

z dnia 31	WYROK	
	sierpnia 2022 roku	
Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:	Przewodniczący:	Anna Kurowska
	Członkowie:	Jolanta Markowska
		Agata Mikołajczyk
	Protokolant:	Aldona Karpińska
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2022 roku w Warszawie odwołania		
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2022 roku przez		

Wykonawcę Transport Towarowy S. Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Ostrowi Mazowieckiej

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa - Generalną

Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie,

przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Polski Asfalt Produkt Sp. z o.o. z siedzibą w

Ostrołęce zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2

- Rejon w Ostrołęce;

b) odrzucenie oferty złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Polski Asfalt

Produkt Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce w zakresie zadania nr 2 - Rejon w Ostrołęce jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

c) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 2 - Rejon w Ostrołęce;

2. kosztami postępowania obciążyć Przystępującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Polski Asfalt Produkt Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania Odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego Transport Towarowy S. Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Ostrowi Mazowieckiej

tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Przystępującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Polski Asfalt Produkt Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce na rzecz Odwołującego Transport Towarowy S. Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Ostrowi Mazowieckiej kwotę 18 600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego Transport Towarowy S. Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Ostrowi Mazowieckiej z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 roku poz. 1710) 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:

KIO 2111/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, w podziale na 3 zadania: Zadanie nr 1 - Rejon w Bożej Woli, Zadanie nr 2 - Rejon w Ostrołęce, Zadanie nr 3 - Rejon w Radomiu”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 lutego 2022 roku pod nr 2022/S 038-098389.

W dniu 12 sierpnia 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wniesione przez Wykonawcę Transport Towarowy S. sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowi Mazowieckiej, dalej jako „Odwołujący”, w zakresie Zadania nr 2.

Odwołujący złożył odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: Rector sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie i Polski Asfalt Produkt sp. z o. o. z siedzibą w Ostrołęce, dalej jako: „Konsorcjum” i zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum, z uwagi na niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, a także z uwagi na to, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum pomimo, iż oferta ta podlegała odrzuceniu i jako taka nie mogła być uznana za najkorzystniejszą;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum pomimo, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia wynikającymi z § 11 ust. 2 pkt 20 Projektowanych Postanowień Umowy (tom II, Istotne Postanowienia Umowy, rozdział 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia), tj. obowiązkiem zatrudnienia osób

wchodzących w skład brygad patrolowych i interwencyjnych na podstawie stosunku pracy, o którym mowa w art. 22 § 1 KP;

3. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum pomimo, iż zawierała ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia nie uzasadniły podanej w ofercie ceny, z uwagi na nieprzedstawienie przez Konsorcjum sposobu kalkulacji ceny jednostkowej za 1 miesiąc zarządzania kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych przy jednoczesnym spełnieniu wymogu zatrudnienia personelu na umowę o pracę w kontekście obowiązujących przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu, a także nieprzedstawienie wyjaśnień w szczególności w zakresie przyjętych do wyceny powyższych pozycji ilości roboczogodzin brygad patrolowych, interwencyjnych wraz z odzwierciedleniem ilości etatów niezbędnych do realizacji zadań wskazanych w Grupie Prac nr n - Zarządzanie Kontraktem zgodnie z § 11 ust. 2 pkt 20 IPU.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz dokonania ponownej oceny ofert bez udziału oferty złożonej przez Konsorcjum i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Argumentując ww. zarzuty Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący przedstawił następująco stan faktyczny sprawy.

„W dniu 3 sierpnia 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z art. 239 ust. 1 PZP w postępowaniu pn. „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, w podziale na 3 zadania: Zadanie nr 1 - Rejon w Bożej Woli, Zadanie nr 2 - Rejon w Ostrołęce, Zadanie nr 3 - Rejon w Radomiu”, w zakresie Zadania nr 2, znak postępowania O/WA.D-3.2421.7.2022. Najkorzystniejszą ofertą, według Zamawiającego, okazała się oferta złożona przez Konsorcjum, z ceną 55 303 638,28 zł.

(...)

W pkt. 6.3 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: SWZ), Zamawiający wskazał, że: >>Wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia zostały określone w dalszej części SWZ - w szczególności w Tomie II. Powyższe wymagania określają w szczególności: a) rodzaj czynności związanych z realizacją zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez Wykonawcę lub Podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia; b) sposób weryfikacji zatrudnienia tych osób; c) uprawnienia Zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez Wykonawcę wymagań związanych z zatrudnianiem tych osób oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań<<.

W pkt 17.2 SWZ Zamawiający określił, że >>Cena oferty powinna obejmować

całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-IV niniejszej SWZ<<. W pkt 5.5.5 Szczegółowej Specyfikacji Technicznej D-10.10.01 z Zarządzanie kontraktem, Zamawiający określił dyspozycyjność brygady patrolowej wskazując, że >>wykonawca zapewni całodobową dyspozycyjność brygad patrolowo i interwencyjnych, przez cały okres związania Umową (wliczając w to również dni wolne od pracy)<<. Zgodnie z punktem 6.5 IDW >>Wykonawca jest zobowiązany osobiście wykonać zastrzeżone przez Zamawiającego, zgodnie z art. 121 ustawy Pzp, kluczowe części zamówienia, tj. czynności wykonywane w ramach grupy prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem<< Zgodnie z punktem 17.3 IDW >>Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-IV niniejszej SWZ<<. Nadto, zgodnie z pkt 17.1: >>Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Tabele Elementów Rozliczeniowych (TER dla Grup Prac (GR) 1-11 i ZZK) sporządzone na formularzach stanowiących integralną część SWZ - Tom IV dla Zadania na które składana jest oferta<<, zaś wg pkt 17.2: >>Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w TERA-ach (TER dla GR 1-11 oraz ZZK). Wykonawca nie może

samodzielnie wprowadzać zmian do TER-ów.<< W TER do Zadania 2 w zakresie Grupy prac nr 11 - Zarządzanie kontraktem wskazano zaś, że: >>Zarządzanie kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych<< nie może przekroczyć 21% sumy wartości grup 1-10<<

