Sygn. akt: KIO 224/22

WYROK

z dnia 11 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik
Aleksandra Kot
Emil Kuriata

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 9 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 stycznia 2022 roku przez odwołującego ZDI spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu i na rzecz którego postepowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, przy udziale wykonawcy MGGP spółki akcyjnej z siedzibą w Tarnowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 2 880 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące osiemset osiemdziesiąt złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

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 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (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: .....

Sygn. akt: KIO 224/22

UZASADNIENIE

Skarb Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego na „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzenie Kontraktem pn. Projekt i budowa drogi ekspresowej S19 Białystok - Lubartów, Kock (początek obwodnicy) - Lubartów w. „Lubartów Północ" z podziałem na dwie części"", część 1, nr zamówienia O.LU.D-3.2410.3.2021.ap.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 20 października 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 204-533477.

Przedmiotowe postępowanie jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp".

W postępowaniu tym wykonawca ZDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu (dalej: „Odwołujący") 27 stycznia 2022 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę MGGP spółkę akcyjną z siedzibą w Tarnowie (dalej jako: „MGGP").

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp przez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez MGGP, mimo iż złożone przez ww. wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniły podanej w ofercie ceny, a w konsekwencji cena podana przez MGGP jest ceną rażąco niską,

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez MGGP S.A., mimo iż jest ona niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty MGGP jako najkorzystniejszej,

2) ponowne badanie i ocenę oferty,

3) wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę. Zdaniem Odwołującego gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp to odrzuciłby ofertę wykonawcy MGGP, dokonałby wyboru oferty Odwołującego, co skutkowałoby uzyskaniem przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego.

Ad zarzutu 1.

' Odwołujący wskazał, że opis przedmiotu zamówienia zawarty został w Tomie III stanowiącym załącznik do SWZ. Zgodnie z pkt 2.1. opisu przedmiotu zamówienia dla cz. 1, Zamawiający wymagał, by Konsultant na każdym etapie trwania Kontraktu zapewnił Personel niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia. W celu realizacji zamówienia Konsultant zapewnić miał m. in. odpowiedni Personel pomocniczy - dla okresu projektowania oraz okresu wykonywania robót budowlanych min. 2 osoby, niezbędne w czasie realizacji usługi; dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu (min 1 osobę, inne osoby niezbędne w czasie realizacji usługi), niezbędne do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że MGGP w pozycji 1.6 formularza cenowego - „Personel pomocniczy", wskazał, że miesięczny koszt zatrudnienia Personelu pomocniczego wycenia na kwotę 4400 zł netto. Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający 2 grudnia 2021 r. zwrócił się do wykonawcy o złożenie kalkulacji, wyjaśnień oraz dowodów, na potwierdzenie,

że za ceny jednostkowe zaoferowane w Formularzu Cenowym poz. 1.6, Wykonawca jest w stanie zapewnić 2 osoby w pełnym wymiarze czasu pracy, stanowiące personel biurowy oraz personel pomocniczy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie obliczenia ceny pozycji nr 1.6 formularza cenowego - ,,Personel pomocniczy", a w szczególności czy przyjęta stawka wynagrodzenia zapewnia uzyskanie minimalnego wynagrodzenia pracowników w związku z wejściem w życie Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego Wynagrodzenia za pracę oraz Wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz. U. z 202l r. poz. 1690) wraz z zachowaniem obowiązujących przepisów Prawa pracy.

Odwołujący wskazał również, że dodatkowo Zamawiający wezwał MGGP do przedstawienia w jaki sposób została skalkulowana cena jednostkowa poz. 1.6 Formularza Cenowego - ,,Personel pomocniczy" uwzględniając wymagania SIWZ, tj. rozbicie ceny jednostkowej na poszczególne składniki, tj.:

- koszty minimalnego Wynagrodzenia za pracę w 2022 r.,

- koszty pracodawcy: ubezpieczenie emerytalne, ubezpieczenie rentowe, ubezpieczenie wypadkowe, Funduszu Pracy, FGśP,

- koszty zastępstwa na czas urlopu,

- koszty zastępstwa w czasie choroby, koszty obowiązkowych badań lekarskich,

- koszty obowiązkowych szkoleń (np. BHP),

- inne koszty Wymagane zgodnie z obowiązującymi przepisami (np. składka PFRON).

Odwołujący wskazał, że 13 grudnia 2021 r. MGGP złożyło odpowiedź na powyższe wezwanie. Odwołujący w treści odwołania zacytował te wyjaśnienia.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający przyjął gołosłowne, nieskonkretyzowane i przede wszystkim nieudowodnione wyjaśnienia wykonawcy MGGP, a następnie uznał jego ofertę jako najkorzystniejszą w cz. 1 zamówienia, o czym poinformował Odwołującego w dniu 17 stycznia 2022 r. Tymczasem udostępniona przez Zamawiającego treść wyjaśnień ceny, złożonych w dniu 13 grudnia 2021 r., pozwala na stwierdzenie, że wykonawca MGGP nie sprostał obowiązkowi obalenia domniemania o niedoszacowaniu ceny oferty. Złożone wyjaśnienia są nieprawidłowe i potwierdzają rażące zaniżenie ceny ofertowej przez MGGP. Jak podkreślił Odwołujący, MGGP nie udowodnił, że przysługuje mu dofinansowanie z PFRON na pracowników wyznaczonych do Personelu pomocniczego ani też, że poziom tego dofinansowania wynosi ok. 2 237 zł. Wykonawca MGGP S.A. przedłożył jako załącznik do wyjaśnień Deklarację miesięcznych wpłat na Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, z którego wynika, że zatrudnia osoby z niepełnosprawnością w stopniu umiarkowanym oraz lekkim. Następnie, w wyjaśnieniach wykonawca MGGP S. A. wskazał, że w przypadku przedmiotowego zamówienia przyjął, że na stanowisku Personelu pomocniczego zatrudni osoby niepełnosprawne, co daje możliwość istotnego obniżenia kosztów zatrudnienia oraz, że „Na dzień składania oferty MGGP S.A. przysługiwało prawo obniżenia składki na PFRON na poziomie ok. 2 237 zł na jednego zatrudnionego niepełnosprawnego pracownika, co powoduje obniżenie rzeczywistego kosztu zatrudnienia osoby na stanowisko Personelu Biurowego do wysokości 1 434,61 zł.". Z przedstawionych wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynika, że zatrudnienie Personelu pomocniczego ma wiązać się z otrzymaniem dofinansowania PFRON.

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia w tym zakresie są niewiarygodne, po pierwsze dlatego że nie podano konkretnych osób wyznaczonych jako Personel pomocniczy poprzez wymienienie ich z imienia i nazwiska, co jest oczywiste w takim stanie faktycznym. Po drugie, przy konkretnych osobach powinna pojawić się informacja o stopniu niepełnosprawności, aby móc w ogóle dać szansę Zamawiającemu na weryfikację poziomu dofinansowania z PEFRON, na który powołuje się MGGP.

Zdaniem Odwołującego wykonawca który powołuje się na tak istotną okoliczność jak otrzymanie dofinansowania, powinien wobec konkretnego wezwania Zamawiającego, ww. elementarne okoliczność wykazać w odniesieniu do każdej osoby wyznaczonej do Personelu pomocniczego. Jak wskazał Odwołujący, MGGP w żaden sposób nie udowodnił, że przysługuje mu dofinansowanie z PFRON na pracowników wyznaczonych do Personelu pomocniczego ani też, że poziom tego dofinansowania wynosi ok. 2 237 zł. Wykonawca MGGP nie doprecyzował, jaki stopień niepełnosprawności mają osoby przeznaczone do realizacji ww. zadań. Tymczasem informacja ta jest kluczowa dla ustalenia poziomu dofinansowania jaki można uzyskać z PFRON.

Odwołujący wskazał na treść art. 26a ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. 2021 r. poz. 573

z późn. zm., dalej „ustawa o rehabilitacji"). Odwołujący zwrócił uwagę, że z przekazanej Zamawiającemu deklaracji miesięcznych wpłat na PFRON wynika, że MGGP zatrudnia osoby o umiarkowanym oraz lekkim stopniu niepełnosprawności. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie wskazał, osoby o jakim stopniu niepełnosprawności zostaną skierowane do Personelu pomocniczego, a jednocześnie w sposób zdecydowany określił, że stopień dofinansowania z PFRON na te osoby wynosi ok. 2 237 zł. Tymczasem, jak wynika z przywołanych wyżej regulacji ustawy o rehabilitacji, w okolicznościach tej sprawy wykonawca MGGP, wyłącznie hipotetycznie, mógłby otrzymać dofinansowanie z PFRON w wysokości 1200 zł w przypadku osoby z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności lub 450 zł w przypadku osoby z lekkim stopniem niepełnosprawności. Deklaracja wykonawcy MGGP co do poziomu dofinansowania z PFRON pozostaje w oczywistej sprzeczności z regulacjami z ustawy o rehabilitacji. Wykonawca MGGP w żaden sposób nie wyjaśnił z czego wynika podana przez niego kwota dofinansowania z PFRON w wysokości 2 237 zł ani też nie udowodnił takiego właśnie poziomu dofinansowania na każdego pracownika wyznaczonego do Personelu pomocniczego.

