Sygn. akt: KIO 211/21

WYROK
z dnia 22 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Odrzywolska

Członkowie: **Irmina Wiktoria Pawlik**

Magdalena Rams

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie w dniu 18 lutego 2021 r. odwołania, wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie; Ł. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie**;
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: **Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie**, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Kielcach;
przy udziale:
A.wykonawcy: **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
B.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie**; **Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1.**umarza postępowanie** w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowaz siedzibą w Rzeszowie; 2. Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie pomimo, że ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. nie dokonując samooczyszczenia;
2.**oddala odwołanie** w pozostałym zakresie;
3.kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
2.2zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 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.

Przewodniczący :……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt: KIO 211/21

UZASADNIENIE

Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie,
w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą
w Kielcach (dalej: „zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego
na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - zwanej dalej "ustawą Pzp" - postępowanie
o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Budowa obwodnicy Wąchocka w ciągu drogi krajowej nr 42"; nr sprawy: O.Ki.D-3.2413.19.2020.gk (dalej „postępowanie”
lub „zamówienie”).

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 12 października 2020 r.
w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 198-480368.

W dniu 7 stycznia 2020 r. zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o zamówienie o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Promost Consulting Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie; Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie (dalej „przystępujący” lub „Konsorcjum Promost”).

W dniu 18 stycznia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie; Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie** (dalej „odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Promost.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Promost pomimo, iż przedstawił on informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, tj. nie dokonując samooczyszczenia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Promost pomimo, iż oferta ta jest niezgodna z ustawą a treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ"), a nie jest to omyłka polegająca poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Promost pomimo, że oferta ta zawierała rażąco niską cenę;
4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów ustawy Pzp).

Wskazując na powyższe, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia z postępowania Konsorcjum Promost, odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, poprzedzony wezwaniem do złożenia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp.

Na posiedzeniu, wyznaczonym na 18 lutego 2021 r., odwołujący oświadczył, że cofa zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Promost.

W zakresie pozostałych zarzutów, odwołujący sprecyzował powyższe za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Promost pomimo, iż oferta ta jest niezgodna z ustawą a treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a nie jest to omyłka polegająca poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp podnosił, że Konsorcjum Promost w ofercie wskazało, że wynagrodzenie dniówkowe za pracę członków zespołu, dedykowanego do realizacji zamówienia wynosiło będzie od 150,00 zł. do 160,00 zł. W jego ocenie łącznie dla 25 wymienionych przez przystępującego osób oferta jest sprzeczna z SIWZ, gdyż przewiduje stawki dniówkowe poniżej minimalnego wynagrodzenia wymaganego przez bezwzględnie obwiązujące przepisy prawa.

Odwołujący przytoczył zapisy SIWZ - Tom III OPZ, pkt 3.1.1.1., w których zamawiający określił następujące wymagania dla członków Zespołu: W całym okresie realizacji Umowy, Wykonawca zapewni, dostępność poniżej wymienionego Personelu, niezbędnego do właściwej i sprawnej realizacji Usługi z podziałem na poszczególne Etapy. Niedozwolone jest zajmowanie przez jedną osobę więcej niż jednego stanowiska, w ramach Projektu. Ponadto w projekcie umowy udostępnionym przez zamawiającego w §1 określono definicję Dniówki, jako: „Dniówka: jednostka rozliczeniowa czasu świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta wskazana w Formularzu Cenowym, stanowiąca podstawę rozliczania Usługi zgodnie z Umową, przy czym pod pojęciem dniówki rozumie się przepracowanie w danej dobie co najmniej 8 godzin, przy czym przepracowanie dodatkowej godziny lub godzin ponad obwiązujący dobowy wymiar 8 godzin pracy nie będzie wpływał na zwiększenie wynagrodzenia Konsultanta".

Konsorcjum Promost w złożonym formularzu ofertowym wykazało wprost, iż zamierza rozliczać szereg ekspertów w stawce dniówkowej, niższej od minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej, ustalonych przez Prezesa Rady Ministrów Rozporządzeniem z dnia 15 września 2020 r. (załącznik nr 1) bądź, rozliczając zgodnie z przepisami prawa, będzie ponosił stałą, comiesięczną stratę przy rozliczeniu części ekspertów, na co literalnie nie zezwalają zapisy SIWZ.