Z kolei w § 11 ust. 2, pkt 20 Projektowanych Postanowień Umowy, Tom II, Istotne Postanowienia Umowy (IPU), rozdział 1 SWZ (...) zawarte zostało postanowienie, że >>Wykonawca jest zobowiązany do zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia tj. osób tworzących Zespół ds. Utrzymania Dróg oraz osób wykonujących czynności związane z usuwaniem skutków zdarzeń i patrolowaniem dróg (brygady interwencyjne i patrolowe). Powyższy wymóg dotyczy również Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców, za pomocą których będzie realizowany przedmiot umowy, tj. zobowiązani są oni zatrudniać na podstawie stosunku pracy osoby skierowane przez nich do wykonywania w/w czynności<<. Zgodnie z § 12, ust. 3 PPU >>Wykonawca zorganizuje w dniu rozpoczęcia realizacji Umowy, o którym mowa w § 3 ust. 1, co najmniej [...] dla zadania nr 2 - 1 brygada patrolowa oraz 2 brygady interwencyjne, [...] gotowe do podjęcia działań interwencyjnych/patrolowych na drodze, na każdorazowe wezwanie Zamawiającego. Wykonawca ma obowiązek zapewnić całodobową dyspozycyjność brygad, również w dni wolne od pracy.<< Zgodnie z punktem 1.4 SST D-10.10.01z >>Brygada patrolowa - minimum 2 osobowy zespół pracowników przeszkolonych do kierowania ruchem i pracy pod ruchem (posiadających stosowne zaświadczenie), gotowych do podjęcia czynności związanych z patrolowaniem dróg.<< Zgodnie z punktem 1.4 SST D-10.10.01z >>Brygada interwencyjna - minimum 2 osobowy zespół pracowników przeszkolonych do kierowania ruchem i pracy pod ruchem (posiadających stosowne zaświadczenie), gotowych do prowadzenia prac zabezpieczających i drobnych prac naprawczych.<< Zgodnie z punktem 5.2 SST D-10.10.01z >>Kierownik ds. Utrzymania Dróg zorganizuje Zespół ds. Utrzymania Dróg w skład, którego będą wchodzić następujące osoby: Kierownik ds. Utrzymania Dróg, Zastępca Kierownika ds. Utrzymania Dróg, Specjaliści ds. utrzymania dróg (w ilości zapewniającej całodobową pracę Wykonawcy), Specjalista ds. administracyjno-finansowych.<< Zgodnie z punktem 5.2 SST D-10.10.01z >>Kierownik ds. Utrzymania Dróg lub zastępujący go w razie nieobecności Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg muszą bezwzględnie być dostępni dla Przedstawicieli Zamawiającego w godzinach pracy Zamawiającego.<< Zgodnie z punktem 5.3 SST D-10.10.01z Wykonawca winien zorganizować pracę Zespołu ds. Utrzymania Dróg w taki sposób, aby zapewniona była całodobowa obecność przynajmniej jednego pracownika Zespołu poza godzinami pracy Zamawiającego. Wymaga się, aby pracownicy kluczowi tj. Kierownik ds. Utrzymania Dróg/ Zastępca Kierownika ds. Utrzymania Dróg, Specjalista ds. utrzymania dróg, Specjalista ds. administracyjno-finansowych byli dostępni w godzinach pracy Zamawiającego tj. od godz. 7.00 do godz. 15.00 w każdy dzień roboczy w siedzibie Wykonawcy (Punkcie Obsługi Kontraktu - POK) [...]. Poza godzinami pracy Zamawiającego tj. od godz. 15.00 do godz. 7.00 w dni robocze oraz całodobowo w dni wolne od pracy wymaga się obecności minimum jednego pracownika Zespołu ds. Utrzymania Dróg w POK.<<

Zgodnie z w/w punktami SST D-10.10.01z „Zarządzanie Kontraktem” w skład stanowiskowy personelu związanego z realizacją Grupy Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem, to minimum: - 1 stanowisko Kierownika ds. Utrzymania Dróg, - 1 stanowisko Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg, - 1 stanowisko Specjalisty ds. Administracyjno-Finansowych, - 1 stanowisko Specjalisty ds. Utrzymania Dróg, w ilości etatów zapewniającej całodobową pracę Wykonawcy w POK, - 6 stanowisk dla pracowników brygad patrolowych i interwencyjnych - jedna Brygada Patrolowa w składzie minimum 2-osobowym oraz dwie Brygady Interwencyjne w składzie minimum 2-osobowym (1x24-2x2=6 stanowisk), w ilości etatów zapewniającej całodobową dyspozycyjność brygady patrolowej i interwencyjnej. W przypadku stanowisk Kierownika ds. Utrzymania i jego Zastępcy, do kalkulacji ilości etatów wykonawca może przyjąć 1 etat lub dwa razy po 1/2 etatu, ponieważ Zamawiający wymaga obecności jednego z nich, i tylko w dni robocze w godzinach pracy Zamawiającego (7:00-15:00). W przypadku stanowiska Specjalisty ds. Administracyjno-Finansowych ilość stanowisk przewidziana w SWZ, jest równa ilości etatów - tj. 1 etat. W przypadku stanowiska

Specjalisty ds. Utrzymania i 6 stanowisk dla pracowników brygad patrolowych i interwencyjnych, wykonawca musi uwzględnić i wycenić taką ilość etatów, która zapewni ciągłą obsadę danego stanowiska.