Odwołujący podkreślił również, że MGGP nie udowodnił, że będzie dysponował osobami, na które przysługuje dofinansowanie z PFRON, przez cały okres realizacji zamówienia. Jak wynika z wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca MGGP S.A. wskazuje, że stopień dofinansowania z PFRON wynosi 2 237 zł na jednego pracownika i na tej podstawie przekonuje, że zaoferowana przez niego cena za Personel pomocniczy jest realna, nie zaniżona. Tymczasem wykonawca MGGP S.A. nie udowodnił również i tego, czy nie zachodzą wobec osób niepełnosprawnych jakie zamierza wyznaczyć do Personelu pomocniczego przesłanki wyłączające dofinansowanie (art. 26 ust. 1a1 ustawy o rehabilitacji) ani też aby ziściły się okoliczności uzasadniające dodatkowe dofinansowanie (art. 26 ust. 1b ustawy o rehabilitacji). Wskazać należy, że ustawa o rehabilitacji uzależnia dopłaty od szeregu okoliczności, jak np. miesięczne dofinansowanie nie przysługuje do wynagrodzenia pracownika w części finansowanej ze środków publicznych. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, że przywołane w wyjaśnieniach dofinansowanie z PFRON mu rzeczywiście przysługuje ani też, że przysługuje w wysokości 2 237 zł. Odwołujący wyjaśnił, że Okoliczność, że poziom dofinansowania z PFRON zależy od stopnia niepełnosprawności, oraz, że może wynosić maksymalnie 1200 zł w przypadku osób o średnim stopniu niepełnosprawności (a więc nie 2 237 zł) Zamawiający mógł bez trudu ustalić chociażby na stronie internetowej Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych . Odwołujący ponadto
argumentował, że nie można tracić z pola widzenia również i tego, że zaświadczenia o przyznaniu danej osobie określonego stopnia niepełnosprawności niejednokrotnie są czasowe. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, że dla osób wyznaczonych do Personelu pomocniczego będzie otrzymywał dopłaty z PFRON przez cały okres realizacji kontraktu na wskazanym w wyjaśnieniach poziomie. Informacja ta jest konieczna, aby Zamawiający był w stanie dokonać rzetelnej oceny wyjaśnień wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że skoro MGGP powołał się na wykorzystanie przy realizacji zamówienia możliwości pracy osób niepełnosprawnych, dla których wliczono dofinansowanie z PFRON, to należało poszerzyć wyjaśnienia o informacje jak wykonawca zamierza spełnić wymagania, jakie obciążają podmiot zatrudniający takie osoby, a które wynikają bezpośrednio z przepisów ustawy o rehabilitacji i ile go to będzie kosztowało. Jak już wskazano wykonawca MGGP S.A. nie tylko nie wskazał jaki stopień niepełnosprawności mają osoby przeznaczone do Personelu pomocniczego, ale też kosztów dostosowania sposobu realizacji zamówienia przy pomocy takich osób. Z załączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny deklaracji wynika przecież jedynie blankietowo, że ww. wykonawca zatrudnia osoby z umiarkowanym i lekkim stopniem niepełnosprawności. W ocenie Odwołującego MGGP powinien uwzględnić w kalkulacji również ograniczenia co do czasu pracy osób z niepełnosprawnością, Odwołujący wskazał treść art., 15 ust. 2 ustawy o rehabilitacji. Zdaniem Odwołującego w konsekwencji, skoro osoba wskazana przez MGGP mogła posiadać umiarkowany stopień niepełnosprawności, a Zamawiający wyraźnie zdefiniował, że osoba ta ma pracować w pełnym wymiarze czasu pracy, to biorąc pod uwagę powołany powyżej przepis, wykonawca MGGP S.A. powinien przewidzieć, iż będzie zobowiązany oddelegować do pracy większą ilość osób niż minimum wymagane w treści SIWZ - tzn. zatrudnić większą ilość pracowników, aby pracowali zmianowo łącznie 8 godzin dziennie. Odwołujący zauważył, że z treści wyjaśnień nie wynika, że MGGP S.A. przewidziało ww. sytuację. - przeciwnie, w odniesieniu do personelu z poz. 1.6 Formularza Cenowego MGGP skalkulowało minimalną ilość osób wskazaną przez Zamawiającego (dwie osoby). Powyższe czyni kalkulację MGGP na poziomie miesięcznym 4400 zł netto za 2 osoby w pełnym wymiarze czasu pracy, nierealną, a w konsekwencji zaoferowana cena jest rażąco niska.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 16 ustawy o rehabilitacji na wniosek osoby zatrudnionej, lekarz przeprowadzający badania profilaktyczne pracowników lub w razie jego braku lekarz sprawujący opiekę nad tą osobą wyrazi na to zgodę osoba ze znacznym stopniem niepełnosprawności może wykonywać pracę w systemie 8-godzinnym, jednak wykonawca MGGP S.A. nie przedstawił w treści wyjaśnień ww. okoliczności. Ponadto,

zgodnie z ust. 16 ust. 2 ww. ustawy o rehabilitacji, koszty przeprowadzenia takich badań ponosi pracodawca, co również nie zostało wskazane w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu. Zatrudnienie osoby niepełnosprawnej może wiązać się również z wydłużonym okresem urlopowym, stosownie do treści art. 19 ust. 1-3 ustawy o rehabilitacji.

Odwołujący wskazał ponadto, że zgodnie z art. 20 ust. 1 pkt 1 i 2 ww. ustawy o rehabilitacji, osoba o znacznym lub umiarkowanym stopniu niepełnosprawności ma prawo do zwolnienia od pracy z zachowaniem prawa do wynagrodzenia: - w wymiarze do 21 dni roboczych w celu uczestniczenia w turnusie rehabilitacyjnym, nie częściej niż raz w roku oraz w celu wykonania badań specjalistycznych, zabiegów leczniczych lub usprawniających, a także w celu uzyskania zaopatrzenia ortopedycznego lub jego naprawy, jeżeli czynności te nie mogą być wykonane poza godzinami pracy. Wykonawca MGGP natomiast okres absencji wylicza jak dla osoby bez orzeczenia niepełnosprawności. Bez wątpienia zatrudnianie osób niepełnosprawnych, jako czynnik obniżający koszty, nie powinno być uznane za wiarygodne. W zakresie dofinansowania do kosztów wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych, trzeba mieć na względzie, że to nie jest przychód stanowiący dochód, lecz przychód niwelujący znacznie większe koszty zatrudnienia tych pracowników.

Zdaniem Odwołującego zatrudnienie osób niepełnosprawnych wymaga również w wielu przypadkach dostosowania miejsca pracy do potrzeb takich osób. Pracodawca jest w takim przypadku obowiązany zapewnić niezbędne, racjonalne usprawnienia w miejscu wykonywania pracy. Z treści wyjaśnień nie wynika, że wykonawca MGGP przewidział ww. okoliczności i koszty z tym związane, co dodatkowo czyni złożone wyjaśnienia niewiarygodnymi. Wykonawca MGGP nawet nie próbował wskazać takich kosztów, które w rzeczywistości przecież musi ponieść.

Odwołujący wskazał, że MGGP wskazuje, że kwota dofinansowania z PFRON na jednego pracownika wynosi ok. 2 327 zł liczone na dzień sporządzania oferty. Tymczasem wykonawca powinien oszacować ww. koszt na cały okres realizacji zamówienia, a nie

wyłącznie na dzień sporządzania oferty - tj. wykonawca musi wkalkulować ryzyko, że poziom dofinansowania z PEFRON może się zmienić na przestrzeni czasu (np. z uwagi np. na czasowe zaświadczenia o przyznaniu określonego stopnia niepełnosprawności). Opisane okoliczności uzasadniające realność danego kosztu powinna być aktualna na czas składania wyjaśnień, nie na czas sporządzania oferty.

Fakt, jaki wynika z przedłożonej przez wykonawcę MGGP deklaracji składek na PFRON, tj. że zatrudnia on 7 osób o stopniu niepełnosprawności umiarkowanym lub lekkim, w żaden sposób nie udowadnia, że osoby te zostaną skierowane do Personelu pomocniczego tego zadania. Wykonawca MGGP realizuje też inne kontrakty niż przedmiotowy, do których mógł już zaangażować wskazane w deklaracji 7 osób. Nadto w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w zakresie części 2 są tożsame do tych, jakie wykonawca MGGP złożył w zakresie części 1 zamówienie, co oznacza, że ww. wykonawca niemal wszystkie zatrudnione przez siebie osoby niepełnosprawne (6 z 7) zaangażowałby wyłącznie na cele przedmiotowego zamówienia (2 osoby do Personelu pomocniczego i jedna do Personelu biurowego w części 1 zamówienia, 2 osoby do Personelu pomocniczego, jedna do Personelu biurowego w części 2 zamówienia).

Tymczasem na podstawie przedłożonej Zamawiającemu deklaracji składek do PFRON w żaden sposób nie można wywnioskować, że do tego konkretnego zamówienia zostaną skierowane osoby z niepełnosprawnością, nie znamy stopnia niepełnosprawności ani poziomu dofinansowania PFRON dla konkretnych 2 osób wyłonionych do Personelu

pomocniczego. Jedyne co można na podstawie deklaracji stwierdzić to to, że wykonawca

MGGP zatrudnia 7 osób z niepełnosprawnością w stopniu lekkim oraz umiarkowanym - niemniej nie sposób tego faktu przełożyć na sposób realizacji zamówienia będącego przedmiotem tego konkretnego postępowania ani na rzeczywisty koszt Personelu pomocniczego. Także i powyższa okoliczność wskazuje, że wykonawca MGGP nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, a koszt zatrudnienia

Personelu pomocniczego oraz Personelu biurowego realny.

Odwołujący wskazał, że pomimo wezwania Zamawiającego do wskazania szczegółowej kalkulacji poz. 1.6 formularza ofertowego - „Personel pomocniczy” z uwzględnieniem konkretnie wymienionych kosztów, wykonawca MGGP S.A. nie uwzględnił w przesłanej w wyjaśnieniach tabeli:

- koszty zastępstwa na czas urlopu,

- koszty zastępstwa w czasie choroby, koszty obowiązkowych badań lekarskich,

- koszty obowiązkowych szkoleń (np. BHP),

- innych kosztów.

Wykonawca wskazuje jedynie, że koszty te stanowią średnio 15% wynagrodzenia brutto. Powyższe wyjaśnienia w żaden sposób nie czynią zadość wezwaniu Zamawiającego do szczegółowego wskazania wszystkich kosztów. Nie do zaakceptowania jest wskazanie, że ww. koszty stanowią średnio 15% wynagrodzenia brutto, podczas gdy Zamawiający wzywał do przedstawienia szczegółowej kalkulacji wszystkich kosztów. Wykonawca z pewnością mógł wskazać wprost jaki jest koszt szkolenia BHP, odpisu na ZFŚ, szkoleń branżowych, dofinansowania do opieki medycznej czy karty sportowej, a już na pewno powinien szczegółowo opisać koszty zastępstwa pracownika, z uwzględnieniem wszystkich dodatkowych dni wolnych jakie przysługują osobom z określonym stopniem niepełnosprawności, o czym była mowa powyżej. Odnosząc się do wyjaśnień MGGP dotyczących prognozy na „zastępstwo w trakcie absencji pracownika z powodu choroby (średnio 12 dni chorobowych/opieki w roku, czyli 1 dzień/miesiąc) oraz urlopu wypoczynkowego, opieki nad zdrowym dzieckiem (średnio 2,33 miesięcznie)", Odwołujący wskazał, że jego zdaniem powyższe obliczenia zupełnie nie uwzględniają szczególnych regulacji prawnych dotyczących dni wolnych przysługujących osobom z niepełnosprawnością, tj:

- skróconego czasu pracy - osoby o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności, -

dodatkowych do 21 dni roboczych w celu uczestniczenia w turnusie rehabilitacyjnym - osoby o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności, - dodatkowe dni wolne w celu wykonania badań specjalistycznych.

Jeżeli wykonawca zamierzał wyznaczyć do Personelu pomocniczego osoby o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności, to winien uwzględnić powyższe ograniczenia czasowe. Jeżeli zamierzał wyznaczyć osoby o lekkim stopniu niepełnosprawności - dofinansowanie na takie osoby z PFRON wynosi 450 zł, a nie 2 237 zł, jak deklarował wykonawca.

Odwołujący wskazał na wymaganie SWZ, zgodnie z którym Zamawiający wymagał w opisie przedmiotu zamówienia: „Konsultant powinien tak zorganizować pracę Personelu Konsultanta oraz Personelu biurowego i pomocniczego, aby uwzględnić godziny pracy określone w Umowie, postanowienia dotyczące godzin pracy zawarte w Warunkach Kontraktu na roboty, nad którymi sprawowany będzie nadzór oraz ryzyko związane z dostosowaniem pracy do potrzeb między innymi z rzeczywistym czasem pracy Wykonawcy Robót, dostosowaniem zakresu i intensywności prac w okresach zimowych itp. Inżynier Kontraktu oraz pozostałe osoby powinny być dostępne na każde wezwanie Zamawiającego lub Wykonawcy Robót. Konsultant na każdym etapie trwania Kontraktu zapewni Personel niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia. Personel biurowy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 8-16 na wszystkich etapach Kontraktu.".

Zgodnie z projektem umowy:

§ 27 Godziny pracy

Konsultant jest zobowiązany tak zorganizować codzienną pracę Personelu, aby uwzględnić czas pracy Wykonawców w stopniu zapewniającym należyte wykonywanie przez Konsultanta obowiązków wynikających zarówno z Umowy, obowiązującego prawa, jak i

Kontraktu.

Zdaniem Odwołującego, MGGP w żaden sposób nie udowodnił, ani nawet nie podjął takiej próby, że osoby niepełnosprawne jakie zamierza wyznaczyć do Personelu pomocniczego, będą mogły pracować w czasie wymaganym przez Zamawiającego, bez konieczności angażowania większej ilości osób, co generuje wyższe koszty.

Pracodawcy, którzy nie osiągają ustawowo określonego limitu zatrudnienia osób niepełnosprawnych (jak wykonawca MGGP, mają obowiązek opłacania składek na PFRON.

Wykonawca MGGP nie ujmuje tego kosztu w kalkulacji przedłożonej Zamawiającemu w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał, że MGGP nie wskazał w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny kosztów przystosowania stanowiska pracy dla danej osoby niepełnosprawnej. Zgodnie z ustawą o rehabilitacji przystosowanym stanowisku pracy osoby niepełnosprawnej - jest stanowisko pracy, które jest oprzyrządowane i dostosowane odpowiednio do potrzeb wynikających z rodzaju i stopnia niepełnosprawności.

Zgodnie z projektem umowy, jaka ma zostać zawarta w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, Zamawiający określa, iż minimalny czas świadczenia Usługi z zastrzeżeniem § 38 ust.4 i § 40 Umowy, będzie wynosił 60 miesięcy, a maksymalny czas świadczenia Usługi z zastrzeżeniem § 40 Umowy, będzie wynosił 84 miesiące.

Odwołujący wskazał również, że MGGP zupełnie pominął w swoich szacunkach nie tylko fakt, że poziom dofinansowania z PFRON do osób niepełnosprawnych może ulec zmianie lub też w ogóle zostać anulowany na przestrzeni 60-84 miesięcy, ale także i to, że w tak długim okresie czasu (5-7 lat) najprawdopodobniej zmieni się także wysokość wynagrodzenia minimalnego. Powyższe czyni szacunek wykonawcy MGGP w zakresie Personelu pomocniczego, na poziomie 4400 zł miesięcznie (za 2 osoby) zupełnie nierealnym w okresie realizacji umowy, a więc zaoferowana cena jest rażąco niska. Powyższe odnosi się także do Personelu biurowego.

Odwołujący podniósł, że MGGP posiada siedzibę w Tarnowie, w żadnym fragmencie wyjaśnień rażąco niskiej ceny ww. wykonawca nie wskazuje kosztów delegacji pracowników na teren inwestycji - tj. delegacji, diet, kosztów wynajmu mieszkania, co wskazuje, że koszty te nie zostały uwzględnione nie tylko w odniesieniu do Personelu pomocniczego, ale również w odniesieniu do wszystkich osób, jakie mają zostać wyznaczone do realizacji zadania. Powyższe potwierdza, że oferta została oszacowana w sposób nieprawidłowy. Wykonawca MGGP wyjaśnieniami przedłożonymi na wezwanie Zamawiającego potwierdził, że wskazana przez niego w ofercie cena jest rażąco niska.

Odwołujący uważa, że zaniechanie wykazania kosztów w zakresie wszystkich niezbędnych elementów świadczy o tym, że wyjaśnienia złożone przez MGGP S.A. wręcz potwierdzają zaoferowanie ceny rażąco niskiej, gdyż wycena MGGP S.A. nie uwzględnia szeregu kosztów mających wpływ na cenę. O ile Wykonawcy są uprawnieni do agregowania pewnych kosztów w ramach wyjaśnień ceny rażąco niskiej, to nie są uprawnieni do ich pominięcia.

W ocenie Odwołującego, MGGP powołując się na okoliczność zamiaru zatrudnienia do Personelu pomocniczego oraz Personelu biurowego osób niepełnosprawnych wskazuje jedynie na to, że otrzymuje z PFRON dofinansowanie na te osoby, natomiast całkowicie

pomija wszystkie okoliczności związane z zatrudnieniem takich osób, które generują

dodatkowe koszty, tj.

- ograniczenia dotyczące czasu pracy osób niepełnosprawnych (7 godzin dziennie, bez

godzin nadliczbowych, zakaz pracy w porze nocnej),

- dodatkowych dni wolnych od pracy, jakie przysługują takim osobom,

- fakt, że poziom dofinansowania z PFRON zależny jest od stopnia niepełnosprawności,

- faktu, że należy dostosować stanowisko pracy dla osób niepełnosprawnych, co generuje

dodatkowe koszty,

- kwestii związanych z kosztami delegacji.

Odwołujący podkreślił, że wszystkie wyżej wskazane argumentu odnoszą się nie tylko do Personelu pomocniczego, lecz również do Personelu biurowego, albowiem wykonawca MGGP w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oświadczył, że do Personelu biurowego zamierza wyznaczyć jedną osobę niepełnosprawną oraz jedną osobę pełnosprawną.

Odwołujący wskazał, że w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał, by Konsultant niniejszego zamówienia wyposażył swój personel w odpowiednią ilość środków transportu i łączności (telefony komórkowe), zapewniającą sprawne pełnienie Usługi. W pkt 3.1 wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wykonawca MGGP powołując się na swoje doświadczenie, wskazał, że zapewni 3 samochody służbowe dla Personelu Inżyniera oraz 1 środek transportu dla Zamawiającego. Jednocześnie, jak wynika z dalszej treści wyjaśnień, wykonawca MGGP S.A. przewidział, że koszt mycia i sprzątania samochodu przeznaczonego dla Zamawiającego to 150 zł miesięcznie, przy czym nie wkalkulował tego kosztu dla 3 samochodów dla Personelu Inżyniera. Wobec tego należy uznać, że oferta jest niedoszacowana o 450 zł miesięcznie (koszt mycia i sprzątania 3 samochodów Personelu Inżyniera). Podkreślić należy, że poniesienie tego wydatku jest konieczne chociażby z uwagi na bezpieczeństwo. Na budowie samochody szybko się brudzą i konieczne jest ich częste mycie.

W pkt 3.1 wyjaśnień rażąco niskiej ceny MGGP wskazuje na miesięczny koszt paliwa

netto. Tymczasem odliczenie podatku VAT od pojazdu jest możliwe tylko w ściśle określonych warunkach. W sytuacji gdy pojazd kwalifikuje się jako samochód osobowy, to jeżeli wykorzystywany jest do czynności opodatkowanych, czynny podatnik VAT może odliczyć 50%, bądź 100% podatku VAT od wydatków związanych z jego użytkowaniem. Pełne odliczenie VAT od wydatków związanych z bieżącym użytkowaniem samochodu osobowego (w tym także od jego nabycia) możliwe jest gdy jednocześnie zostaną spełnione poniższe warunki: prowadzenie ewidencji przebiegu pojazdu - kilometrówki (zapisy przejechanych tras, odczyt licznika) stworzenie regulaminu użytkowania pojazdu w firmie, zgłoszenie pojazdu przez formularz VAT-26 do Urzędu Skarbowego w terminie do 25 dnia miesiąca następującego po tym, w którym został poniesiony pierwszy wydatek związany ze zgłaszanym pojazdem, użytkowanie pojazdu tylko w działalności (wykluczenie użytku prywatnego). W przeciwnym wypadku podatnik odlicza tylko 50% VAT od wydatków eksploatacyjnych - bez spełnienia dodatkowych warunków. Wobec powyższego wykonawca MGGP S.A. nie miał możliwości kalkulować ceny paliwa jednego samochodu przeznaczonego dla Zamawiającego w kwocie miesięcznej netto bez podatku VAT, albowiem w żadnym miejscu opisu przedmiotu zamówienia nie ma informacji o tym, że Zamawiający przyjmie na siebie obowiązek prowadzenia ewidencji przebiegu pojazdu - kilometrówki. W związku z powyższym oferta wykonawcy MGGP jest niedoszacowana.

W ocenie Odwołującego treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę MGGP wielokrotnie potwierdza zatem, że oferta ww. wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu, gdyż złożone wyjaśnienia nie obaliły domniemania, że oferta MGGP zawiera cenę rażąco niską.

Ad zarzutu nr 2.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymagał w pkt 2.2.1 Biuro Konsultanta wymagał m. in. zapewnienia przez wykonawcę:

„g) salę konferencyjną dla minimum 40 osób wyposażoną w stoły, krzesła, tablicę szkolną białą o rozmiarze minimum 150 cm x 100 cm i rzutnik multimedialny i klimatyzację. W czasie spotkań organizowanych na sali konferencyjnej w dowolnym etapie trwania umowy muszą być zapewnione minimum napoje gorące (np. kawa, herbata) oraz zimne (np. woda mineralna).”.

Wykonawca MGGP w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazuje: „Podsumowując, całkowita suma kosztów na pokrycie pozycji 1.1 Biuro konsultanta wynosi 4 781,88 zł miesięcznie (koszt najmu + koszty eksploatacyjne + koszty eksploatacyjne kserokopiarki + koszty transportu wyposażenia biurowego + koszt zakupu materiałów biurowych”. Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika wprost, że wykonawca MGGP nie uwzględnił w swojej kalkulacji pozycji 1.1. Biuro konsultanta - napojów gorących oraz zimnych, co czyni jego ofertę niezgodną z opisem przedmiotu zamówienia, a zatem podlegającą odrzuceniu

zgodnie z brzmieniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego z wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynika wprost, że wykonawca MGGP nie zapewni dyspozycyjności personelu na wymaganym przez Zamawiającego poziomie (m. in. na każde wezwanie Zamawiającego lub Wykonawcy Robót, z uwzględnieniem rzeczywistego czasu pracy Wykonawcy Robót, w czasie przekraczającym 8 godzin - co jest możliwe zgodnie z zapisami opz). Wykonawca deklaruje, że do Personelu pomocniczego zatrudni 2 osoby niepełnosprawne a do Personelu biurowego 1 osobę niepełnosprawną i jedną osobę pełnosprawną. Osoby niepełnosprawne nie mogą wykonywać pracy w godzinach nadliczbowych, w porze nocnej, mają prawo do dodatkowych dni wolnych od pracy na badania czy rehabilitację, osoby z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności mają obniżony czas pracy do 7 godzin dziennie. Wobec powyższego oczywistym jest, że wykonawca MPPG nie spełnia warunków zamówienia w przywołanym wyżej zakresie, tym samym jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W złożonej 8 lutego 2021 r. odpowiedzi na odwołanie Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie co do zarzutu pierwszego w zakresie w jakim zarzut ten dotyczy poz. 1.6 formularza cenowego „Personel pomocniczy”. W pozostałym zakresie wnosząc o oddalenie odwołania.

W piśmie z 7 lutego 2021 r. MGGP przedstawił swoje stanowisko odnosząc się do zarzutów odwołania.

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

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

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca MGGP spółka akcyjna z siedzibą w Tarnowie (dalej: „Przystępujący").

W tym miejscu Izba wskazuje, że przedmiotowa sprawa odwoławcza częściowo toczy się w wyniku zgłoszenia przez Przystępującego sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego w zakresie zarzutu pierwszego w części odnoszącej się do pkt 1.6 formularze cenowego „Personel pomocniczy".

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowisko zaprezentowane w piśmie Odwołującego z 3 lutego 2022 r. wraz ze złożonymi przez niego dowodami.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Stan faktyczny został przez Odwołującego prawidłowo opisany w treści odwołania,

wobec czego nie ma potrzeby jego ponownego przytaczania.

Odnotować w tym miejscu jedynie należy, co nie jest sporne między Stronami i Przystępującym, że różnica w cenie ofert między ofertą Odwołującego a ofertą Przystępującego wynosi niecały 1%.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, ponieważ zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą orzekania w przedmiotowej sprawie. Jak wynika z treści art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stosownie do treści art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podane w ofercie ceny lub kosztu.

Natomiast jak wynika z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie z ust. 2 ww. regulacji w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

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

Jak natomiast wynika z art. 224 ust. 3 wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Ustawa Pzp przesądza również, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (vide: art. 224 ust. 5 ustawy Pzp), a ponadto stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (vide: art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Reasumując powyższe: gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, ustawowym obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W takiej sytuacji to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Mając na uwadze, że złożone wyjaśnienia stanowią podstawę dla Zamawiającego do oceny prawidłowości zaoferowanej ceny, oczywistym jest, że wyjaśnienia te powinny być wyczerpujące, w tym zawierające uzasadnienie zaoferowanej ceny w tym wskazanie okoliczności wpływających na zaoferowanie takiej a nie innej ceny oraz przede wszystkim potwierdzające jej realny charakter. Niewątpliwie z treści art. 224 ust. 6 ustawy Pzp wynika, że nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o tę przesłankę będzie również sytuacja gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że same wyjaśnienia nie są wystarczające ustawodawca przesądził bowiem że muszą być one poparte dowodami zostawiając jednocześnie wykonawcy swobodę w ich doborze.

Następnie wskazać należy, że jak wynika z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W przypadku rozpoznania zarzutu rażąco niskiej ceny na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (vide: art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Oznacza to, że stosownie do art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Skład orzekający w tej sprawie podziela prezentowane w orzecznictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (vide: wyrok z dnia 21 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2617/18). Innymi słowy treść art. 537 ustawy Pzp nie uprawnia odwołującego do poprzestania na samych twierdzeniach i przerzucenia na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodu.

Mając na uwadze opisane wyżej reguły dowodowe Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał w odwołaniu zasadności podniesionych zarzutów. Ponadto zauważyć należy, że treść odwołania koncentruje się głównie na wskazaniu ewentualnych braków i uchybień w złożonych przez Przystępującego wyjaśnieniach i braku złożenia dowodów, które w

subiektywnym przekonaniu Odwołującego powinny być przedstawione, przy jednoczesnym zaniechaniu podjęcia choćby próby wykazania, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Z takim podejściem nie sposób się zgodzić. Przede wszystkim zauważyć należy, że mając na uwadze treść wezwania z 8 lutego 2022 r., Przystępujący odpowiedział na to wezwanie i wyjaśnił wszystkie elementy, do wyjaśnienia których został wezwany. Odnosząc się do wyjaśnienia poz. 1.6 formularza cenowego dotyczącej Personelu pomocniczego wskazać należy, że w ocenie Izby w okolicznościach tej sprawy wykonawcy nie musieli dysponować personelem pomocniczym już na etapie postępowania o zamówienie. Nie wynika to z treści SWZ. Jest okolicznością bezsporną, że Zamawiający poza wymogiem co do ilości osób tworzących ten personel oraz wskazania zadań tego personelu nie sprecyzował żadnych innych wymagań w tym zakresie. Stąd też Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że Przystępujący do wyjaśnień rażąco niskiej ceny powinien był załączyć dowody w postaci umów o pracę. Nie przekonuje również Izby twierdzenie o tym, że Zamawiający nie ma pewności co do skierowania przez Przystępującego osób opisanych w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wskazać należy, że Odwołujący w żaden sposób nie podważył wiarygodności złożonych przez Przystępującego wyjaśnień z 13 grudnia 2022 r., a złożony podczas rozprawy dowód nr 1 i 2 te wyjaśnienia jedynie potwierdził zatem nie ma podstawy do kwestionowania praktyki polegającej na poszukiwaniu personelu pomocniczego na potrzeby danego kontraktu. Ponadto Izba wskazuje, że dowodem mogą być również same wyjaśnienia złożone przez wykonawcę jeśli cechują się dostatecznym stopniem szczegółowości, a te złożone przez Przystępującego w tym postępowaniu oraz potwierdzone pismem procesowym z 7 lutego 2022 r., cechowały się wystarczającym stopniem szczegółowości aby uznać, że odwołanie nie jest zasadne. Następnie odnosząc się do argumentacji o zaniechaniu podania przez Przystępującego stopnia niepełnosprawności osób wchodzących w skład personelu pomocniczego Izba wskazuje, że nie może to stanowić podstawy do odrzucenia oferty bez uprzedniego wezwania do uzupełniających wyjaśnień ale z uwagi na okoliczność, iż kwestia ta została przez Przystępującego wyjaśniona podczas postępowania odwoławczego (vide: pkt 23 pisma Przystępującego z 7 lutego 2022 r.), Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania w tym zakresie. Podobnie sytuacja wygląda z zarzutem w zakresie w jakim dotyczy on zaniechania przez Przystępującego dokładnego wyjaśnienia w piśmie z 13 grudnia 2021 r. sposobu obniżenia składki na PFRON o wskazaną w tych wyjaśnieniach kwotę. W tym miejscu odnosząc się do argumentacji Stron i Przystępującego przedstawionej podczas postępowania odwoławczego wskazać należy, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny powinny mieć charakter kompleksowy i szczegółowo wyjaśniać zamawiającemu okoliczności na jakie powołuje się wykonawca, tak aby nie zostawiać pola do domysłów. W sytuacji zaistniałej w tej sprawie odwoławczej, na którą powołał się Przystępujący wskazać należy, że Zamawiający miał prawo do ewentualnych wątpliwości co do sposoby wyliczenia kwoty obniżenia składki na PFRON. Choć rzeczywiście odwołując się do wskazanego przez Przystępującego przepisu ustawy oraz złożonego dowodu w postaci deklaracji DEK - I - 0 można wyliczyć wysokość składki podkreślić należy, że to wykonawca ma w sposób niewątpliwy wyjaśnić zamawiającemu cenę bądź jej części składowe, nie jest zaś rolą zamawiającego wyręczać w tym zakresie wykonawcę. W takiej sytuacji zasadnym byłoby ponowne wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia tej kwestii w sytuacji gdyby mimo wszystko dla Zamawiającego nie była ona jasna. Jednak z uwagi na to, że Przystępujący podczas rozprawy oraz w piśmie z 7 lutego 2022 r. w pkt 10-17 wyjaśnił w ocenie Izby w sposób dostateczny tę wątpliwość, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania w tym zakresie i nakazania wezwania Przystępującego do złożenia dalszych wyjaśnień.

Nie sposób również podzielić argumentację Odwołującego co do uśrednionej wartości 15% pozostałych kosztów utrzymania pracownika. Zaprezentowana przez Przystępującego argumentacja zarówno w wyjaśnieniach z 13 grudnia 2021 r. jak i podczas rozprawy wraz ze złożonymi dowodami nr 3 i 4 przekonała Izbę. Ponadto zauważyć należy, że kwestia ta ma

raczej marginalne znaczenie.

Odnosząc się do argumentu o zaniechaniu wskazania wysokości składki na PFRON zauważyć należy, że sam Odwołujący przyznał, że nie ma to znaczenia dla wyliczenia wysokości dofinansowania do PFRON a po drugie wskazać należy, że Odwołujący dołączył formularz DEK - I - 0 z treści którego wynika stopień niepełnosprawności dotychczas zatrudnianych osób.

Co do zaniechania wskazania kosztów delegacji zwrócić uwagę należy na to, że Odwołujący poczynił pewne założenie pomijając zupełnie możliwość zatrudnienia osób w miejscu świadczenia usługi. W tym zakresie wyjaśnienia Przystępującego wskazane w piśmie z 7 lutego 2022 r. w pkt 29 i 30 oraz podczas rozprawy są wystarczające i przekonujące.

Powyższe stanowisko Izby odnosi się również do argumentacji odwołania dotyczącej

personelu biurowego.

W zakresie argumentacji odnoszącej się do utrzymania w czystości samochodów i kosztów paliwa zauważyć przede wszystkim należy, że są to wyjaśniania dodatkowe, co do których Zamawiający poza samą możliwością ich złożenia nie wyspecyfikował żadnych konkretnych wymagań. Podczas postępowania odwoławczego w ocenie Izby Przystępujący sprostał ciężarowi dowodu i odparł podniesione przez Odwołującego wątpliwości składając dowody nr 5 i 6. Podkreślenia wymaga, że już samo oświadczenie zawarte w piśmie z 13 grudnia 2021 r. było wystarczającym dowodem a sam Odwołujący poza zgłoszeniem w treści odwołania swoich wątpliwości w żaden sposób nie udowodnił swoich twierdzeń.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia Izba wskazuje, że zarzut ten również nie potwierdził się, a wyjaśnienia Przystępującego i Zamawiającego przedstawione podczas postępowania odwoławczego przekonały Izbę.

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 związku z § 2 ust. 1 pkt 1) 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). Mając na uwadze, że na zarzut składa się wskazanie podstawy prawnej oraz okoliczności faktycznych, Izba uznała że odwołanie zawiera 5 zarzutów. Jeden zarzut, tj. dotyczący pkt 1.6 formularza cenowego został przez

Zamawiającego uwzględniony i w tym zakresie spór toczył się między Odwołującym a Przystępującym na skutek zgłoszenia przez tego ostatniego sprzeciwu. Wobec powyższego spór między Zamawiającym a Odwołującym dotyczył 4 zarzutów stąd też Izba orzekła zwrocie przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwoty 2 880 zł 00 gr poniesionej przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....