Odwołujący przywołał art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zwracając uwagę, że ustawodawca bezwzględnie przesądził, że w cenie wykonawca musi uwzględnić koszty 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 2018 r. poz. 2177), a zatem zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 1596) minimalna stawka godzinowa wynosi 18,30 zł/h. W 2021 roku wymiar czasu pracy w sumie wynosi 2016 godzin czyli 252 dni pracujących, co daje średnio 21 dni na każdy miesiąc.
Z powyższego wynika, że w 2021 roku koszty zatrudnienia na podstawie umowy zlecenie wynoszą brutto 3 074,40 zł/mc [21 dni x 8 godzin x 18,30zł/godzinę]. Stawki minimalnej wartości dniówki są wyższe w rozumieniu zatrudnienia pracownika na podstawie umowy o pracę, zatem dla przeprowadzenia dowodu przyjął wartości niższe, to jest dla umowy zlecenie.

Wynagrodzenie w kwotach 150 - 160 zł. za dniówkę jest niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę w 2021 r., które zostało ustanowione w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. i które wynosi 2800 zł. brutto miesięcznie. Bezspornym jest, że oferta Konsorcjum Promost jest sprzeczna z ustawą - gdyż przewiduje zatrudnianie 25 specjalistów poniżej wynagrodzenia minimalnego.

Odwołujący przedstawił wyliczenia kosztów pracodawcy zgodnie z obowiązującymi stawkami dla ubezpieczeń w rozumieniu umowy zlecenie, opierając się na źródle:), prezentując uzyskane dane w tabeli. Z przedstawionych danych wynika, że koszt pracodawcy, w przypadku umowy zlecenia wynosił będzie 3 074,40 zł., co daje koszt pracodawcy w przeliczeniu na 1 dzień pracy - 176,38 zł. Dodatkowo zauważył, że wyliczona w ten sposób stawka za dniówkę nie uwzględnia żadnych dodatkowych kosztów tj. w szczególności szkoleń, badań, zastępstw. Powyższe oznacza, że Konsorcjum Promost w swojej ofercie, w pozycjach odpowiadających pozostałemu personelowi, powinno przyjąć kwotę minimum 176,38 zł netto.

Kwoty za dniówkę większe od kwoty minimalnej przyjęte zostały przez przystępującego tylko w 4 pozycjach z 29

łącznie. To oznacza, iż 25 na 29 pozycji dotyczących „innych ekspertów" wycenionych jest niezgodnie z przepisami prawa, jak również wymogami SIWZ.

Niezależnie od powyższych analiz zgodności oferty przystępującego z przepisami prawa oraz wymogami SIWZ odwołujący zwrócił także uwagę na znaczącą rozbieżność między proponowanymi w ofercie Konsorcjum Promost stawkami średniomiesięcznymi wynagrodzenia pracowników, a kwotami wynikającymi ze złożonych przez niego dokumentów, w tym w szczególności ze sprawozdań finansowych za lata 2017, 2018, 2019. Z powyższych dokumentów wynikają następujące koszty wynagrodzenia, jakie PROMOST, jako pracodawca, poniósł w poprzednich latach: 2017 r. - 6 682 526,10 zł., 2018 r. - 8 207 517,58 zł., 2019 r. - 9 922 471,92 zł. Mając na uwadze, że przystępujący zatrudniał w poprzednich latach odpowiednio: 105 osób w roku 2017, 109 w roku 2018
i 129 w roku 2019, średniomiesięczne wynagrodzenie brutto w firmie przystępującego kształtuje się na poziomie: 5 303,59 zł. w roku 2017, 6 274,86 zł. w roku 2018 i 6 409,87 zł. w roku 2019. Z kolei przy założeniu średnio 21 dni pracujących w miesiącu średnia wartość brutto dniówki w firmie przystępującego wynosi: 2017 r. - 252,55 zł., 2018 r. - 298,80 zł., 2019 r. - 305,23 zł. W ocenie odwołującego powyższe dane potwierdzają, iż złożona przez Konsorcjum Promost oferta zawiera stawki rażąco niskie - nie tylko w stosunku
do przepisów prawa i wymogów zamawiającego, lecz także w stosunku do własnych stawek wynagrodzeń stosowanych w ramach prowadzonej przez tego wykonawcę działalności.

Odwołujący przywoływał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku
z 12 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 527/ 19 uznała, że przyjęcie za podstawę obliczenia ceny oferty wynagrodzenia w kwocie niższej niż przewidziana w ustawie o minimalnym wynagrodzeniu, stanowi okoliczność uzasadniającą odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, bowiem tak sporządzona oferta uchybia przepisowi art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym przyjęta przez wykonawcę do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy. Ponadto, w wyroku KIO sygn. akt 1965/17
i KIO 1966/17 z 5 października 2017 r. wskazano, że nieuwzględnienie pełnych kosztów
w danej pozycji jest niedopuszczalne i stanowi sprzeczność z SIWZ oraz że jest
to niezgodność, której nie można usunąć na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący także, z ostrożności, gdyby przystępujący podnosił, że koszty zatrudnienia w/w osób zostały ujęte w innych pozycjach podkreślił, że niedopuszczalne jest wskazywanie, że koszty, których obowiązek poniesienia wynika z treści SIWZ, miałyby być pokrywane z innych pozycji. Czym innym jest bowiem obowiązek objęcia ceną oferty wszystkich kosztów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia (w tym przypadku kosztu zatrudnienia członków Zespołu), których obowiązek poniesienia wynika z SIWZ,
a czym innym - uwzględnienie w cenie oferty pewnej kwoty na ryzyka związane z realizacją zamówienia. Kwota na ryzyka może bowiem obejmować koszty, których poniesienia nie dało się przewidzieć na etapie szacowania ceny oferty, które nie wynikały z SIWZ,
a pojawiły się na etapie realizacji zamówienia - np. wynikają ze zmiany okoliczności faktycznych realizacji projektu w długim okresie realizacji zamówienia. Pogląd taki prezentowała również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 29 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2717/17 oraz w wyroku z 15 września 2017 r., sygn. akt KIO 1805/17.

Zamawiający, w dniu 19 stycznia 2021 r. poinformował wykonawców, zgodnie
z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania
do złożenia przystąpienia. Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili w dniu 21 stycznia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się
o udzielenie zamówienia: **Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowaz siedzibą w Rzeszowie**; **Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie**. W dniu 22 stycznia 2021 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca: **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie**.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp z 2019 r." złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

W złożonym piśmie procesowym, odnosząc się do zarzutów naruszenia dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający zajął stanowisko, że oceniając ofertę Konsorcjum Promost w zakresie oferowanych cen nie miał jakichkolwiek wątpliwości,
że zaoferowana cena, zarówno jednostkowo jak i całościowo pokrywa koszty związane
z wykonaniem zamówienia, wraz z zyskiem. Kategorycznie nie zgadzał się ze stanowiskiem odwołującego, iż oferta przystępującego w zakresie wynagrodzenia dniówkowego łącznie dla 25 osób zatrudnionych na stanowiskach ekspertów jest sprzeczna z treścią SIWZ, gdyż - jak twierdzi odwołujący przewiduje ona wynagrodzenia poniżej minimalnego wynagrodzenia wymaganego przez bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa.

Zamawiający podkreślał, iż o rażąco niskiej cenie nie można mówić w przypadku każdego odstępstwa od cen rynkowych, lecz jedynie wówczas, gdy takie odstępstwo
ma charakter zasadniczy. Jak się wskazuje w piśmiennictwie, rażąco niską ceną będzie cena niewiarygodnie niska, taka która znacznie odbiega od cen rynkowych. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Katowicach w uzasadnieniu wyroku z 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07, o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie
od realiów rynkowych. Takim przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenie albo oferowanie usług za symboliczna kwotę. W tym kontekście, zdaniem zamawiającego, należy jednoznacznie stwierdzić, że cena zaoferowana
w postępowaniu przez Konsorcjum Promost ww. definicji nie odpowiada. W żadnym przypadku nie odbiega ona od poziomu cen rynkowych i w żaden sposób nie może być uznana za niewiarygodną.

Odnosząc się natomiast do poszczególnych pozycji kosztorysu co do wynagrodzenia ekspertów, zamawiający zaznaczył, iż przedmiotem zamówienia są usługi nadzoru - oparte na pracy intelektualnej, wymagającej doświadczenia oraz umiejętności, także umiejętności organizacyjnych, zatem usługi niepoliczalne kosztowo. Tym samym, podstawą kalkulacji ceny oferty są własne założenia i polityka cenowa danego wykonawcy. Nie można zatem abstrahować od indywidualnych okoliczności i warunków, w których działa dany wykonawca, albo arbitralnie przyjmować, że każdy

wykonawca ponosi identyczne koszty działalności w danej branży. Aby stwierdzić, iż oferta danego wykonawcy winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę konieczne jest wykazanie,
że dany wykonawca, działający w konkretnych warunkach nie jest w stanie za określoną cenę wykonać w sposób prawidłowy przedmiotu zamówienia. Konsorcjum Promost
w swojej kalkulacji zastosował się do wymagań nałożonych Rozporządzeniem Rady Ministrów o minimalnej stawce wynagrodzenia, w tym godzinowej, i do wyliczenia ceny oferty w zakresie wynagrodzenia ekspertów innych, przyjął stawkę godzinową 18,75 zł. netto, co zdaniem zamawiającego wyczerpuje zasadność sporu. Tym samym nietrafione wydają się twierdzenia odwołującego co do przyjętych wyliczeń, tym bardziej, że zgodnie
z zapisami SIWZ w odniesieniu do ww. ekspertów nie wymagano zatrudnienia tego personelu na postawie umowy o pracę. W tym zakresie, pomiędzy przystępującym
a personelem eksperckim, stosunek prawny mogły ukształtować wszelkiego rodzaju umowy cywilnoprawne (umowy zlecenia, świadczenia usług i inne), zawarte w trybie negocjacji
i oparte na zasadzie swobody kontraktowej w zakresie ustalenia należnego ekspertowi wynagrodzenia.

Zatem, zważając na powyższe argumenty, wynagrodzenie godzinowe omawianego personelu nie budziło wątpliwości zamawiającego przy ocenie i wyborze oferty Konsorcjum Promost.

Dodał również, iż wysokość minimalnej stawki godzinowej w Polsce w 2021 roku jest już znana. Kwota ta określona została w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia
15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. Zgodnie z §2 rozporządzenia
od 1 stycznia 2021 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 18,30 zł. Jest to kwota brutto, netto będzie to kwota 13,37 zł. za godzinę pracy w tym: składki ZUS - 2,51 zł., podatek 1 zł., składka zdrowotna 1,42 zł. Zatem, odnosząc się do poszczególnych dniówek ekspertów, nawet przy założeniu 8-godzinnego systemu wykonywania obowiązków, przy podzieleniu dniówki w wysokości odpowiednio 150 zł. czy 160 zł. netto na dzień
- ekspertowi należy się wyższa stawka godzinowa, aniżeli stawka wynikająca z przepisów prawa, dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Konsorcjum Promost również zaprezentowało swoje stanowisko w sprawie, składając 16 lutego 2021 r. do akt pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania
w całości jako bezzasadnego.

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, postanowieniami SIWZ, treścią oferty złożonej przez Konsorcjum Promost, po zapoznaniu się
z odwołaniem, stanowiskiem procesowym zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie, jak też Konsorcjum Promost – w złożonym piśmie procesowym,
a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika
postępowania odwoławczego, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy
z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.)
- dalej „ustawa Pzp z 2019 r.", skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania
ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu
w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia
i złożył ofertę w postępowaniu. W przypadku, gdyby zarzuty odwołującego potwierdziły się
i oferta złożona przez Konsorcjum Promost została odrzucona, oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Odwołujący tym samym został pozbawiony możliwości wykonania zamówienia, co oznacza, że został naruszony jego interes w uzyskaniu zamówienia, jak i zaistniała okoliczność powstania po jego stronie szkody, rozumianej jako brak możliwości osiągnięcia zysku z tytułu realizacji zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania
o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody złożone przez odwołującego na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z Rozdziałem 5 SIWZ - IDW jespełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Budowa obwodnicy Wąchocka w ciągu drogi krajowej nr 42".

Dalej Izba ustaliła, że zgodnie z Tomem III SIWZ - opis przedmiotu zamówienia, pkt 3.1.1.1. zamawiający wymagał aby wykonawca, w całym okresie realizacji umowy, zapewnił dostępność personelu niezbędnego do właściwej i sprawnej realizacji usługi z podziałem na poszczególne Etapy. Niedozwolone jest zajmowanie przez jedną osobę więcej niż jednego stanowiska, w ramach Projektu. Przystępujący w swojej ofercie zadeklarował, że zapewni ekspertów i specjalistów, określając ilość dniówek oraz stawkę za jedną dniówkę netto. Zgodnie z oświadczeniem stawka ta w przypadku 25 wymienionych osób wynosiła
od 150,00 zł. do 160,00 zł. za jeden dzień ich pracy. Odwołujący z kolei kwestionował wysokość zaproponowanej stawki podnosząc, że ta jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej, ustalonych przez Prezesa Rady Ministrów rozporządzeniem z dania 15 września 2020 r. Tym samym albo wykonawca działa niezgodnie z powyższym przepisem lub też, chcąc dokonać rozliczenia
z zamawiającym zgodnie z przepisami prawa, będzie ponosił stałą, comiesięczną stratę przy rozliczeniu części ekspertów, na co literalnie nie zezwalają zapisy SIWZ.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła

do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie Izba zauważa, że odwołującykwestionując realność cen w ofercie przystępującego w zakresie wynagrodzenia za jedną dniówkę dla wskazanych w ofercie
25 osób zatrudnionych na stanowiskach ekspertów, upatrywał sprzeczności złożonej oferty z treścią SIWZ w tym, że jak twierdził przewiduje ona wynagrodzenia poniżej minimalnego wynagrodzenia wymaganego przez bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa.

Przypomnieć w tym miejscu należy, że Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia
15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. (Dz. U. z 2020 r., poz. 1596) wprowadzono minimalne wynagrodzenie za pracę obowiązujące od 1 stycznia 2021 r.
w wysokości 2 800,00 zł., natomiast ustalona minimalna stawka godzinowa wynosi 18,30 zł. Obydwie kwoty podane zostały jako stawki brutto, a zatem stanowią koszt zatrudnienia pracownika, lub też pozyskania tej osoby w oparciu o umowę - zlecenie. Przepisy odnoszą się zatem wyłącznie do tych dwóch form, w jakich możliwa jest współpraca pomiędzy wykonawcą a osobami, które wykonywały będą czynności, przewidziane w ramach zamówienia.

Tym samym założenia, które przyjął odwołujący opierają się na twierdzeniu,
że przystępujący pozyskuje osoby do realizacji zamówienia czy to zatrudniając je na podstawie umowy o pracę, czy też zawierając umowy- zlecenia z tymi osobami, to do nich bowiem odnosi się wymóg dotyczący minimalnego wynagrodzenia lub związany
z ustaleniem minimalnej stawki godzinowej. Dodatkowo kalkulacje, które przedstawił jako dowód na rozprawie, przedstawiają jego własne wyliczenia odnośnie tego jak kształtują się koszty pracodawcy w przypadku umowy o pracę i umowy- zlecenia, które to również opierają się na przyjętych przez niego założeniach odnośnie absencji z powodu choroby
(9 dni w roku), nieobecności z tytułu urlopu (1,75 dnia miesięcznie), a także wyliczonych kosztów przeprowadzanych badań lekarskich (przyjęto 200,00 zł. rocznie) czy szkoleń BHP (150,00 zł. rocznie). Należy zauważyć, że nawet w przypadku umowy o pracę czy umowy zlecenia owe koszty pracodawcy, na które zwraca uwagę odwołujący kształtują się różnie
w różnych podmiotach. Tym samym zauważyć należy, że wyliczenia w zakresie dodatkowych składników, które należy uwzględnić w kosztach pracy będą zależne od przyjętych przez dany podmiot założeń, jego doświadczeń w zakresie prowadzonej działalności a zatem mogą się różnić w zależności od indywidulanych okoliczności
i warunków.

Dodatkowo tezę tą potwierdza fakt, że sam odwołujący, który w swoich wyliczeniach prezentował jako minimalną stawkę za 1 godzinę pracy eksperta zatrudnionego na umowę o pracę w kwocie 177,90 zł., natomiast w przypadku współpracy opartej o umowę - zlecenie na poziomie 195,21 zł. sam, w swojej ofercie, skalkulował stawki godzinowe w odniesieniu do większości specjalistów na poziomie 170,00 zł. Oznacza to, że możliwe i realne jest przyjęcie stawek na poziomie niższym, niż wynikające z kalkulacji, które sam przedstawia.

Powyższe rozbieżności mogą wynikać również z tego, że zgodnie z treścią SIWZ
w niniejszym postępowaniu, w odniesieniu do osób wykonujących zadania ekspertów, zamawiający nie wymagał zatrudnienia ich na umowę o pracę. Ponadto, w projekcie umowy, która zostanie zawarta z wyłonionym w przetargu wykonawcą przewidziano
(§11 - Potencjał kadrowy i zasoby administracyjne), że personel wykonywał będzie swoje zadania na zasadach i zgodnie z przygotowanym harmonogramem. Pierwszy harmonogram wykonawca przekazuje Kierownikowi Projektu, w terminie do 7 dni od daty rozpoczęcia świadczenia usług w ramach zamówienia (ust. 3). Zgodnie z tą regulacją
z harmonogramu wynika harmonogram płatności, określający planowaną liczbę osób personelu, wraz z określeniem ilości Dniówek lub Półdniówek dla każdej osoby, oraz kosztów z tym związanych w każdym miesiącu świadczenia usług oraz uwzględniający terminy mobilizacji zasobów administracyjnych określonych w Formularzu Cenowym
w punktach od 1.1 do 1.6 i od 4.1 do 4.6 oraz terminy prowadzenia działań promocyjnych, określonych w Formularzu Cenowym w punktach od 3.1 do 3.8. Z kolei w ust. 5 przewidziano, że przygotowany harmonogram będzie podlegał aktualizacji, w każdym miesiącu świadczenia usług przez wykonawcę. W umowie wskazano również,
że harmonogram sporządzany jest w oparciu o własną analizę postępu kontraktu wraz
ze wskazaniem liczby dni, w których każdy członek personelu będzie pełnił swoje obowiązki oraz datę rozpoczęcia pracy przez każdego z członków tego personelu. Powyższe zapisy świadczą zatem, że to wykonawca określa ilość dniówek pracy danego specjalisty,
w zależności od rzeczywistych potrzeb w tym zakresie. W konsekwencji przewidziane
do realizacji zamówienia osoby, wykonujące swoje usługi, nie są obowiązane
do realizowania swoich zadań 5 dni w tygodniu, przez 8 godzin. Tym samym możliwa jest sytuacja, w której dany specjalista będzie łączył zatrudnienie w innym miejscu
z wykonywaniem obowiązków w ramach tego kontraktu. Powyższa okoliczność ma znaczenie o tyle, że odwołujący w swojej argumentacji pominął zupełnie inne formy współpracy wykonawcy z personelem dedykowanym do realizacji zamówienia.

Jedną z takich możliwych form, jak wskazał przystępujący w swoim piśmie procesowym, jest zawarcie umowy zlecenia z osobą fizyczną zatrudnioną w innym podmiocie, która z tytułu tego zatrudnienia osiąga co najmniej minimalne wynagrodzenie. W powyższej sytuacji koszty po stronie wykonawcy będą inne, znacznie niższe niż prezentował to odwołujący, gdyż w takim wypadku składki emerytalne i rentowe mają charakter dobrowolny, natomiast koszt pracodawcy stanowią jedynie składki
na ubezpieczenie zdrowotne. Oznacza to, że koszt dniówki, co zaprezentował przystępujący w swoim piśmie procesowym, przedstawiając stosowne wyliczenia, wynosi
w odniesieniu do takich osób (brutto) 146,40 zł., a zatem mieści się w stawce 150,00 zł., którą skalkulował ten wykonawca w swojej ofercie. Podobna sytuacja zachodzi
w przypadku, gdy wykonawca podejmie współpracę z osobą, która prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą. Wówczas rozliczenia pomiędzy wykonawcą a tą osobą następują w oparciu o wystawioną fakturę, a wykonawca z tego tytułu nie ponosi już żadnych dodatkowych kosztów, które wymieniał odwołujący. Przedsiębiorca, za godzinę pracy, kalkuluje kwotę za godzinę pracy 18,30 zł. i taka będzie też wartość faktury, którą wystawi wykonawcy z tytułu świadczenia przez niego usług.

Z kolei stawka w wysokości 160,00 zł. za dniówkę, którą przystępujący zaproponował w odniesieniu do części osób, jest możliwa nawet w przypadku zatrudnienia ich na podstawie umowy o pracę. Przedstawione przez przystępującego wyliczenia, oparte na jego własnych założeniach co do ponoszonych przez pracodawcę kosztów wskazują,
że w takim wypadku dniówka, skalkulowana przy założeniu średniej ilości dni w miesiącu na poziomie 21 - wynosi 159,31 zł.

Izba zgadza się z twierdzeniem odwołującego, że koszty pracy stanowią niewątpliwie istotną część składową, mogą stanowić zatem element ceny oferty, mający wpływ na wysokość ceny lub kosztu, które mogą wydawać się rażąco niskie.

Przypomnieć jednak należy, że w świetle przepisu art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących kosztów pracy nie może wykazywać, że do ustalenia ceny oferty przyjął koszty pracy niższe 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). Oznacza to, że ustawodawca uznał
za wystarczającą wartość wynagrodzenia przyjętą do ustalenia ceny - kwotę minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustaloną na podstawie przepisów cytowanej ustawy z dnia 10 października 2000 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Biorąc zatem pod uwagę minimalną stawkę godzinową, ustaloną na 2021 r.
w wysokości 18,30 zł. brutto, to przy założeniu 8- godzinnego dnia pracy daje to kwotę 146,40 zł. Z kolei zamawiający w §1 wzoru umowy zdefiniował dniówkę jako jednostkę rozliczeniową czasu świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta wskazaną
w Formularzu Cenowym, stanowiącą podstawę rozliczania Usługi zgodnie z Umową, przy czym pod pojęciem dniówki rozumie się przepracowanie w danej dobie co najmniej 8 godzin, przy czym przepracowanie dodatkowej godziny lub godzin ponad obwiązujący dobowy wymiar 8 godzin pracy nie będzie wpływał na zwiększenie wynagrodzenia Konsultanta. To z kolei oznacza, że przy kalkulacji dniówki należało wycenić pracę specjalisty w wymiarze 8 godzin. W konsekwencji uznać należy, że stawka przyjęta
w ofercie przez przystępującego na poziomie 150,00 zł. czy 160,00 zł. netto za dzień pracy, jest stawką w stopniu wystarczającym pokrywającą koszty wynagrodzenia osób - personelu wykonawcy. Jest to bowiem stawka wyższa, niż stawka godzinowa wynikająca z przepisów prawa dotyczących konieczności skalkulowania w ofercie kosztów pracy na poziomie
co najmniej równym minimalnemu wynagrodzeniu za pracę.

Z powyższych powodów twierdzenia odwołującego o nieuwzględnieniu przez przystępującego kosztów pracy specjalistów na poziomie koniecznym przy realizacji niniejszego zamówienia, należało uznać za błędne i bezpodstawne.

Tym samym nieuzasadnione są zarzuty odwołującego, naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp z tego powodu, że oferta Konsorcjum Promost jest niezgodna z ustawą
a jej treść nie odpowiada treści SIWZ, jak też art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z powodu zaniechania odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę za realizację przedmiotowego zamówienia. Cena oferty danego wykonawcy w kontekście ustalenia czy jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być badana zawsze w odniesieniu do warunków realizacji zamówienia i wynikających z nich kosztów, dostępnych temu wykonawcy. Dlatego też biorąc pod uwagę okoliczności, na które wskazywał przystępujący, że w ramach tego kontraktu możliwa jest współpraca z wymienionymi w formularzu osobami na podstawie różnych form, nie tylko umowy o pracę czy umowy zlecenia, jak też okoliczność, że stawki te mieszczą się w ustalonym przepisami minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz minimalnej stawce godzinowej
- zarzuty odwołującego należało uznać za niezasadne.

W konsekwencji nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Za niezasadne, w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, należało uznać twierdzenia odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego obowiązku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie dokonał wyboru oferty, która zawierałaby rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia ani oferty, której złożenie stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Z powyższych powodów Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019
ze zm.) oraz §8 ust. 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. poz. 2437).

Przewodniczący :……

Członkowie: ……

……