Podniesienia wymaga, że pismem z dnia 1 czerwca 2021 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 oraz art. 223 ust. 1 Pzp, celem ustalenia, czy oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie oraz przedstawienie sposobu kalkulacji ceny jednostkowej za 1 miesiąc zarządzania kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych, mając na uwadze wymagania określone w SWZ, w tym w zakresie ilości wymaganego personelu, wymogu zatrudnienia personelu na

umowę o pracę w kontekście obowiązujących przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu oraz w zakresie kosztów utrzymania samochodów udostępnionych Zamawiającemu. Zamawiający poprosił o przedłożenie przez Konsorcjum szczegółowych wyjaśnień w zakresie przyjętych do wyceny ww. pozycji ilości roboczogodzin brygad patrolowych, interwencyjnych i zespołu ds. utrzymania dróg wraz z odzwierciedleniem w ilości etatów niezbędnych do realizacji zadań wskazanych w Grupie Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem zgodnie z § 11 ust. 2 pkt 20 IPU. Zamawiający zwrócił się o wskazanie ilości etatów koniecznych do realizacji wskazanej usługi wraz z określeniem kosztów związanych z funkcjonowaniem każdego z przedstawionych etatów, a także przedstawienie kalkulacji obejmującej całkowite zestawienie kosztów w Grupie Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem. Zamawiający oczekiwał szczegółowej i wyczerpującej informacji na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość ww. pozycji mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe i rzeczowe oraz związane z tym niezbędne do poniesienia koszty. Ponadto, Zamawiający zwrócił się z prośbą o wyjaśnienia (w tym wyliczenia) w zakresie zgodności zastosowanych stawek 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 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Zamawiający również podniósł, że w przypadku, gdy Konsorcjum nie udzieli wyjaśnień w terminie lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający odrzuci ofertę Konsorcjum zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 PZP.

Pismem z dnia 14 czerwca 2022 r. Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie

Zamawiającego wskazało, że w zakresie Grupy Prac nr 11 - Zarządzanie kontraktem, koszty osobowe Zespołu ds. Utrzymania dróg wynoszą 29 040,00 zł miesięcznie, zaś koszt zatrudnienia osób wchodzących w skład grup interwencyjnych i patrolowych w przypadku zatrudniania ich na umowę zlecenie (studentów i osób posiadających inne zatrudnienie) wynosi 87 940,80 zł miesięcznie."

Odwołujący podniósł, że oferta złożona przez Konsorcjum powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia oraz z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że oferta złożona przez Konsorcjum nie uwzględnia określonych przez Zamawiającego w SWZ wymagań, w szczególności zapisów Projektowanych Postanowień Umowy dotyczących wymogu zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności związane z usuwaniem skutków zdarzeń i patrolowaniem dróg - tj. osób wchodzących w skład brygad interwencyjnych i patrolowych. Odwołujący podniósł, że Wykonawca Konsorcjum w wyjaśnieniach złożonych w zakresie ceny wskazał, że osoby wchodzące w skład brygady interwencyjnej i patrolowej będą zatrudnione na podstawie umowy cywilnoprawnej - umowy zlecenia - podczas gdy Zamawiający ustanowił wymóg, zgodnie z którym „Wykonawca jest zobowiązany do zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia tj. osób tworzących Zespół ds. Utrzymania Dróg oraz osób wykonujących czynności związane z usuwaniem skutków zdarzeń i patrolowaniem dróg (brygady interwencyjne i patrolowe). Powyższy wymóg dotyczy również Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców, za pomocą których będzie realizowany przedmiot umowy, tj. zobowiązani są oni zatrudniać na podstawie stosunku pracy osoby skierowane przez nich do wykonywania w/w czynności" oraz wymóg, zgodnie z którym „cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-IV niniejszej SWZ".

Odwołujący zarzucił Wykonawcy Konsorcjum, że nie przedstawił sposobu kalkulacji ceny jednostkowej odpowiadającej 1 miesiącowi zarządzania kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych przy jednoczesnym spełnieniu wymogu zatrudnienia personelu na umowę o pracę w zakresie obowiązujących przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu oraz, że nie przedstawił wyjaśnień w szczególności w zakresie przyjętych do wyceny ww. pozycji liczby roboczogodzin brygad patrolowych, interwencyjnych wraz z uwzględnieniem liczby etatów niezbędnych do realizacji zadań wskazanych w Grupie Prac nr 11 (Zarządzanie Kontraktem zgodnie z § 11 ust. 2 pkt 20 IPU).

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający pismem z dnia 1 czerwca 2022 r. wezwał Wykonawcę Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie tego, czy złożona przez niego oferta zawiera wszystkie wymagania zawarte w SWZ. Zamawiający zażądał przedstawienia sposobu kalkulacji ceny jednostkowej za 1 miesiąc zarządzania kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych z uwzględnieniem wymagań określonych w SWZ: wymaganego personelu, wymogu zatrudnienia personelu na umowę o pracę w kontekście obowiązujących przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego oraz przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu. Odwołujący wskazał, że Zamawiający wezwał do złożenia szczegółowych wyjaśnień w odniesieniu do pozycji liczby roboczogodzin brygad patrolowych, interwencyjnych i zespołu ds. utrzymania dróg wraz z odzwierciedleniem w liczbie etatów niezbędnych do realizacji zadań wskazanych w Grupie Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem zgodnie z § 11 ust. 2 punkt 20 IPU. Następnie Odwołujący podniósł, że Zamawiający wystąpił do Wykonawcy Konsorcjum z wezwaniem do wskazania liczby etatów koniecznych do realizacji wskazanej usługi z uwzględnieniem określenia kosztów związanych z funkcjonowaniem każdego ze wskazanych etatów oraz z wezwaniem do przedstawienia kalkulacji obejmującej całkowite zestawienie kosztów w Grupie Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem. Odwołujący podkreślił także, że „(.) Zamawiający zatem w sposób jasny i wyraźny sygnalizował Konsorcjum w piśmie z dnia 1 czerwca 2022 r., że >>Wykonawca jest zobowiązany do zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób (...) wykonujących czynności związane z usuwaniem skutków zdarzeń i patrolowaniem dróg (brygady interwencyjne i patrolowe)<<, pouczając jednocześnie Konsorcjum, że jeśli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP. Tymczasem Konsorcjum nie dość, że w złożonych wyjaśnieniach nie uwzględniło wymogu zatrudnienia osób wchodzących w skład brygad patrolowych i interwencyjnych, to również nie uzasadniło sposobu kalkulacji ceny jednostkowej za 1 miesiąc zarządzania kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych przy jednoczesnym spełnieniu wymogu zatrudnienia personelu na umowę o pracę w kontekście obowiązujących przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu, w tym przyjętych do wyceny powyższych pozycji ilości roboczogodzin osób wykonujących pracę w Grupie Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem wraz z odzwierciedleniem w ilości etatów niezbędnych do realizacji tych zadań. Podkreślenia wymaga, że w piśmie z dnia 14 czerwca 2022 r. Konsorcjum w zakresie Grupy Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem (str. nr 62-63), wskazało, że: 1) Koszty osobowe w przypadku Zespołu ds. Utrzymania dróg wynoszą 29 040,00 zł miesięcznie (8 osób x 3.630,00 zł), w tym dodatek za pracę w porze nocnej będzie wynosił miesięcznie 1 075,63 zł 2) Koszty osobowe osób wchodzących w skład brygady patrolowej i brygad interwencyjnych będą wynosiły 87 940,80 zł, przy czym jak wskazało Konsorcjum - jest to koszt w przypadku zatrudnienia na umowę zlecenie studentów i osób posiadających inne zatrudnienie)”.

Odwołujący wskazał elementy wynagrodzenia, tj.: wynagrodzenie zasadnicze, premie regulaminowe, dodatkowe składniki wynagrodzenia (dodatki za staż pracy, inne dodatki przysługujące zgodnie z postanowieniami regulaminu pracy), inne świadczenia związane z pracą (wynagrodzenia za czas urlopu wypoczynkowego i za czas innej usprawiedliwionej nieobecności w pracy, zasiłki za czas niezdolności do pracy wskutek choroby, odprawy emerytalne, nagrody jubileuszowe), obowiązkowe obciążenia płac oraz odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych. Odwołujący podniósł, że Wykonawca Konsorcjum nie przedstawił informacji dotyczących kosztów pracy, co powoduje brak możliwości weryfikacji zgodności oferty z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, prawa pracy oraz zabezpieczenia społecznego.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł m.in., że Wykonawca Konsorcjum w sposób bezpodstawny przyjął założenie zatrudnienia osób wchodzących w skład brygady patrolowej i interwencyjnej w oparciu o umowę zlecenie.

Odwołujący, przyjmując, że Wykonawca Konsorcjum przyjął możliwie najtańszy wariant spełniający wymogi SST i IPU oraz wymogi Kodeksu pracy, tj., że przyjął minimalne wynagrodzenie oraz brak godzin nadliczbowych, przedstawił następującą kalkulację: „(...) na każde stanowisko, które ma być obsadzone w sposób ciągły, tj. całodobowo, 7 dni w tygodniu, Konsorcjum musiało przewidzieć 4,37 etatu/stanowisko zgodnie z poniższym wyliczeniem:

- ilość godzin pracy pracownika w miesiącu: 167,2 godzin/m-c (średnia w latach trwania umowy),
- ilość godzin pracy pracownika w roku: $12 \times 167,2 = 2006,4$ godzin/rok,
- ilość godzin w roku kalendarzowym: $24 \times 363,5^* = 8772$ godzin/rok (*średnia - rok 2024 to rok przestępny),

- ilość etatów niezbędna do zapewnienia ciągłej obsady danego stanowiska to ilość dni w roku podzielona przez ilość godzin pracy pracownika w roku: $8772/2006,4 = 4,37$ etatu/stanowisko.

Przyjęcie mniejszej ilości etatów spowodowałoby konieczność płacenia za godziny nadliczbowe oraz wypłacania dodatków za pracę w godzinach nadliczbowych, co w efekcie spowodowałoby wzrost kosztów o kwotę równą sumie wypłaconych dodatków. Przyjęcie większej ilości etatów, również spowodowałoby wzrost kosztów o kwotę wynagrodzeń za dodatkowe etaty. Uwzględniając niezbędną ilość etatów na każde stanowisko, które ma być obsadzone w sposób ciągły, wykonawca musiał uwzględnić w wycenie 4,37 etatu dla każdego stanowiska tego typu. Dla 1 stanowiska Specjalisty ds. Utrzymania Dróg

