem i pismem Przystępującego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Izba na wstępie stwierdza, że przedstawiony w odwołaniu stan faktyczny sprawy, powołany powyżej, wraz z przywołanymi postanowieniami SIWZ był w sprawie bezsporny i nie był podważany, wobec czego nie będzie powtarzany, zostanie jedynie uzupełniony o okoliczności wskazane poniżej.

Zamawiający pismem z dnia 30.04.2019 r. wezwał wykonawcę BUI do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując że cena jego oferty jest niższa o 33,22% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia, czy wykonawca sporządził ofertę zgodnie z wszystkimi wymaganiami określonymi w SIWZ oraz wniósł o podanie szczegółów dotyczących składowych mających wpływ na wysokość skalkulowanej ceny wraz ze wskazaniem czynników, które zdaniem wykonawcy mają wpływ na wysokość skalkulowanej ceny oferty wraz z przedstawieniem dowodów, że podana cena jest realna i wiarygodna, jak również wskazania i opisu obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanych cen, w szczególności w zakresie m.in. usługi nadzoru i zarządzania w okresie projektowania (weryfikacja i koordynacja prac projektowych) w odniesieniu do Poz. 2.1.

Zamawiający zażądał wyjaśnień w zakresie dotyczącym w szczególności m.in.:

„7. Czy w cenie ofertowej Wykonawca uwzględnił wszystkie koszty związane z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, wszystkich osób wykonujących funkcje objęte kluczową częścią zamówienia oraz osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy tj. czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w poz. 2.1. OPZ?

8. czy Wykonawca uwzględnił w cenie oferty koszty pracy i wynagrodzenia osób wchodzących w skład Personelu Konsultanta (Eksperci Kluczowi, Inni Eksperci), Personelu biurowego i Personelu pomocniczego, zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, na poziomie nie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. 2015r. poz. 2008 oraz z 2016 r., poz. 1265) w okresie realizacji robót oraz w okresie przeglądów i rozliczenia kontraktu?”.

(...)

10. prosimy o po podanie liczby osób wchodzących w skład personelu biurowego oraz personelu pomocniczego w okresie wykonywania robót budowlanych oraz w okresie przeglądów i rozliczenia Kontraktu. Na jakich konkretnie warunkach zostaną zatrudnione te osoby przez Wykonawcę?”

Wykonawca BUI udzielił odpowiedzi pismem z dnia 9.05.2019 r., w którym m.in. w odniesieniu do ww. pytań wskazał:

„7. Wykonawca oświadcza, że w cenie oferty uwzględnił wszystkie koszty związane z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, wszystkich osób wykonujących funkcje objęte kluczową częścią zamówienia oraz osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących Personel Biurowy oraz personel Pomocniczy, tj. czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w poz. 2.1 OPZ. Szczegółowe rozliczenie kosztów pracy i wynagrodzenia kluczowych członków personelu oraz członków Personelu Biurowego i Pomocniczego, zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, zawiera tabela sporządzona w formacie excel stanowiąca dowód nr 1”.

„8. Wykonawca uwzględnił w cenie oferty koszty pracy i wynagrodzenia osób wchodzących w skład Personelu Konsultanta, a także Personelu biurowego i Personelu pomocniczego, zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, na poziomie nie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. 2015 r., poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265) w okresie realizacji robót oraz w okresie przeglądów i rozliczenia kontraktu. Szczegółowe rozliczenie kosztów pracy i wynagrodzenia kluczowych członków personelu oraz członków Personelu Biurowego i Pomocniczego, zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, zawiera tabela sporządzona w formacie excel stanowiąca dowód nr 1”.

„10. Wykonawca oświadcza, że w okresie wykonywania robót budowlanych zatrudni dwie osoby w ramach Personelu Biurowego oraz dwie osoby w ramach Personelu Pomocniczego, zaś w okresie przeglądów i rozliczenia Kontraktu po jednej osobie z ww. wymienionych. Wszystkie ww. osoby będą zatrudnione na podstawie umów o pracę na czas określony odpowiadający okresowi trwania kontraktu. Powyższe spełnia wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Ponadto załączona do niniejszych wyjaśnień tabela sporządzona przez wykonawcę na Personel Biurowy Kontraktu oraz Personel Pomocniczy”, (podkreślenie Przystępującego)

Do wyjaśnień Przystępujący dołączył m.in. ww. dowód nr 1, który stanowił wyliczenie kosztów. Przy pozycjach „Personel biurowy Kontraktu” i „Personel pomocniczy” wskazał: „minimalne koszty pracodawcy na podstawie obowiązujących przepisów to 2 478,63”. Podana cena jednostkowa w ww. wyliczeniu, dla obu pozycji po 5 000,00 zł - dotyczyło to „2 osób w okresie realizacji, 1 osoba w okresie rozliczenia”.

W pkt 2.1 OPZ - „Personel konsultanta” Zamawiający zawarł następujące postanowienie: „Nadzór nad realizacją Kontraktu będzie powierzony osobom wskazanym w Ofercie Konsultanta oraz osobom zaakceptowanym przez Kierownika Projektu zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami kontraktowymi.

W celu realizacji zamówienia Konsultant zapewni odpowiedni:

- 1) Personel Konsultanta (Eksperci Kluczowi, Inni Eksperci),
- 2) Personel biurowy

Dla okresu projektowania oraz okresu wykonywania robót budowlanych min 2 osoby, np.: sekretariat, obsługa techniczna - administracyjna itp.

Dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu min 1 osobę, np.: sekretariat, obsługa techniczna - administracyjna itp.),

3) Personel pomocniczy

Dla okresu projektowania oraz okresu wykonywania robót budowlanych min 2 osoby, inne osoby niezbędne w czasie realizacji usługi,)

Dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu (min 1 osobę, inne osoby niezbędne w czasie realizacji usługi,), niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia”.

Wzór umowy, stanowiący załącznik do SIWZ, w § 13 - „Ogólne obowiązki Konsultanta”, ust. 6, stanowił: „Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, tj. wskazane w ust. 5 i 6, przez okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadczenia Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, tzn. będą pełnili obowiązki we wszystkie dni robocze w miesiącu, z zastrzeżeniem, iż w Okresie Projektowania Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, Specjalista ds. rozliczeń, Specjalista ds. roszczeń zatrudnieni będą w wymiarze nie mniejszym niż >2 etatu, tzn. będą pełnili obowiązki w co najmniej połowę dni roboczych w miesiącu. Technolog, przez okres realizacji usługi, do wydania ostatniego Świadczenia Przejęcia, zatrudniony będzie w wymiarze nie mniejszym niż 14 etatu”.

Izba zważyła, co następuje.

Odwwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że 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. Mając na uwadze treść wyjaśnień z dnia 9.05.2019 r. oraz pisma z dnia 2.08.2019 r., złożonego przez Przystępującego na posiedzeniu przed KIO, należy uznać, że Przystępujący przygotowując ofertę uwzględnił koszty pracy poniżej przepisów o minimalnym wynagrodzeniu o pracę.

Izba nie dała wiary twierdzeniom Przystępującego z pisma z 2.08.2019 r., iż koszty pracy pracowników personelu biurowego i pomocniczego wyliczył z założeniem, że powoła po jednym ze współników na ww. stanowiska. Niewiarygodność rzeczonych twierdzeń jest oczywista w konfrontacji z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny z 9.05.2019 r., gdzie w odpowiedzi na pytanie 10, Przystępujący wprost wskazał, że „Wykonawca oświadcza, że w okresie wykonywania robót budowlanych zatrudni dwie osoby w ramach Personelu Biurowego oraz dwie osoby w ramach Personelu Pomocniczego, zaś w okresie przeglądów i rozliczenia Kontraktu po jednej osobie z ww. wymienionych. Wszystkie ww. osoby będą

18

zatrudnione na podstawie umów o pracę na czas określony odpowiadający okresowi trwania kontraktu. Powyższe spełnia wymagania Zamawiającego określone w SIWZ” (podkreślenie Przystępującego). Odpowiedź ta jest spójna z całością wyjaśnień, gdzie Przystępujący odnosząc się do załączonego do nich dowodu nr 1 - wyliczenia kosztów, wskazywał, że zawierają one rozliczenia kosztów pracy i wynagrodzenia m.in. członków personelu biurowego i pomocniczego, zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu - zatem powołane w wyliczeniu koszty nie odnosiły się do kosztów pracy współnika spółki, a jedynie osób zatrudnionych na umowę o pracę. Nie jest również logiczne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego niepowołanie się na okoliczność posłużenia się współnikami jako ww. personelem w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, gdyby rzeczywście Przystępujący w ten sposób kalkulował ofertę. Powyższe jednoznacznie świadczy o tym, że przygotowując ofertę i składając wyjaśnienia Przystępujący nie zakładał zaangażowania współników spółki jako ww. personelu. Okoliczności sprawy nakazują stwierdzenie, że Odwołujący przyjmował, że osoby pełniące funkcję ww. personelu zatrudni na umowę o pracę, przy czym przyjął nieaktualne stawki, na co wskazuje zawarte w ww. dowodzie nr 1 stwierdzenie, że „minimalne koszty pracodawcy na podstawie obowiązujących przepisów to 2 478,63 zł”. Biorąc pod uwagę całą treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny, z których jasno i w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że Przystępujący zamierzał wszystkie osoby w ramach personelu biurowego i pomocniczego zatrudnić na umowę o pracę oraz wskazanie w wyliczeniu kwoty 5000 zł jako koszt miesięczny pracy dwóch takich osób, nie budzi wątpliwości, że dokonując wyliczeń, Przystępujący uwzględnił wskazaną przez

siebie, nieaktualną kwotę minimalnych kosztów pracodawcy - 2 478,63 zł. Nie jest wiarygodnym również twierdzenie, że ww. sformułowanie dotyczące minimalnych kosztów pracodawcy stanowi omyłkę, pozostałość po poprzednich po wyjaśnieniach - gdyż to wskazanie koresponduje w pełni z treścią samych wyjaśnień i przewidzianych w wyliczeniu kwot - 5000 zł za pracę dwóch pracowników - czyli kwotę nierealną, przy założeniu wyższych kosztów pracodawcy niż wskazane, o czym poniżej.

Ustalenie ww. okoliczności jednocześnie nakazuje stwierdzenie, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Jak wynika z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca, w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, powinien udzielić wyjaśnień m.in. w zakresie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Przystępujący nie kwestionował wyliczeń Odwołującego, zgodnie z którymi minimalnym kosztem pracodawcy zatrudniającym osobę na o umowę o pracę jest kwota 2 710,81 zł (tym bardziej za bezsporną należy uznać kwotę 2 655,43 - koszt zatrudnienia osoby zwolnionej z obowiązku opłacania składek na Fundusz Pracowniczy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych). Ponadto, wykonawca zobowiązany był również uwzględnić koszty zastępstw, czego również dotyczyło wezwanie do wyjaśnień (pkt 9). A zatem kwoty bezspornie uznane za stanowiące minimalne koszty pracodawcy (nawet bez uwzględnienia kosztów zastępstw), przenoszą kwotę założoną w wyliczeniach załączonych do wyjaśnień przez Przystępującego, nie jest zatem możliwym, by założone koszty pracy były zgodne z przepisami obowiązującego prawa. Reasumując, zaoferowana przez Przystępującego cena nie daje gwarancji wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ (zatrudnienie rzeczowego personelu, w wymaganej liczbie, na umowę o pracę) oraz odrębnymi przepisami (wynagrodzenie minimalne oraz pozostałe koszty pracodawcy).

Prezentowane na rozprawie przed KIO argumenty, dotyczące zatrudnienia wspólników jako członków ww. personelu należy uznać za przyjęte na potrzeby postępowania odwoławczego. Jakkolwiek Izba uznaje, zgodnie z art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, iż wykonawca ma prawo składania nowych dowodów w toku postępowania odwoławczego na potwierdzenie, że cena oferty nie zawiera rażąco niskiej ceny, tak dowody składane przez Przystępującego stanowią całkowitą zmianę, w zasadzie zaprzeczanie wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 9.05.2019 r. Charakter tej zmiany nie pozwala na przyjęcie, że obecne stanowisko Przystępującego odnosi się do rzeczywiście przyjętego sposobu i założeń kalkulacji oferty. Nadto, dopuszczenie w wyjaśnieniu o całkowicie odmiennej treści, na tę samą okoliczność (założone koszty pracy), stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że Zamawiający winien był odrzucić ofertę Przystępującego BUL na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, czego zaniechał, dopuszczając się tym samym naruszenia tych przepisów.

Za niepotwierdzony Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego pomimo jej niezgodności z SIWZ. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał rzeczowej niezgodności. Jak wynika z wyżej wskazanych ustaleń Izby, Odwołujący przygotowując ofertę przewidział zatrudnienie Personelu Pomocniczego i Personelu Biurowego na podstawie umowy o pracę, zgodnie z SIWZ. Przyjęcie nieaktualnej, zaniżonej wysokości kosztów pracodawcy świadczy o naruszeniu przepisów dotyczących rażąco niskiej ceny oferty, nie zaś postanowień SIWZ.

Jako całkowicie bezpodstawny należało uznać zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, mający polegać na zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty

Odwołującego. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z powołanym przepisem, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący nie zakwestionował dokonanej oceny oferty Przystępującego w zakresie określonych w SIWZ kryteriów, jak również oceny swojej oferty, która zdobyła 90,95 pkt w stosunku do 100 pkt, jakie uzyskała oferta Przystępującego. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, skutecznie podniesione przez Odwołującego stanowi naruszenie przepisów dotyczących podstaw odrzucenia, nie zaś art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak

w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3 ust. 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: