sygn. akt: KIO 3146/21

WYROK

z dnia 10 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Beata Konik

Piotr Kozłowski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INKO CONSULTING sp. z.o.o. z siedzibą w Krakowie, MP CONSULTING sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Józefa Marcika 25D/2; 30-443 Kraków, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25; 31-542 Kraków,

przy udziale wykonawcy MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6; 33-100 Tarnów, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego,
przy udziale wykonawcy Firma Inżynierska ARCUS sp. z o.o. sp. k., ul. Kuźnicy Kołłątajowskiej 17i/37; 31-234 Kraków, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INKO CONSULTING sp. z.o.o. z siedzibą w Krakowie, MP CONSULTING sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Józefa Marcika 25D/2; 30-443 Kraków i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INKO CONSULTING sp. z.o.o. z siedzibą w Krakowie, MP CONSULTING sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Józefa Marcika 25D/2; 30-443 Kraków, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 3146/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego

przedmiotem jest „Pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.

„Budowa obwodnicy Chełmca w ciągu drogi krajowej nr 28".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej z dnia 9 sierpnia 2021 r., pod nr 2021/S 152-404878.

Dnia 15 października 2021 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 25 października 2021 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: INKO CONSULTING sp. z.o.o., MP CONSULTING sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej „Odwołujący") wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności i zaniechań zamawiającego, tj. od:

1) czynności wyboru przez zamawiającego oferty złożonej przez wykonawcę: Firma Inżynierska Arcus sp. z o.o. sp. k., (dalej:"Arcus") jako najkorzystniejszej, pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu,

2) zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Arcus, w szczególności pomimo, iż złożenie oferty przez tego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

3) zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Arcus, w szczególności pomimo, iż oferta złożona przez tego wykonawcę zawiera rażąco niską cenę oraz koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu,

4) zaniechania zwrócenia się przez zamawiającego o udzielenie wyjaśnień do Arcus, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oraz kosztu, w zakresie zaoferowanej w ofercie przez Arcus ceny i kosztu w szczególności za czynności Zespołu geodetów nr 1 (pozycja 2.2.11 Formularza cenowego), pomimo że zaoferowana cena i koszt w sposób oczywisty są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i winny wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, tj. w szczególności w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.

U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16

kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm. - dalej: „UZNK"), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Arcus, mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na sprzedaży usługi i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia,

2. art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Arcus, mimo iż oferta złożona przez tego wykonawcę zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu,

3. art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców oraz nieprzejrzysty i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy tj. wykonawcy Arcus,

z ostrożności odwołujący dodatkowo zarzucił naruszenie:

4. art. 224 ust. 1, ust. 3 pkt 4 i 6, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechania zwrócenia się przez zamawiającego o udzielenie wyjaśnień do Arcus, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oraz kosztu, w szczególności w zakresie zaoferowanej w ofercie przez Arcus ceny/kosztu za czynności Zespołu geodetów nr 1 (pozycja 2.2.11 Formularza cenowego), pomimo że zaoferowana cena i koszt i ich istotne części składowe w sposób oczywisty są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i winny wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, tj. w szczególności w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert,

3) odrzucenia w całości oferty złożonej przez Arcus,

4) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w ramach powtórzonej czynności badania i oceny ofert,

alternatywnie, z daleko posuniętej ostrożności. w przypadku braku uwzględnienia żądania zawartego w pkt 3, podtrzymując pozostałe wnioski w zakresie pkt 1 i 2 wniósł o:

5) nakazanie zamawiającemu zwrócenia się przez zamawiającego, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie wyjaśnień do Arcus, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oraz kosztu, w zakresie zaoferowanej w ofercie przez Arcus ceny/kosztu, w szczególności w odniesieniu do czynności Zespołu geodetów nr 1 (pozycja 2.2.1 1 Formularza ofertowego).

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania oraz uzyskaniu zamówienia. Odwołujący złożył prawidłową ofertę w postępowaniu. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu spośród nieodrzuconych ofert (uzyskując 99,73 pkt). Odwołujący jest zainteresowany realizacją zamówienia, a jego oferta winna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza przy prawidłowym prowadzeniu postępowania. W treści odwołania odwołujący podnosi zarzuty wobec oferty wykonawcy Arcus, która z naruszeniem przepisów prawa została wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący podkreślił, że Arcus uzyskał w ramach oceny ofert najwyższy wynik punktowy dzięki uzyskaniu punktów za zaoferowaną oczywiście rażąco niską i stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji cenę. Zakwestionowane w niniejszym odwołaniu czynności i zaniechania w sposób oczywisty zmierzają do bezprawnego pozbawienia odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący ma zatem interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy postępowanie, a nadto może ponieść szkodę w szczególności w postaci utraconych korzyści na skutek nieuzyskania zamówienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy. Naruszenia te miały przy tym istotny wpływ na wynik postępowania, co uzasadnia uwzględnienie odwołania, gdyż efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań zamawiającego jest uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, co w sposób niewątpliwy wpłynęło na wynik postępowania.

Odwołujący wskazał, co następuje.

1) zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm. - dalej: „UZNK").

Zdaniem odwołującego, w niniejszej sprawie można niejako prima facie stwierdzić, że zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych powyżej przepisów ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę Arcus, mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na sprzedaży usługi i towarów

poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia. W szczególności wskazać należy, że w pozycji 2.2.11 Formularza cenowego zamawiający żądał wskazania ceny jednostkowej dniówki całego Zespołu geodetów nr 1, której wysokość Arcus określił na 200 zł. Odwołujący wskazał, iż „Zespół geodetów nr 1" w sposób oczywisty ma odrębny charakter od pozycji 2.2.10 „Geodeta w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji" dla którego to pojedynczego geodety Arcus określił dniówkę w wysokości 210 zł, a zatem wyższej niż dniówka całego Zespołu geodetów nr 1.

W tym miejscu odwołujący przytoczył powszechnie przyjętą definicją pojęcia „zespół": „Zespół to zbiór osób, które posiadają wspólny, konkretny cel działania i wzajemnie uzupełniające się umiejętności (K. Kmiotek 2012, s. 162). Zespół jest traktowany jako specyficzna, spójna grupa osób (R. Rutka 2012, s. 75)".

W świetle powyższego oczywistym jest, że „Zespół geodetów nr 1" musi się składać, co najmniej z 2 osób (inaczej nie byłby zespołem), co zresztą koreluje ze specyfiką pracy geodetów i chociażby wykonywaniem pomiarów, współpracy co najmniej 2 osób (np. jeden trzyma tyczkę, drugi wykonuje pomiary). W projekcie umowy tj. w jej § 16 ust. 1 (Obowiązki Konsultanta w zakresie prac geodezyjny) zamawiający wprowadził ponadto postanowienie, iż: „Konsultant odpowiedzialny jest za prawidłowy nadzór nad pracami geodezyjnymi prowadzonymi przez geodetów Wykonawcy. W tym celu Konsultant zobowiązany jest dysponować odpowiednim sprzętem geodezyjnym oraz odpowiednią ilością zespołów geodezyjnych, aby zagwarantować prawidłowy nadzór nad prowadzonymi pomiarami geodezyjnymi dokonywanymi przez Wykonawcę".

Odnosząc się z kolei do definicji „Dniówki" zawartej w projekcie umowy (§ 1 Definicje) zauważyć należy, iż „Dniówka to 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".

W formularzu cenowym jest zatem wskazana Dniówka za cały Zespół geodetów nr 1, a zatem za przepracowanie przez Zespół tj. co najmniej 2 osoby jednocześnie co najmniej 8 godzin w danej dobie, co daje 12,5 zł za jedną przepracowana godzinę przez 1 osobę.

Wykonawca Arcus zaznaczył również w ofercie i JEDZ, że nie będzie posługiwał się podwykonawcami. Ponadto zgodnie z pkt 17.3 Tomu I SWZ „Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym". Dodatkowo zamawiający w pkt 17.4 Tomu I SWZ zaznaczył, iż „Przekroczenie któregokolwiek z ustanowionych w Formularzu cenowym limitów spowoduje odrzucenie oferty".

Kwota zaoferowana przez Arcus w szczególności w zakresie Dniówki za cały Zespół geodetów nr 1 jest w sposób oczywisty i rażący zaniżona, gdyż w żadnym razie, dla żadnego rozsądnego odbiorcy, nie może pokrywać kosztów pracy zespołu (będąc zresztą nawet niższą niż stawka wskazana przez Arcus dla jednego Geodety) i pozostaje znacznie niższa niż określona w prawie minimalna stawka godzinowa. Zaoferowana przez Arcus kwota nie pokrywa zatem nawet kosztów sprawowania czynności w oparciu o obowiązującą w Polsce minimalną stawkę godzinową, gdyż stawka godzinowa Arcus w przypadku Zespołu geodetów nr 1 wynosi 12,5 zł, a zatem jest rażąco i oczywiście niższa niż stawka minimalna.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1) UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp bez konieczności uprzedniego wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp. Powyższe potwierdza m.in. zachowujące aktualność orzecznictwo, w tym: wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku a dnia 13 lipca 2007 r., sygn. akt II Ca 431/07; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 grudnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/O3740/05.

Wykonawca Arcus w niniejszej sprawie w sposób przemyślany i z pełną świadomością zaoferował cenę rażąco zaniżoną i oderwaną od rzeczywistej kalkulacji kosztów właśnie w celu utrudnienia innym przedsiębiorcom (w tym odwołującemu) dostępu rynku (czyli w tym przypadku do uzyskania zamówienia). Arcus, wskazał koszt Dniówki całego Zespołu geodetów nr 1 poniżej minimalnych prawnych kosztów świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców z możliwości wykonania zamówienia, co uzasadnia podniesienie

przedmiotowego zarzutu.

ad. 2) i 3) zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Zaoferowana przez Arcus kwota nie pokrywa nawet kosztów sprawowania czynności w oparciu o obowiązującą w Polsce minimalną stawkę godzinową, gdyż stawka godzinowa Arcus w przypadku Zespołu geodetów. nr 1 wynosi 12,5 zł, a zatem jest rażąco i oczywiście niższa niż stawka minimalna.

W świetle powyższego odwołujący uznał, że:

- treść oferty Arcus jest niezgodna z warunkami zamówienia, a w szczególności jest niezgodna z pkt 17.3 Tomu I SWZ, gdyż nie zawiera wymaganych prawem kosztów wykonania, w szczególności w zakresie pozycji 2.2.11 formularza cenowego (Dniówka za cały Zespół geodetów nr 1),

- oferta Arcus zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż zaoferowana przez Arcus kwota nie pokrywa nawet kosztów sprawowania czynności w oparciu o obowiązującą w Polsce minimalną stawkę godzinową, bowiem stawka godzinowa Arcus w przypadku Zespołu geodetów nr 1 (pozycja 2.2.11 Formularza cenowego) wynosi 12,5 zł, a zatem jest rażąco i oczywiście niższa niż stawka minimalna wynosząca 18,30 zł,

- treść oferty Arcus zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, gdyż w szczególności w zakresie pozycji 2.2.11 formularza cenowego nie uwzględnia bezwzględnie wiążącej minimalnej stawki godzinowej określonej na mocy rozporządzenia 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. 2020, poz. 1596).

Zamawiający winien zatem odrzucić ofertę Arcus zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 ustawy Pzp, czego nie uczynił naruszając wskazane przepisy.

Wybór oferty Arcus narusza ponadto art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz nieprzejrzysty i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy tj. wykonawcy Arcus.

Ad. 4) ewentualny zarzut naruszenia art. 224 ust. 1, ust. 3 pkt 4 i 6, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp.

Z ostrożności odwołujący wskazał, że gdyby niezasadnie uznać, iż brak jest podstaw do odrzucenia oferty Arcus już na tym etapie, to zamawiający naruszył w szczególności art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. W realiach niniejszej sprawy nie powinno budzić wątpliwości, że zaoferowana w ofercie przez Arcus cena/koszt za czynności Zespołu geodetów nr 1 w sposób oczywisty są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i winny wzbudzić wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów tj. w szczególności w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.

Jakkolwiek w ocenie odwołującego istnieją przesłanki do odrzucenia oferty Arcus już na tym etapie, z daleko posuniętej ostrożności odwołujący wskazał, iż zamawiający winien, co najmniej wezwać Arcus do złożenia wyjaśnień w zakresie pozycji 2.2.11 Formularza cenowego, a brak wezwania naruszył art. 224 ust. 1, ust. 3 pkt 4 i 6, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego, wszystkie wskazane naruszenia miały istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż doprowadził do niezgodnego z ustawą wyboru oferty Arcus.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający podniósł, co następuje.

Zamawiający wskazał, że nie był zobowiązany do odrzucenia oferty Arcus wobec, jak twierdzi odwołujący, rażąco niskiej ceny oferty oraz kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też z powodu, że oferta wybranego wykonawcy jest niezgodna z warunkami

zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztów. Złożenie oferty przez wybranego wykonawcę nie stanowi również czynu nieuczciwej konkurencji w świetle przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie powziął również wątpliwości w zakresie kalkulacji ceny oferty, w kontekście rażąco niskiej ceny, co warunkowałoby konieczność skierowania do wykonawcy żądania wyśnień i dowodów dotyczących wyliczenia ceny oraz kosztu. Całość wywodów odwołania (w świetle wszelkich stawianych zarzutów oraz zaskarżonych czynności dokonanych przez zamawiającego) odnosi się w istocie do zaoferowania przez wybranego wykonawcę ceny jednostkowej Dniówki za pracę Zespołu Geodetów nr 1 w wysokości 200 zł (pozycja 2.2.11 Formularza cenowego), co zdaniem odwołującego stanowi rażąco niską cenę, niezgodność z SWZ, a w istocie czyn nieuczciwej konkurencji. Jak wyżej zostało wskazane powinno to, zdaniem odwołującego, rodzić po stronie zamawiającego obowiązek, co najmniej wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia ceny oraz kosztu, w zakresie zaoferowanej ceny oraz kosztu Dniówki za czynności Zespołu Geodetów nr 1 (pozycja 2.2.11 Formularza cenowego), następnie zaś odrzucenie oferty wybranego wykonawcy wobec okoliczności, iż cena zaoferowanej Dniówki stanowi cenę rażącą niską, bądź uznanie, że złożenie oferty przez wybranego wykonawcę z ceną Dniówki za czynności Zespołu Geodetów nr 1 w wysokości 200 zł. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w świetle przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Z powyższym nie sposób się zgodzić. Odwołujący na potrzeby swojego odwołania interpretuje zapisy SWZ oraz projektowanych zapisów umowy w sposób odmienny niż wynika to z ich literalnego brzmienia. Zamawiający przyznaje, że Dniówka (pozycja 2.2.11 Formularza cenowego) odnosi się do pracy Zespołu Geodetów nr 1, jednak z żadnego z zapisów SWZ, czy też projektowanych zapisów umowy nie wynika, aby istniał wymóg pracy, co najmniej dwóch osób z Zespołu Geodetów nr 1 przez czas Dniówki, jednocześnie.

W projektowanych zapisach umowy wprowadzona została definicja Dniówki: „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".

Analogicznie zdefiniowana została Półdniówka: „Jednostka rozliczeniowa czasu świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta, stanowiąca podstawę rozliczania Usługi zgodnie z Umową, przy czym pod pojęciem półdniówki rozumie się przepracowanie w danej dobie od 4 ale poniżej 8 godzin. W każdym przypadku wynagrodzenie za półdniówkę przysługuje za przepracowane pełne 4 godziny bez względu na rzeczywistą liczbę przepracowanych godzin. Wynagrodzenie za półdniówkę przysługuje w wysokości połowy wynagrodzenia za odpowiednią Dniówkę wskazaną w Formularzu Cenowym".

Z powyższych zapisów nie można wyinterpretować, jak czyni to odwołujący, że cena Dniówki obejmuje koszt pracy, co najmniej dwóch osób wchodzących w skład Zespołu Geodetów nr 1 przez 8 godzin, pracujących jednocześnie, a to każda po 8 godzin na dobę (zgodnie z definicją Dniówki). Taka interpretacja prowadziłaby do wniosku, że w przypadku skierowania przez wykonawcę do pracy w Zespole Geodetów nr 1 trzech lub więcej osób, każda z tych osób musiałaby przepracować po 8 godzin dziennie. Z samej definicji „Dniówki" wynika wyłącznie, że przez pojęcie „Dniówki" rozumie się przepracowanie w danej dobie, co najmniej 8 godzin przez cały Zespół Geodetów, nie wynika zaś obowiązek przepracowania 8 godzin na dobę przez co najmniej dwie osoby wchodzące w skład tego zespołu. Nie można przyjąć takiej interpretacji również z sformułowania „Zespół Geodetów". O ile Zespół literalnie wskazuje na więcej niż jedną osobę, nie można, jak to czyni odwołujący, wyłącznie z tego sfomułowania, wywodzić konieczności pracy więcej niż jednej osoby (co najmniej dwóch) jednocześnie przez 8 godzin na dobę (zgodnie z definicją „Dniówki"). Użycie przez zamawiającego sformułowania „Zespół" wskazuje wyłącznie na konfigurację wieloosobową przy realizacji pewnego zakresu czynności zleconych wykonawcy. Zamawiający nie wymaga, aby czynności te wykonywała jedna osoba, która charakteryzuje się np.: pewnymi szczególnymi cechami. Jeżeli w SWZ oraz projektowanych zapisach umowy brak jest wymogu pracy w trakcie „Dniówki" jednocześnie przez co najmniej dwie osoby lub więcej (jak twierdzi odwołujący, każda co najmniej po 8 godzin w trakcie Dniówki), wymóg ten odnosi się wyłącznie do przepracowania przez Zespół Geodetów nr 1 Dniówki, czyli 8 godzin na dobę. Zamawiający nie żąda w dokumentacji postępowania wskazania w jaki sposób wykonawca zorganizuje pracę Zespołu Geodetów nr 1 w trakcie Dniówki tak, aby wypełnić obowiązek przepracowania 8 godzin. Nie żąda również zatrudniania na umowę o pracę osób wchodzących skład Zespołu Geodetów nr 1. Pozostawia w tym zakresie swobodę wykonawcy. Wybrany wykonawca nie naruszył więc przepisów prawa obowiązujących na terenie Polski w zakresie minimalnej stawki godzinowej, bowiem przy przyjęciu 8 godzin pracy na dobę, bez wymogu jednoczesnej pracy, co najmniej dwóch osób przez 8 godzin każda, stawka godzinowa wynosi 25 zł. Oferta wybranego wykonawcy złożona została w zgodzie z dokumentacją postępowania, a cena wybranego wykonawcy

z zakwestionowanej części nie stanowi rażąco niskiej ceny.

Wobec wyżej wskazanych okoliczności, zamawiający w świetle wysokości ceny za Dniówkę Zespołu Geodetów nr 1 zaoferowanej przez wybranego wykonawcę, nie powziął wątpliwości odnośnie kalkulacji oferty wybranego wykonawcy. Zamawiający nie w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty. Jest to konieczne w sytuacji pojawienia się wątpliwości zamawiającego, co też nie nastąpiło. Z ostrożności procesowej zamawiający wskazał, iż odwołujący, poza kwestionowaniem jednej składowej ceny oferty, nie przeprowadził w swoich wywodach żadnej analizy istotności ceny w tym obszarze dla ceny globalnej oferty, na czego konieczność zwraca uwagę KIO w swoim orzeczeniu dnia 17.08.2020 r. (wyrok z dnia 2020-08-17, sygn. akt KIO 1529/20).

Zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w konsekwencji udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, ma charakter wyłącznie skutkowy. Przez ewentualne naruszenie innych przepisów ustawy pzp mogłoby dojść do naruszenia zasad związanych z uczciwą konkurencją, przejrzystością postępowania, a przez to doprowadzić do wyboru oferty, która faktycznie nie jest ofertą najkorzystniejszą. Taka sytuacja jednak w przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiła. Działania zamawiającego były prawidłowe i nie ma podstaw do ich kwestionowania.

Na posiedzeniu, pismo w sprawie wraz z wnioskami dowodowymi złożył przystępujący wykonawca Firma Inżynierska ARCUS sp. z o.o. sp. k.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi

przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Wskazać bowiem należy, iż odwołujący z faktu, że przystępujący Arcus w formularzu ofertowym podał cenę jednostkową Dniówki za pracę Zespołu Geodetów nr 1 w wysokości 200 zł (pozycja 2.2.11 Formularza cenowego), wywodzi szereg okoliczności prawnych, wskazujących na konieczność odrzucenia oferty tego wykonawcy. Odwołujący powołuje się w tym zakresie, w szczególności na kwestie definicyjne podane przez zamawiającego w SWZ, dotyczące „zespołu" oraz „dniówki", całkowicie pomijając sens i znaczenie tych wyrażeń, jakie należy wywieść w ramach przedmiotowego postępowania.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego referują do przyjętego przez odwołującego modelu świadczenia usługi, który w swoim założeniu nie koreluje z obowiązującym brzmieniem SWZ oraz projektem umowy opracowanymi przez zamawiającego. Izba podkreśla, że zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji oraz wzoru umowy nie stawia obowiązku, aby pojęcie „Dniówki" za pracę zespołu geodetów nr 1 miało

swoim zakresem obejmować pracę minimum dwóch geodetów wchodzących w skład tego zespołu w tym samym czasie. Zamawiający postawił jedynie wymaganie, aby wypełnić obowiązek przepracowania 8 godzin/dobę przez zespół geodetów nr 1, i że ponad cenę za tę dniówkę nie będzie dodatkowo płacił.

Powyższe oznacza, że dopuszczalne i możliwe są różne opcje świadczenia usługi w ramach pozycji 2.2.11 formularza cenowego. Po pierwsze - usługa może być świadczona

przez np. dwóch geodetów naprzemiennie - po cztery godziny każdy z nich. Po drugie - usługa może być świadczona przez np. trzech lub więcej geodetów - każdy w odpowiedniej liczbie godzin, tak aby wypełnić dniówkę. Po trzecie - usługa może być świadczona przez dwóch lub więcej geodetów, naprzemiennie każdy z geodetów w innym dniu - każdy realizując pełną dniówkę. Wszystkie ww. opcje zgodne są zatem z wymaganiami zamawiającego oraz wypełniają przepisy związane z minimalnym wynagrodzeniem.

Zdaniem Izby, dopuszczalna jest również taka interpretacja opisanego w punkcie 2.2.11 formularza cenowego wymagania (Zespół Geodetów nr 1), która dopuszcza sytuację, w której wykonawca we wskazanej wyżej pozycji wycenił pracę jednego geodety pracującego w ramach dniówki wycenionej na 200 zł. Okoliczność taka wynika z faktu, iż po pierwsze zamawiający nie wskazał w SWZ oraz wzorze umowy, obowiązku świadczenia usługi w tej pozycji przez więcej niż jednego geodetę. Po drugie, jak wynika z dowodu przedstawionego przez przystępującego Arcus, stanowiącego formularze cenowe do innych przetargów zamawiającego, w których pod pozycją „Zespół geodetów nr 1" znajdują się podpozycje: „Geodeta 1" oraz „Geodeta 2" celem określenia wysokości ich Dniówek - dla każdego z geodetów osobno, a zatem przy założeniu i wymaganiu określonej liczby osób wchodzących w skład zespołu pracujących w wymiarze wskazanych w formularzu cenowym dniówek. Dodatkowo zwrócić należy uwagę na formularz cenowy zamawiającego w postępowaniu dotyczącym zamówienia „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa drogi S1 Pyrzowice - Kosztowy, odc. Podwarpie - Dąbrowa Górnicza (przebudowa dkl)", w którym to zamawiający wprost wskazał, że zespół ma się składać z czterech osób: 2.235: Zespół geodetów (4 osoby).

W konsekwencji stwierdzić należało, iż w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający nie wymagał ani nie narzucał wykonawcom sposobu organizacji pracy zespołów geodetów, pozostawiając to doświadczeniu wykonawców.

Zamawiający opisał w SWZ wymagania dla zespołu osób przez określenie ilości dniówek, a nie przez określenie ilości osób. To do wykonawców należało obliczenie i wycena jak liczny musi być zespół geodezyjny, by wykonać określony zakres prac.

Tym samym, biorąc pod uwagę powyższe rozważania, Izba stwierdziła, że nie potwierdził się żaden ze stawianych przez odwołującego zarzutów odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp 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: .....