Wykonawca musiał uwzględnić w wycenie 4,37 etatów, a dla 6 stanowisk dla pracowników brygad patrolowych i interwencyjnych wykonawca musiał uwzględnić w wycenie 26,22 etatów, zgodnie z poniższym wyliczeniem: - 1 stanowisko x 4,37 etatu/stanowisko = 4,37 etatów. - 6 stanowisk x 4,37 etatu/stanowisko = 26,22 etatów. Reasumując, łączna ilość etatów to: - 1 etat dla stanowiska Kierownika ds. Utrzymania Dróg i Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg, - 1 etat dla stanowiska Specjalisty ds. Administracyjno-Finansowych, - 4,37 etatów dla stanowiska Specjalisty ds. Utrzymania Dróg, - 26,22 etatów dla 6 stanowisk dla pracowników brygad patrolowych i interwencyjnych Razem daje to 32,59 etatów do obsadzenia i uwzględnienia w kosztach w ramach pozycji Zarządzanie kontraktem (1 + 1 + 4,37 + 26,22 = 32,59 etatów). Jak stanowi art. 6 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 2207 ze zm.), wysokość wynagrodzenia pracownika zatrudnionego w pełnym miesięcznym wymiarze czasu pracy nie może być niższa od wysokości minimalnego wynagrodzenia ustalonego w trybie art. 2 i art. 4. Zgodnie z rozporządzeniem 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. poz. 1690), od dnia 1 stycznia 2022 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3010 zł. Wynagrodzenie 3 010 zł brutto dla pracownika, to dla pracodawcy koszt 3 613 zł (wraz z kosztami pracodawcy, bez urlopów). Zgodnie z art. 152 KP >>Pracownikowi przysługuje prawo do corocznego, nieprzerwanego, płatnego urlopu wypoczynkowego<<. Zgodnie z art. 154 KP minimalny roczny >>wymiar urlopu wynosi 20 dni<<. Dla każdego z 32,59 etatów wykonawca musi uwzględnić co najmniej 20 płatnych dni urlopu. W trakcie wypoczynku pracownika, wykonawca musi go zastąpić innym pracownikiem, żeby nadal spełniać wymóg odpowiedniej ilości personelu. Wiąże się to z dodatkowym kosztem po stronie Wykonawcy: - 20 dni/rok x 8 godzin/dzień = 160 godzin/rocznie przeznaczonych na urlop, - ilość godzin pracy pracownika w roku: $12 \times 167,2 = 2 006,4$ godzin/rok, aby zapewnić stałą obsadę danego etatu przez w/w 2 006,4 godziny w roku, Wykonawca poniesie koszt wynagrodzenia za: - 2 006,4 + 160 = 2 166,4 godziny rocznie, co procentowo powiększa koszt zatrudnienia pracownika przez wykonawcę o: $- 2 166,4 / 2 006,4 \sim 100\% = 7,97\%$. Zgodnie z art. 1518 KP >>Pracownikowi wykonującemu pracę w porze nocnej przysługuje dodatek do wynagrodzenia za każdą godzinę pracy w porze nocnej w wysokości 20% stawki godzinowej wynikającej z minimalnego wynagrodzenia za pracę<<. Dla 1/3 pracowników związanych ze stanowiskami wymagającymi obsadzenia w sposób ciągły, tj. dla pracujących w porze nocnej (np. od 22:00 do 6:00), w kalkulacji kosztów należy przyjąć 20% dodatek do wynagrodzenia. Z 4,37 etatów dla stanowiska Specjalista ds. Utrzymania Dróg i z 26,22 etatów dla 6 stanowisk dla pracowników brygad patrolowych i interwencyjnych, 1/3 to etaty >>nocne<<: - $(4,37 + 26,22) \times 1/3 = 10,20$ etatów nocnych, do których należy doliczyć 20% dodatek do wynagrodzenia.

Zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 14 czerwca 2022 złożonymi przez Konsorcjum (strona 63 wyjaśnień): - koszt pojazdu patrolowego to: 100,00 zł/m-c netto, - koszt dwóch pojazdów interwencyjnych to: $2 \times 2 300 \text{ zł/m-c} = 4 600,00 \text{ zł/m-c netto}$. Zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 14 czerwca 2022 złożonymi przez Konsorcjum (strona 64 wyjaśnień): - łączne koszty paliwa brygady patrolowej i brygad interwencyjnych - 7 609,06 zł/m-c netto. Minimalny koszt wykonania pozycji Zarządzanie Kontraktem, uwzględniający koszt zatrudnienia wymaganego w SWZ personelu na minimalnych stawkach i bez dodatków za nadgodziny oraz koszt pojazdów wraz z paliwem to: 147 399,17 zł netto/m-c, zgodnie z poniższym wyliczeniem: - koszt wynagrodzeń podstawowych: $32,59 \text{ etatów} \times 3 613 \text{ zł/m-c} = 117 747,67 \text{ zł/m-c netto}$, - koszt dodatkowego wynagrodzenia za pracę w porze nocnej: $10,20 \text{ etatów} \times 3 613 \text{ zł/mc} \times 20\% = 7 370,52 \text{ zł/m-c netto}$, - dodatkowy koszt zatrudnienia pracownika, wynikający z konieczności zapewnienia obsady etatów w okresie urlopów wypoczynkowych: $(117 747,67 \text{ zł/m-c} + 7 370,52 \text{ zł/mc}) \times 7,97\% = 9 971,92 \text{ zł/m-c netto}$, - koszt pojazdów patrolowych i interwencyjnych: $100,00 \text{ zł/m-c} + 4 600,00 \text{ zł/m-c} = 4 700,00 \text{ zł/m-c netto}$, - koszty paliwa do pojazdów patrolowych i interwencyjnych: 7 609,06 zł/m-c netto RAZEM: $117 747,67 + 7 370,52 + 9 971,92 + 4 700,00 + 7 609,06 = 147 399,17 \text{ zł/m-c netto}$. Podsumowując zatem powyższe - w ofercie Konsorcjum cena jednostkowa pozycji >>Zarządzanie Kontraktem<< została wyceniona na 140 000,00 zł/m-c netto. Kwota ta nie zapewnia Zamawiającemu: zatrudnienia wymaganego w SWZ personelu oraz pojazdów wraz z paliwem".

Odwołujący podsumowując wskazał, że oferta złożona przez Wykonawcę

Konsorcjum powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia oraz z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie na piśmie, lecz zaprezentował stanowisko przedstawione do protokołu w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego oraz w toku rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpatrzeniu na rozprawie odwołania, z uwzględnieniem treści złożonej do akt sprawy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na piśmie oraz na rozprawie do protokołu rozprawy, ustaliła, co następuje i rozstrzygnęła, jak wskazano w sentencji wyroku, kierując się motywami przedstawionymi poniżej.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność Zamawiającego.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Polski Asfalt Produkt Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, dalej jako „Przystępujący”.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego Zamawiający złożył oświadczenie przedstawione do protokołu rozprawy, zgodnie z którym uwzględnia wniesione odwołanie w całości.

Przystępujący oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości. Przystępujący przedstawił stanowisko procesowe w piśmie z dnia 26 sierpnia 2022 r.

Izba ustaliła oraz przyjęła następujące okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Izba ustaliła, że okoliczności stanu faktycznego przytoczone w treści odwołania, odnoszące się do przytoczonych postanowień dokumentacji postępowania oraz do przebiegu korespondencji Zamawiającego z Przystępującym prowadzonej w trybie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp odpowiadają rzeczywistości jej przebiegowi, stąd też w ocenie Izby niecelowym jest ponowne przytaczanie ich w całości.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Izba uznała, że zarzuty wskazane przez Odwołującego znalazły potwierdzenie w zaistniałym stanie faktycznym ustalonym na podstawie dokumentacji postępowania.

I

W ocenie składu orzekającego zasadny jest zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego pomimo jej niezgodności z warunkami zamówienia określonymi w § 11 ust. 2 pkt 20 Projektowanych Postanowień Umowy, tj. w odniesieniu do obowiązku zatrudnienia osób wchodzących w skład brygad patrolowych i interwencyjnych na podstawie stosunku pracy.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z brzmieniem przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przy czym zgodnie z poglądem doktryny „Warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 Pzp, która stanowi, że poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istota aktualnego rozwiązania polega na odniesieniu przesłanki odrzucenia oferty do określonych wymagań zamawiającego, a nie do określonego dokumentu, w którym pewne rozwiązania powinny być zawarte. Podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91-98 Pzp. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 719).

Wskazywanymi przez doktrynę przykładami okoliczności, które powinny skutkować odrzuceniem oferty na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, są zdarzenia, które mogą dotyczyć „(.) zakresu świadczenia wykonawcy lub sposobu spełnienia świadczenia, które nie odpowiadały warunkom zamówienia (np. nieuwzględnienie w wycenie wszystkich wymogów i elementów, jakie postawił zamawiający, zaoferowanie krótszego terminu gwarancji niż żądany przez zamawiającego, zaoferowanie dłuższego terminu na wykonanie zamówienia niż wynikający z dokumentów zamówienia (.))” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 720).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy w pierwszej kolejności należy wskazać, że Izba ustaliła, iż Zamawiający w § 11 ust. 2 pkt 20 Projektowanych Postanowień Umowy znajdujących się w Tomie II SWZ wskazał, że:

Wykonawca jest zobowiązany do zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia tj. osób tworzących Zespół ds. Utrzymania Dróg oraz osób wykonujących czynności związane z usuwaniem skutków zdarzeń i patrolowaniem dróg (brygady interwencyjne i patrolowe).

W myśl § 1 ust. 3 i 4 Projektowanych Postanowień Umowy znajdujących się w Tomie

II SWZ:

3. Zakres i sposób wykonywania przedmiotu Umowy określają:

- a) Umowa wraz z załącznikami,
- b) Specyfikacja Warunków Zamówienia (SWZ) wraz z ewentualnymi zmianami lub odpowiedziami na pytania,
- c) Opis przedmiotu zamówienia wraz z załącznikami (OPZ),
- d) Specyfikacje Techniczne wraz z załącznikami (SST),
- e) Oferta Wykonawcy wraz z załącznikami.

4. W przypadku wątpliwości interpretacyjnych co do zakresu i sposobu realizacji prac oraz zakresu praw i obowiązków Zamawiającego i Wykonawcy, obowiązywać będzie kolejność ważności dokumentów określonych w ust. 3, przy czym dokumenty te należy interpretować jako wzajemnie uzupełniające się.

Przystępujący w treści wyjaśnień z dnia 14 czerwca 2022 r. złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane do niego w trybie art. 224 ust. 1 w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wskazał, że w odniesieniu do osób wchodzących w skład brygady patrolowej i interwencyjnej w zakresie kosztów pracowniczych przyjął założenie zatrudniania na umowę zlecenie studentów oraz osób posiadających inne zatrudnienie.

Izba przyznała rację Odwołującemu, który wskazał, że oferta złożona przez Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia - nie uwzględnia wymagań Zamawiającego ustanowionych w SWZ (w szczególności w Projektowanych Postanowieniach Umowy - § 1 ust. 2 pkt 20) w odniesieniu do wymogu zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności związane z usuwaniem skutków zdarzeń i patrolowaniem dróg, tj. osób wchodzących w skład brygad interwencyjnych i patrolowych.

Izba uznała za niezasadne stanowisko wyrażone przez Przystępującego co do niejednoznaczności zapisów SWZ w zakresie ustanowienia obowiązku zatrudniania na podstawie stosunku pracy osób wchodzących w skład brygad patrolowych i interwencyjnych. W ocenie Izby dyspozycja zawarta przez Zamawiającego w § 11 ust. 2 pkt 20 Projektowanych Postanowień Umowy w sposób jednoznaczny i stanowczy ustanawia obowiązek, by osoby wchodzące w skład brygad patrolowych interwencyjnych były zatrudnione na podstawie stosunku pracy. Jednocześnie postanowienia innych dokumentów zamówienia, w szczególności przywołanej przez Przystępującego Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (zgodnie z którą Zamawiający wymaga, aby osoby z Zespołu ds. Utrzymania Dróg były zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Ponadto przynajmniej jeden z personelu załogi patrolowej (lider) musi posługiwać się płynnie językiem polskim w mowie i

piśmie) nie zawierały postanowień sprzecznych z żądaniem Zamawiającego wyrażonym w § 11 ust. 2 pkt 20 Projektowanych Postanowień Umowy. Ponadto, w Projektowanych Postanowieniach Umowy Zamawiający - na wypadek wątpliwości interpretacyjnych - ustalił kolejność ważności dokumentów określających zakres i sposób wykonywania umowy wskazując, że pierwszeństwo wśród nich ma Umowa wraz z załącznikami, podczas gdy Specyfikacje Techniczne znajdują się dopiero na czwartym miejscu.

W ocenie Izby kwestionowana przez Przystępującego treść SWZ nie nosi znamion niejednoznaczności - argumentację tę Izba ocenia jako element przyjętej przez Przystępującego taktyki procesowej.

Dostrzeżenia wymaga, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1) oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy stanowią wyjaśnienie i uszczegółowienie treści oferty, które w sposób jednoznaczny wskazuje na jej pierwotną niezgodność z warunkami zamówienia w zakresie obowiązku zatrudniania na podstawie stosunku pracy osób wchodzących w skład brygad patrolowych i interwencyjnych - jako podstawę zatrudnienia Przystępujący wskazał cywilnoprawną umowę zlecenia.

W tym miejscu należy wskazać, że niezgodność treści oferty ze sposobem i warunkami realizacji przedmiotowego zamówienia określonymi przez Zamawiającego, która zaistniała w odniesieniu do oferty złożonej przez Przystępującego skutkuje odrzuceniem złożonej przez niego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

II

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Tytułem wstępu należy wskazać, że w sytuacji stwierdzenia zaistnienia przesłanek do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, na wykonawcy ciąży ustawowy obowiązek do wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Z brzmienia przepisu art. 224 ust. 5 ustawy Pzp wprost wynika, że fakt zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Podkreślenia wymaga, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny tego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie Zamawiający miał możliwość jednoznacznego ustalenia, że cena oferty nie ma charakteru rażąco niskiego. Efektem złożonych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione - a tym samym obalenie domniemania, że zaoferowana przez wezwanego wykonawcę cena jest rażąco niska (zob. wyrok KIO z dnia 8 marca 2022 r., sygn. akt KIO 383/22).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należy wskazać, że zgodnie z ustaleniami Izby, w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, ponieważ powziął podejrzenie rażącego zaniżenia ceny w oparciu o

Kryterium, dla którego punktem odniesienia jest wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT. Cena zaoferowana przez Przystępującego była niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT. Konsekwencją wezwania wystosowanego przez Zamawiającego do Przystępującego było obciążenie Przystępującego obowiązkiem obalenia domniemania, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska, pod rygorem odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Izba w pierwszej kolejności zwróciła uwagę na fakt, że treść złożonych wyjaśnień powinna odpowiadać szczegółowością treści wezwania. Podkreślenia wymaga, że - jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1679/21 - „Dokonywana przez Zamawiającego w oparciu o udzielone wyjaśnienia ocena czy zaoferowana cena jest rażąco niska, w sposób nierozłączny związana powinna być z treścią samego wezwania do złożenia wyjaśnień, to treść wezwania co do zasady determinuje bowiem treść udzielonych wyjaśnień. Zamawiający poddając analizie wiarygodność, rzetelność i kompletność wyjaśnień powinien sprawdzić czy referują one do zagadnień, których wyjaśnienia Zamawiający żądał od wykonawcy w treści wezwania oraz czy odpowiadają swoją szczegółowością wymaganiom w tym wezwaniu wskazanym”.

Wezwanie skierowane do Przystępującego przez Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp dotyczyło wyjaśnienia oraz przedstawienia „(.) sposobu kalkulacji ceny jednostkowej za 1 miesiąc zarządzania kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych, mając na uwadze wymagania określone w SWZ w tym w zakresie ilości wymaganego personelu, wymogu zatrudnienia personelu na umowę o pracę w kontekście obowiązujących przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu oraz w zakresie kosztów utrzymania samochodów udostępnionych Zamawiającemu. Zamawiający prosi o przedłożenie przez Wykonawcę szczegółowych wyjaśnień w zakresie przyjętych do wyceny w/w pozycji ilości roboczogodzin brygad patrolowych, interwencyjnych i zespołu ds. utrzymania dróg znajdującą wraz z odzwierciedleniem w ilości etatów niezbędnych do realizacji zadań wskazanych w Grupie Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem zgodnie z zapisem § 11 ust. 2 punkt 20 IPU. Wykonawca jest zobowiązany do zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia tj. osób tworzących Zespół ds. Utrzymania Dróg oraz osób wykonujących czynności związane z usuwaniem skutków zdarzeń i patrolowaniem dróg (brygady interwencyjne i patrolowe). (.) Zamawiający zwraca się o wskazanie ilości etatów koniecznych do realizacji wskazanej usługi wraz z określeniem kosztów związanych z funkcjonowaniem każdego z przedstawionych etatów, a także przedstawienie kalkulacji obejmującej całkowite zestawienie kosztów w Grupie Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem. Zamawiający oczekuje szczegółowej i wyczerpującej informacji na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość ww. pozycji mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe i rzeczowe oraz związane z tym niezbędne do poniesienia koszty. Ponadto zwracamy się z prośbą o wyjaśnienia (w tym wyliczenia) w zakresie zgodności zastosowanych stawek 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 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie”.

Izba uznała, że Odwołujący słusznie podniósł, iż wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w zakresie ceny rażąco niskiej nie uzasadniają ceny podanej w ofercie ze względu na nieprzedstawienie sposobu kalkulacji ceny jednostkowej za 1 miesiąc zarządzania kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych - z uwzględnieniem konieczności zatrudnienia osób skierowanych do ww. działań na podstawie stosunku pracy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa pracy oraz zabezpieczenia społecznego, jak również ustawy o minimalnym wynagrodzeniu. Odwołujący trafnie także wskazał, że Przystępujący w treści złożonych wyjaśnień nie przedstawił informacji dotyczących przyjętych do kalkulacji ww. elementów kosztotwórczych liczby roboczogodzin brygad patrolowych i interwencyjnych wraz z uwzględnieniem niezbędnej liczby etatów koniecznych do wykonania zamówienia w zakresie Grupy Prac nr 11.

Przystępujący w ocenie Izby nie wykazał, że jego cena nie jest rażąco niska, pomimo ziszczenia się ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny.

Dostrzeżenia wymaga, że to niezgodność treści złożonej oferty z warunkami zamówienia w zakresie nieuwzględnienia obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wchodzących w skład brygad patrolowych i interwencyjnych, w okolicznościach fak-

tycznych przedmiotowej sprawy była błędem, który przeniknął do etapu badania zaoferowanej przez Przystępującego ceny w trybie art. 224 ust. 1 i art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W konsekwencji przyjęcia przez Przystępującego błędnych założeń co do formy zatrudnienia, Przystępujący w kalkulacji ceny oraz w treści wyjaśnień udzielonych pismem z dnia 14 czerwca 2022 r. nie uwzględnił kosztów pracy związanych z koniecznością zawarcia umów o pracę z osobami wchodzącymi w skład brygad patrolowych i interwencyjnych.

W szczególności Izba wzięła pod uwagę fakt, że Przystępujący - jak trafnie podniósł Odwołujący - wbrew żądaniom Zamawiającego wyrażonym w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z dnia 1 czerwca 2022 r., nie określił sposobu kalkulacji ceny jednostkowej za 1 miesiąc realizacji kwestionowanej usługi (zarządzania kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych) z uwzględnieniem spełnienia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę personelu skierowanego do tych zadań (z uwzględnieniem przepisów prawa pracy, zabezpieczenia społecznego oraz ustawy o minimalnych wynagrodzeniu). Przystępujący nie wskazał liczby roboczogodzin przewidzianych do realizacji ww. zadań z uwzględnieniem liczby etatów koniecznych do realizacji omawianego zakresu zamówienia. Tymczasem odzwierciedlenie liczby roboczogodzin przypisanych brygadom patrolowym i interwencyjnym w etatach niezbędnych do realizacji przypisanych im zadań, było żądaniem Zamawiającego wyrażonym w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 1 czerwca 2022 r.

Izba za niewiarygodny uznała argument Przystępującego sprowadzający się do twierdzenia, że w ramach kwoty wskazanej przez niego jest możliwe zagwarantowanie wymaganej przez Zamawiającego liczby etatów oraz zatrudnienie na podstawie umowy o pracę wymaganej liczby pracowników. Odwołujący w treści Odwołania przedstawił szczegółową kalkulację uwzględniającą koszty pracownicze spełniające wymogi zatrudnienia wynikające z SWZ, z uwzględnieniem przepisów prawa pracy, zabezpieczenia społecznego, ustawy o minimalnym wynagrodzeniu, jak również z określeniem liczby etatów niezbędnych do realizacji zamówienia w kwestionowanym zakresie. Kalkulacja sporządzona przez Odwołującego prowadzi do uznania, że kwota wskazana przez Przystępującego jako cena jednostkowa pozycji „Zarządzanie Kontraktem” jest niewystarczająca do zapewnienia wymaganej liczby pracowników - osób skierowanych do realizacji prac w ramach brygad patrolowych i interwencyjnych - zatrudnionych na podstawie stosunku pracy. Jednocześnie Przystępujący nie przedstawił w tym zakresie dowodu przeciwnego, lecz swoją argumentację ograniczył do twierdzenia sprowadzającego się do porównania kwoty wskazanej jako cena jednostkowa pozycji „Zarządzanie Kontraktem” do kwoty netto podanej w ofercie złożonej przez Przystępującego.

Ponadto, jak słusznie zauważył Odwołujący, Przystępujący nie dokonał rozbicia cenowego umożliwiającego weryfikację kosztów pracy ponoszonych przy założeniu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wchodzących w skład brygad patrolowych i interwencyjnych. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający prosił o „(...) przedłożenie przez Wykonawcę szczegółowych wyjaśnień w zakresie przyjętych do wyceny w/w pozycji ilości roboczogodzin brygad patrolowych, interwencyjnych i zespołu ds. utrzymania dróg znajdujących wraz z odzwierciedleniem w ilości etatów niezbędnych do realizacji zadań wskazanych w Grupie Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem zgodnie z zapisem § 11 ust. 2 punkt 20 IPU”.

Skoro zatem oczekiwaniem Zamawiającego było wskazanie rozbicia cenowego z uwzględnieniem ww. kosztów, to określenie w sposób łączny kosztów związanych z realizacją zadań zleconych brygadom interwencyjnym i patrolowym oznaczało ograniczenie prawa Zamawiającego do dokonania weryfikacji realności poszczególnych kosztów realizacji przedmiotu zamówienia w kwestionowanym zakresie.

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. Mając na uwadze, że Przystępujący wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiego, Izba uznała, że oferta złożona przez Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu, zatem zarzut naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp potwierdził się.

III

Wobec uwzględnienia powyższych zarzutów Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej pomimo, że oferta ww. Wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu. Izba ustaliła, że zarzut ten ma charakter wynikowy i zasługuje na uwzględnienie wobec faktu, że potwierdziły się zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zarzuty odwołania zasługują na

uwzględnienie. Jednocześnie Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2 - Rejon w Ostrołęce, odrzucenie oferty złożonej przez Przystępującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Polski Asfalt Produkt Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce w zakresie zadania nr 2 - Rejon w Ostrołęce jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 2 - Rejon w Ostrołęce.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 7 ust. 1 pkt 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Przystępującego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: