Sygn. akt: KIO 3068/23

WYROK

z dnia 31 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Rams

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: INKO Consulting Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie oraz Ayesa Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Rudzie Śląskiej,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie,

przy udziale:

A. wykonawcy Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wykonawcy SAFEGE S.A.S., Nanterre, Francja, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

C. wykonawcy BBF Sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

D. wykonawcy TPF Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę BBF Sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu.

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: INKO Consulting Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie oraz Ayesa Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Rudzie Śląskiej i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami) 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 3068/23

UZASADNIENIE

W dniu 16 października 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wypłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: INKO Consulting Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie oraz Ayesa Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej „Odwołujący”) wobec czynności zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie (dalej „Zamawiający”) podjętych w prowadzonym postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego oraz od zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów p.z.p., tj. od

1. czynności badania i oceny oferty złożonej przez:

a. wykonawcę BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

b. wykonawcę TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

2. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,

3. zaniechania czynności wezwania wykonawcy TPF sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w

zakresie wyliczenia zaoferowanej stawki miesięcznej Zespołu zmiennego kontraktu budowlanego w Etapie I,

4. wybór oferty wykonawcy, TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako

najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo tego, że Zamawiający nie przeprowadził obligatoryjnej procedury wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów prawa:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BBF sp. z o.o., pomimo iż rzeczona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu z zamówienia, a wykonawca BBF sp. z o.o. w złożonych wyjaśnieniach nie obalił domniemania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską;

2) art. 224 ust. 1 ustawy p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny ofertowej, w szczególności w zakresie przyjętej stawki miesięcznej dla członków Zespołu zmiennego kontraktu budowlanego oraz Zespołu stałego przeglądu dokumentacji.

3) art. 239 p.z.p. poprzez wybór oferty wykonawcy TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pomimo tego, że Zamawiający nie przeprowadził badania i oceny przedmiotowej oferty pod kątem tego, czy nie zawiera ona rażąco niskiej ceny i jest zgodna z przepisami prawa.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty BBF sp. z o.o., nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny oferty TPF sp. z o.o. (i w przypadku nieuwzględnienia wniosku wskazanego w pkt 3 również oferty BBF sp. z o.o.) z uwzględnieniem konieczności wyjaśnienia wysokości stawek miesięcznych przyjętych dla członków Zespołu zmiennego kontraktu budowlanego oraz Zespołu stałego przeglądu dokumentacji Załączniku 1B do Formularza Ofertowego. Nadto Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodów z dokumentów przywołanych w dalszej części Odwołania na okoliczności tam wskazane. Odwołujący wskazuje, że przywołane dokumenty są w posiadaniu Zamawiającego i wchodzą w skład protokołu z postępowania lub stanowią załączniki do tego protokołu w rozumieniu przepisów p.z.p.

W uzasadnieniu przedstawionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 3 kwietnia 2023 r. wszczął Postępowanie. W dniu 12 maja 2023 roku Zamawiający dokonał czynności otwarcia ofert w postępowaniu. W postępowaniu złożono 10 ofert, w tym ofertę złożył Odwołujący oraz wykonawcy TPF sp. z o.o. i BBF sp. z o.o. W dniu 18 maja 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę BBF do złożenia na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy p.z.p. wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie: (a) 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 (tj.: Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; (b) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W dniu 25 maja 2023 r. wykonawca BBF sp. z o.o. złożył wyjaśnienia w przedmiocie ceny rażąco niskiej. W dniu 6 października 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, oferty TPF sp. z o.o. oraz przedstawił informację o przyznanych wykonawcom punktach oraz informację o ofertach odrzuconych.

Dalej Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi w zakresie Zarządzania i sprawowania nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego: „Budowa tunelu drogowego w km 21,050 Linii kolejowej nr 2 Warszawa Zachodnia – Terespol na skrzyżowaniu z drogą powiatową nr 2284W w Mieście Sulejówek”.

Zgodnie z SWZ (pkt 2.1 IDW) Przedmiot zamówienia będzie obejmował następujące etapy: Etap I – realizacja Robót;

Etap II – gwarancja i zgłaszanie wad.

Zgodnie z postanowieniami § 3 ust. 2 Warunków Umowy (tom II SWZ) Zamawiający określił, że Etap I trwać będzie:

a. 24 miesiące w Okresie podstawowym

b. 3 miesiące w Okresie wydłużonym

c. 3 miesiące w Okresie wykraczającym poza Okres Wydłużony.

Zgodnie z postanowieniami § 3 ust. 1 Warunków umowy Etap II ma trwać 72 miesiące.

Zamawiający w pkt 3.1.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Tom III SWZ – OPZ) wskazał, że wymaga od wykonawcy dysponowania Personelem, którego skład wskazany w pkt 3.1.1.1 i 3.1.1.2 jest składem minimalnym.

W pkt 3.1 ppkt 5 Zamawiający wskazał, że: Osoby wymienione w Zespole stałym i Zespole zmiennym Inżyniera będą do pełnej dyspozycji Zamawiającego najpóźniej z dniem rozpoczęcia realizacji Usługi, odrębnie dla każdego Kontraktu budowlanego/Kontraktów budowlanych.

W pkt 3.1 ppkt 6 Zamawiający wskazał, że Osoby wymienione w Zespole stałym będą dostępne do dyspozycji Zamawiającego w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy na warunkach opisanych w § 9 ust. 9 WU. Inżynier jest zobowiązany przedłożyć Zamawiającemu HPPI, który w szczegółowy sposób będzie określać dostępność poszczególnych osób Personelu stałego i zmiennego Inżyniera.

W § 9 ust. 1 Warunków Umowy Zamawiający postanowił, że Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia Personelu w całym okresie realizacji Usługi, w liczebności i o kwalifikacjach wskazanych w OPZ, gwarantującego wykonanie Usługi z najwyższą starannością, na zasadach określonych w Umowie i OPZ. Wskazana w Umowie i OPZ liczebność Personelu stanowi minimalne wymaganie i Wykonawca zobowiązany jest w ramach Wynagrodzenia

zapewnić dodatkowy Personel bez wezwania ze strony Zamawiającego w sytuacji, gdy jest to niezbędne do prawidłowego wykonywania/wykonania Usługi. Brak zapewnienia Personelu zgodnego z wymaganiami SWZ stanowi rażące naruszenie postanowień Umowy.

W § 9 ust. 2 Warunków Umowy Zamawiający zastrzegł, że: Wykonawca jest zobowiązany zapewnić pracę Personelu w taki sposób i w takiej liczebności, aby zachować wymaganą Umową jakość Usługi oraz ciągłość realizacji wszystkich obowiązków Wykonawcy wynikających z Umowy w celu realizacji Umowy zgodnie z HRF i HPPI. Liczebność i czas pracy Personelu Wykonawcy zostanie dostosowany do czasu pracy Wykonawców Robót, w szczególności w zakresie niezbędnym do bieżącego nadzorowania wykonywanych Robót. W tym zakresie Wykonawca zobowiązany jest, m.in. do zapewnienia wykonywania Usługi w systemie zmianowym i zgodnie z czasem pracy Wykonawcy Robót określonym Subklauzulą 6.5 SWK.

Natomiast w § 9 ust. 7 Warunków Umowy postanowiono, że: Zamawiający zastrzega, iż Inżynier Projektu nie może podejmować w czasie trwania Etapu I dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia. Pozostałe osoby wchodzące w skład Zespołu stałego nie mogą podejmować w czasie trwania Etapu I dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę.

W pkt 1.2 IDW Zamawiający wskazał, że: Cena ofertowa oraz sposób jej przedstawienia w ofercie określony jest w Formularzu Ofertowym oraz w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego. Szczegółową kalkulację wynagrodzenia podstawowego netto Wykonawca przedstawi w Załączniku 1B do Formularza Ofertowego. Kalkulacja wskazana w Załączniku 1B do Formularza Ofertowego nie będzie stanowić podstawy dokonywania płatności, ale służy porównaniu ofert. Brak złożenia Załącznika 1B do Formularza Ofertowego powodował będzie niezgodność treści oferty ze Specyfikacją.

W toku wyjaśnień treści SWZ Zamawiający w dniu 20 kwietnia 2023 r. (pismo nr IRZU.292.7.2023.IRE-03060-I.SK.010) udzielił wyjaśnień do pytania nr 5:

Pytanie nr 5

Załącznik 1B do IDW - Rozbicie ceny.

Czy Zamawiający zaakceptuje sytuację, gdy Wykonawca w pozycjach dla członków zespołów, dla których wymagane miesięczne zaangażowanie pracy wynosi 100% wprowadzi

niższe wartości stawek miesięcznych niż wynika to z aktualnego Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej?

Odpowiedź

Weryfikacja ofert Wykonawców będzie dokonywana przez Zamawiającego na gruncie obowiązującego porządku prawnego.

W Załączniku nr 1b do Formularza Ofertowego Zamawiający wskazał poszczególne Zespoły Personelu Wykonawcy na Etapie I (wymienione w pkt 3.1.1.1 OPZ) oraz przypisał każdej z osób zaangażowanie prazy zgodnie z zapisami SWZ na miesiąc [%/ryczałt] oraz liczbę miesięcy w trakcie której wykonawcy powinni dysponować poszczególnymi członkami Personelu.

W Załączniku 1b Formularza Ofertowego wykonawcy BBF sp. z o.o. i TPF sp. z o.o. wykonawcy ci wskazali przy założonym przez Zamawiającego zaangażowaniu 100% czasu w miesiącu członków Personelu Zespołu zmiennego kontraktu budowlanego oraz Zespołu stałego przeglądu dokumentacji stawkę miesięczną poniżej wynagrodzenia określonego w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia z dnia 15 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz.U. z 2018 r., poz. 1794) zarówno

dla minimalnego wynagrodzenia za pracę jak i minimalnej stawki godzinowej.

W ocenie Odwołującego stawki wskazane w Załączniku nr 1B do formularza Ofertowego BBF sp. z o.o. oraz stawki wskazane w Załączniku nr 1B do formularza Ofertowego TPF sp. z o.o. jednoznacznie wskazują, że zarówno wykonawca BBF jak i wykonawca TPF założyli dla członków Personelu, których miesięczne zaangażowanie w realizację przedmiotu zamówienia powinno wynosić 100% czasu, wysokość wynagrodzenia poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej.

Odwołujący wskazał, że na moment składania ofert (12 maja 2023 r.) przepisy w tym zakresie, określały minimalne wynagrodzenie za pracę w 2023 r. w sposób następujący:

• minimalne miesięczne wynagrodzenie za pracę w 2023 r.:

3.490, 00 zł/m-c bazowe zgodnie z ww. rozporządzeniem (od 01.01.2023 do 30.06.2023) oraz

3.600, 00 zł/m-c bazowe zgodnie z ww. rozporządzeniem (od 01.07.2023 do 31.12.2023)

• minimalne miesięczne wynagrodzenie ustalane w oparciu o minimalną stawkę godzinową

22,80 zł/godz. x 168 godzin (21 dni) = 3.830,40 zł/m-c (od 01.01.2023 do 30.06.2023) oraz

23,50 zł/godz. x 168 godzin (21 dni) = 3.948,00 zł/m-c (od 01.07.2023 do 31.12.2023)

W przypadku wynagrodzenia uzyskiwanego w oparciu o umowę o pracę koszt pracodawcy kształtuje się w sposób następujący:

Koszty pracodawcy dla miesięcznego wynagrodzenia 3.600,00 PLN brutto

Kwota brutto 3.600,00 zł

Ubezpieczenie emerytalne (9,76%) 351,36 zł

Ubezpieczenie rentowe (6,50%) 234,00 zł

Ubezpieczenie wypadkowe (0,67%) – obniżona stawka za zgodą ZUS 24,12 zł Fundusz Pracy (2,45%) 88,20 zł

FGŚP (0,10%) 3,60 zł

PPK (1,5%) 54,00 zł

Koszty pracodawcy - miesiąc 4.355,28 zł

W ocenie Odwołującego, z powyższego wyprowadzić należy wniosek, iż zarówno wykonawca TPF sp. z o.o. jak i wykonawca BBF sp. z o.o. w ofertach swoich uwzględnili wynagrodzenie dla członków Personelu poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej, co stoi w jawnej sprzeczności z przepisem art. 224 ust. 3 pkt 4 p.z.p. Odwołujący podkreślił, iż wykonawca BBF sp. z o.o. został wezwany do wyjaśnień przez Zamawiającego w oparciu o przepis art. 224 ust. 1 p.z.p. oraz w szczególności zobowiązany do wykazania zgodności zaoferowanej ceny 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 (tj.: Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.

Z wyjaśnień wykonawcy wypływa wniosek, iż dla członków Personelu zmiennego kontraktu budowlanego wykonawca BBF sp. z o.o. przyjął założenie, że Personel ten przy założeniu 100% zaangażowania przez 30 miesięcy (pełny czas trwania Etapu I) otrzymają ryczałtowe wynagrodzenie w wysokości od 15.000 do 30.000 zł netto. Tym samym wykonawca BBF sp

.z o.o. założył wprost, że Personel otrzymywać będzie wynagrodzenie poniżej minimalnej stawki godzinowej lub minimalnego wynagrodzenia za pracę (pomiędzy 500 zł a 1500 zł miesięcznie), tym samym nie obalił domniemania, że zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską. W konsekwencji powyższego oferta wykonawcy BBF sp. z o.o. powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. Z art.224 ustawy p.z.p.

Natomiast w odniesieniu do oferty wykonawcy TPF sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że Zamawiający, pomimo zadeklarowania przez tego wykonawcę kosztów zatrudnienia członków Personelu Zespołu zmiennego kontraktu budowlanego przy ich 100% miesięcznym zaangażowaniu poniżej minimalnej stawki godzinowej i minimalnego wynagrodzenia za pracę, nie podjął jakichkolwiek czynności zmierzających do wyjaśnienia, czy zaoferowana przez tego wykonawcę cena jest ceną rażąco niską. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 224 ust. 1 p.z.p., 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 przed-miotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z wyjaśnień, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

W ocenie Odwołującego, bez znaczenia dla niniejszej sprawy pozostaje okoliczność, że cena zaoferowana przez wykonawcę TPF sp. z o.o. nie jest niższa o co najmniej 30% od szacunkowej wartości zamówienia ani średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający obowiązany jest badać cenę oferty nie tylko na podstawie wymogów zawartych w przepisach p.z.p., ale również w innych powszechnie obowiązujących przepisach prawa. Zamawiający jest również obowiązany jest badać, czy zaoferowana przez wykonawców cena nie narusza przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Taka konstatacja jest oczywista w świetle brzmienia zawartego w art. 224 ust. 3 pkt 4 p.z.p. W takim przypadku zastosowanie znajdzie art. 224 ust. 1, nie zaś ust. 2 p.z.p. W sytuacji, w której pomimo zadeklarowania przez wykonawcę kosztu wynagrodzenia członka Personelu, którego miesięczne zaangażowanie wynosi 100%, poniżej minimalnego pułapu określonego przepisami prawa, Zamawiający zobowiązany był przeprowadzić postępowania wyjaśniające czy zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską, z uwzględnieniem treści przedłożonego przez wykonawcę TPF sp. z o.o. Załącznika nr 1B do Formularza Ofertowego.

W ocenie Odwołującego, zaniechanie dokonania tej czynności przez Zamawiającego skutkuje przedwczesnym wyborem oferty wykonawcy TPF sp. z o.o. pomimo ciężącego na Zamawiającym ustawowego obowiązku przeprowadzenia badania i oceny oferty tego wykonawcy pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał, że na Zamawiającym ciąży ustawowy obowiązek zbadania pod kątem ceny rażąco niskiej każdej oferty, której treść wskazuje na niedochowanie obowiązku zapłaty wynagrodzenia za pracę w minimalnej wysokości lub też rozliczenia umowy o charakterze cywilnoprawnym na podstawie co najmniej minimalnej stawki godzinowej. W analizowanym postępowaniu brak właściwej kontroli Zamawiającego doprowadził do sytuacji, w której naruszone zostały podstawowe zasady zamówień publicznych, tj. zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Dopuszczenie do przetargu oferty zawierającej rażąco niską cenę uniemożliwia pozostałym uczestnikom postępowania konkurowanie na równych, sprawiedliwych zasadach.

Odwołujący podkreślił, że powyższe jest szczególnie istotne w świetle zapisów SWZ orz treści samego Załącznika 1B do Formularza Ofertowego, który wszakże jak sama nazwa wskazuje odnosi się do Personelu Zespołu zmiennego kontraktu budowlanego, co mogłoby wskazywać na możliwość swobodnego dysponowania czasem i dyspozycyjnością poszczególnych członków Personelu, natomiast z drugiej strony określa w sposób wyraźny i niebudzący wątpliwości, że Zamawiający oczekuje miesięcznego zaangażowania członków tego Zespołu na poziomie 100%, a więc w takim samym stopniu jak członków Zespołu stałego kontraktu budowlanego.

W ocenie Odwołującego, jeżeli Zamawiający miałby wyprowadzić z odmiennych nazw Zespołów wniosek, że zaangażowanie członków tych Zespołów będzie różne, powinien to jasno wskazać w postanowieniach SWZ lub w Załączniku 1B do Formularza Ofertowego lub też w wyjaśnieniach treści SWZ, chociażby udzielając innej treści wyjaśnienia na Pytanie nr 5. Natomiast w ocenie Odwołującego dopuszczenie różnych interpretacji dla tych samych zapisów prowadziłoby do nieporównywalności ofert. W ocenie Odwołującego zgodnie prymatem literalnej wykładni postanowień SWZ wymagania dotyczące zaangażowania 100% członka Personelu w miesiącu powinny być interpretowane w sposób tożsamy niezależnie od tego jakiego Zespołu one dotyczą i prowadzić do przyjęcia, że członek takiego Zespołu powinien być zatrudniony w pełnym wymiarze czasu pracy przy realizacji zamówienia przez cały okres trwania Okresu podstawowego.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 3 kwietnia 2023 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Zarządzanie i sprawowanie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego: „Budowa tunelu drogowego w km 21,050 linii kolejowej nr 2 Warszawa Zachodnia – Terespol na skrzyżowaniu z drogą powiatową nr 2284W w mieście Sulejówek, dalej „Postępowanie".

Izba ustaliła, że zgodnie z SWZ (pkt 2.1 IDW) Przedmiot zamówienia będzie obejmował następujące etapy:

Etap I – realizacja Robót;

Etap II – gwarancja i zgłaszanie wad.

Zgodnie z postanowieniami § 3 ust. 2 Warunków Umowy (tom II SWZ) Zamawiający określił, że Etap I trwać będzie:

a. 24 miesiące w Okresie podstawowym

b. 3 miesiące w Okresie wydłużonym

c. 3 miesiące w Okresie wykraczającym poza Okres Wydłużony.

Zgodnie z postanowieniami § 3 ust. 1 Warunków umowy Etap II ma trwać 72 miesiące.

Zamawiający w pkt 3.1.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Tom III SWZ – OPZ) wskazał, że wymaga od wykonawcy dysponowania Personelem, którego skład wskazany w pkt 3.1.1.1 i 3.1.1.2 jest składem minimalnym.

W pkt 3.1 ppkt 5 Zamawiający wskazał, że: Osoby wymienione w Zespole stałym i Zespole zmiennym Inżyniera będą do pełnej dyspozycji Zamawiającego najpóźniej z dniem rozpoczęcia realizacji Usługi, odrębnie dla każdego Kontraktu budowlanego/Kontraktów budowlanych.

W pkt 3.1 ppkt 6 Zamawiający wskazał, że: Osoby wymienione w Zespole stałym będą dostępne do dyspozycji Zamawiającego w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy na warunkach opisanych w § 9 ust. 9 WU. Inżynier jest zobowiązany przedłożyć Zamawiającemu HPPI, który w szczegółowy sposób będzie określać dostępność poszczególnych osób Personelu stałego i zmiennego Inżyniera.

W § 9 ust. 1 Warunków Umowy Zamawiający postanowił, że Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia Personelu w całym okresie realizacji Usługi, w liczebności i o kwalifikacjach wskazanych w OPZ, gwarantującego wykonanie Usługi z najwyższą starannością, na zasadach określonych w Umowie i OPZ. Wskazana w Umowie i OPZ liczebność Personelu stanowi minimalne wymaganie i Wykonawca zobowiązany jest w ramach Wynagrodzenia zapewnić dodatkowy Personel bez wezwania ze strony Zamawiającego w sytuacji, gdy jest to niezbędne do prawidłowego wykonywania/wykonania Usługi. Brak zapewnienia Personelu zgodnego z wymaganiami SWZ stanowi rażące naruszenie postanowień Umowy.

W § 9 ust. 2 Warunków Umowy Zamawiający zastrzegł, że: Wykonawca jest zobowiązany zapewnić pracę Personelu w taki sposób i w takiej liczebności, aby zachować wymaganą Umową jakość Usługi oraz ciągłość realizacji wszystkich obowiązków Wykonawcy wynikających z Umowy w celu realizacji Umowy zgodnie z HRF i HPPI. Liczebność i czas pracy Personelu Wykonawcy zostanie dostosowany do czasu pracy Wykonawców Robót, w szczególności w zakresie niezbędnym do bieżącego nadzorowania wykonywanych Robót. W tym zakresie Wykonawca zobowiązany jest, m.in. do zapewnienia wykonywania Usługi w systemie zmianowym i zgodnie z czasem pracy Wykonawcy Robót określonym Subklauzulą 6.5 SWK.

Natomiast w § 9 ust. 7 Warunków Umowy postanowiono, że: Zamawiający zastrzega, iż Inżynier Projektu nie może podejmować w czasie trwania Etapu I dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia. Pozostałe osoby wchodzące w skład Zespołu stałego nie mogą podejmować w czasie trwania Etapu I dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę.

Ponadto, Izba ustaliła, że § 9, Zamawiający wskazał:

Wykonawca przedłoży Zamawiającemu HPPI w terminie 7 Dni od zatwierdzenia HRF dla każdego Kontraktu budowlanego. Wykonawca jest zobowiązany do bieżącego uaktualniania HPPI w przypadku zmian w HRF. W przypadku sprawowania nadzoru nad Zadaniami dodatkowymi oraz w przypadku konieczności zmiany liczby Personelu, HPPI Wykonawcy zostanie odpowiednio zmodyfikowany.

Zamawiający zastrzega, iż Inżynier Projektu nie może podejmować w czasie trwania Etapu I dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania

takiego zajęcia. Pozostałe osoby wchodzące w skład Zespołu stałego nie mogą podejmować w czasie trwania Etapu I dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę.

Świadczenie Usługi przez Personel będzie potwierdzane Listą obecności. Lista obecności obejmuje świadczenie Usługi przez jeden miesiąc kalendarzowy i powinna być uzupełniana systematycznie, poprzez dokonanie własnoręcznego podpisu przez członka Personelu w wyznaczonym miejscu dokumentu, w każdym Dniu jego obecności. Lista powinna znajdować się w biurze głównym lub właściwych biurach odrębnych Inżyniera. Zamawiający zastrzega sobie prawo do wglądu i weryfikacji Listy obecności w każdym czasie.

Izba ustaliła, że w pkt 1.2 IDW Zamawiający wskazał, że: Cena ofertowa oraz sposób jej przedstawienia w ofercie określony jest w Formularzu Ofertowym oraz w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego. Szczegółową kalkulację wynagrodzenia podstawowego netto Wykonawca przedstawi w Załączniku 1B do Formularza Ofertowego. Kalkulacja wskazana w Załączniku 1B do Formularza Ofertowego nie będzie stanowić podstawy dokonywania płatności, ale służy porównaniu ofert. Brak złożenia Załącznika 1B do Formularza Ofertowego powodował będzie niezgodność treści oferty ze Specyfikacją.

Izba ustaliła, że w toku wyjaśnień treści SWZ Zamawiający w dniu 20 kwietnia 2023 r. (pismo nr IRZU.292.7.2023.IRE-03060-I.SK.010) udzielił wyjaśnień do pytania nr 5:

Pytanie nr 5

Załącznik 1B do IDW - Rozbicie ceny.

Czy Zamawiający zaakceptuje sytuację, gdy Wykonawca w pozycjach dla członków zespołów, dla których wymagane miesięczne zaangażowanie pracy wynosi 100% wprowadzi niższe wartości stawek miesięcznych niż wynika to z aktualnego Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej?

Odpowiedź

Weryfikacja ofert Wykonawców będzie dokonywana przez Zamawiającego na gruncie obowiązującego porządku prawnego.

Izba ustaliła, że w Załączniku nr 1b do Formularza Ofertowego Zamawiający wskazał

poszczególne Zespoły Personelu Wykonawcy na Etapie I (wymienione w pkt 3.1.1.1 OPZ). Zamawiający wskazał w Formularzu w zakresie zaangażowania - ZAKŁADANE ZAANGAŻOWANIE PRACY ZGODNIE Z ZAPISAMI SIWZ NA MIESIĄC [%/RYCZAŁT].

Izba ustaliła, że w Załączniku 1b Formularza Ofertowego wykonawca TPF wskazał następujące stawki wynagrodzenia w zakresie Zespołu zmiennego:

	ZESPÓŁ ZMIENNY KONTRAKTU BUDOLWANEGO					
	INSPEKTOR NADZORU W SPECJALNOŚCI W ZAKRESIE SIECI,INSTALACJI I URZĄDZEŃ ELEKTRYCZNYCH I ELEKTROENERGETYCZNYCH	1	100,00%	24	1 500,00	36 000,00
	INSPEKTOR NADZORU W SPECJALNOŚCI INSTALACYJNEJ W ZAKRESIE SIECI, INSTALACJI I URZĄDZEŃ TELEKOMUNIKACYJNYCH	1	100,00%	24	1 500,00	36 000,00
	INSPEKTOR NADZORU W SPECJALNOŚCI INSTALACYJNEJ W ZAKRESIE SIECI, INSTALACJI I URZĄDZEŃ CIEPLNYCH, WENTYLACYJNYCH, GAZOWYCH, WODOCIĄGOWYCH I KANALIZACYJNYCH	1	100,00%	24	1 500,00	36 000,00
	INSPEKTOR NADZORU W SPECJALNOŚCI KOLEJOWEJ W ZAKRESIE KOLEJOWYCH OBIEKTÓW BUDOWLANYCH	1	100,00%	24	1 500,00	36 000,00
	INSPEKTOR NADZORU W SPECJALNOŚCI INSTALACYJNEJ W ZAKRESIE SIECI, INSTALACJI I URZĄDZEŃ ELEKTRYCZNYCH I ELEKTROENERGETYCZNYCH W ZAKRESIE SIECI TRAKCYJNEJ	1	100,00%	24	1 500,00	36 000,00
	GEODETA	1	100,00%	24	2 000,00	48 000,00
	ZESPÓŁ STAŁY PRZEGLĄDU DOKUMENTACJI					
	KOORDYNATOR ZESPOŁU PRZEGLĄDU DOKUMENTACJI	1	100,00%	24	4 500,00	108 000,00
	ZESPÓŁ ZMIENNY BIURA INŻYNIERA					
	KOORDYNATOR DS. ZAMKNIĘĆ TOROWYCH	1	ryczałt	24	1 000,00	24 000,00
	SPECJALISTA DS. ROSZCZEŃ	1	ryczałt	24	1 500,00	36 000,00
	SPECJALISTA DS. OCHRONY ŚRODOWISKA	1	ryczałt	24	1 000,00	24 000,00
	Geotechnik	1	ryczałt	24	1 000,00	24 000,00
	SPECJALISTA DS. ZABEZPIECZEŃ PRZECIWPOŻAROWYCH	1	ryczałt	24	1 000,00	24 000,00

Izba ustaliła, że w dniu 12 maja 2023 roku Zamawiający dokonał czynności otwarcia ofert w postępowaniu. W postępowaniu złożono 10 ofert, w tym ofertę złożył Odwołujący oraz wykonawcy TPF sp. z o.o. i BBF sp. z o.o.

Izba ustaliła, że w dniu 18 maja 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę BBF do złożenia

na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy p.z.p. wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie: (a) 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 (tj.: Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; (b) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W dniu 25 maja 2023 r. wykonawca BBF sp. z o.o. złożył wyjaśnienia w przedmiocie ceny rażąco niskiej.

Izba ustaliła, że w dniu 6 października 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy TPF sp. z o.o.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze podlegało częściowemu umorzeniu tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę BBF. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożył oświadczenie o uwzględnieniu w/w zarzutu, które to oświadczenie podtrzymał na posiedzeniu z udziałem stron. Jednocześnie, Izba wskazuje, że do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili dwaj wykonawcy tj. Odwołujący oraz wykonawca BBF. Odwołujący nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnia w/w zarzutu przez Zamawiającego. Wykonawca BBF nie stawił się na posiedzenie z udziałem stron, pomimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia oraz potwierdzenia otrzymania zawiadomienia o terminie posiedzenia. Izba uznała, że niestawiennictwo na posiedzeniu przed Izbą wykonawcy BBF, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsamą z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania. Należało bowiem uznać, że wyznaczona do rozpoznania sprawy rozprawa i poprzedzające ją posiedzenie z udziałem stron to ta faza postępowania odwoławczego, w której następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Z powyższego wynika, że po

skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron lub na rozprawę odwołanie, co do zasady, będzie rozpatrzone na tym posiedzeniu lub rozprawie i tam też rozpatrzone zostaną ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie

jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego czy ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo wykonawcy BBF do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania. Tym samym, Izba uznała, że zaszły przesłanki do umorzenia postępowania w zakresie w/w zarzutu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

W pozostałym zakresie, Izba uznała, że zarzuty podniesione przez Odwołującego są niezasadne.

Zgodnie 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. W celu wykazania naruszenia w/w przepisu przez Zamawiającego, odwołujący winien wykazać, że w okolicznościach konkretnego postępowania przetargowego wycena kosztów realizacji zamówienia/istotnej części składowej ceny winna wzbudzać uzasadniona i obiektywne wątpliwości co do możliwości jego wykonania zgodnie z warunkami zamówienia i/lub zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami prawa. Przy czym zaznaczyć należy, że wykonawca winien, po pierwsze, wskazać na jednoznaczne warunki zamówienia określone w SWZ, które nie mogą być obiektywnie spełnione przez zakwestionowanego wykonawcę, z uwagi na zaniżenie kosztów ich realizacji lub też wskazać na konkretne regulacje prawne, które mają zastosowanie w danym postępowaniu, a nie zostały uwzględnione przez zakwestionowanego wykonawcę z uwagi na przyjęcie zbyt niskich kosztów ich wdrożenia. Izba podkreśla, że zarzut zaniechania zastosowania art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez Zamawiającego nie może się opierać wyłącznie na subiektywnych wątpliwościach konkurencyjnego wykonawcy, ale musi być uzasadniony poprzez wskazanie faktów mające potwierdzenie bądź to w dokumentach zamówienia bądź to w przepisach prawa, a więc w obiektywnych okolicznościach związanych z danym zamówieniem.

Zdaniem Izby w okolicznikach analizowanej sprawy Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. W istocie argumentacja Odwołującego o

zaniechaniu wezwania wykonawcy TPF do złożenia wyjaśnień została oparta na błędnej wykładni postanowień SWZ w zakresie wymaganego zakresu zaangażowania Personelu Zespołu zmiennego. Bezsporne w sprawie jest to, że w SWZ Zamawiający wymagał od wykonawcy dysponowania Personelem, z podziałem na Personel Zespołu stałego oraz Personel Zespołu zmiennego (pkt. 3.1.1 OPZ). Bezsporne w sprawie jest również to, że Zamawiający w pkt 3.1 ppkt 6 OPZ wskazał, że osoby wymienione w Zespole stałym będą dostępne do dyspozycji Zamawiającego w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy na warunkach opisanych w § 9 ust. 9 WU. Sporne zaś pomiędzy stronami pozostawało to, czy zakres i sposób zaangażowania Personelu z Zespołu zmiennego ma być tożsamy z zakresem Personelu Zespołu stałego tj. w wymiarze pełnego etatu czasu pracy w trakcie realizacji zamówienia. Zdaniem bowiem Odwołującego, z postanowień SWZ wynika, że Zamawiający w sposób wyraźny i niebudzący wątpliwości oczekuje miesięcznego zaangażowania członków tego Zespołu na poziomie 100%, a więc w takim samym stopniu jak członków Zespołu stałego kontraktu budowlanego. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Zdaniem Izby Odwołujący dokonał nadinterpretacji postanowień SWZ, wywodząc z jej treści obowiązki dotyczące zakresu zatrudnienia Personelu Zespołu zmiennego, które nie zostały określone przez Zamawiającego w SWZ. Po pierwsze, wymóg Zamawiającego wskazany w pkt 3.1.6 OPZ w zakresie dysponowania w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy odnosi się wyłącznie do osób wchodzących w skład Zespołu stałego. Nie ma podstaw, do czego dąży Odwołujący, aby obowiązek ten rozciągnąć również na członków Zespołu zmiennego, bowiem żadne postanowienie SWZ nie daje ku temu przesłanek. Skoro Zamawiający wprowadził podział zespołów na zmienny i stały i uregulował wymagany zakres zaangażowania wyłącznie w zakresie członków zespołu stałego, Izba nie znajduje podstaw do rozszerzenia takiego wymagania wobec członków zespołu zmiennego. Jest jasnym i jednoznacznym, że pełen etat czasu pracy odnosił się wyłącznie do zespołu stałego, bo takim zapis został wprowadzony w pkt 3.1.6 OPZ. W myśl paremii interpretatio cessat in claris czy in claris non fit interpretatio, to co jasne nie wymaga interpretacji. W analizowanym stanie faktycznym w sposób jasny i klarowny Zamawiający dał wyraz do kogo odnosi się wymóg zatrudnienia w wymiarze pełnego etatu czasu pracy.

Po drugie, odnosząc się do stanowiska Odwołującego i argumentu sformułowanego na podstawie załącznika 1B oraz zapisów „100%", Izba zauważa, że w załączniku nr 1B, Zamawiający w kolumnie z zaangażowaniem wpisał: „Zakładane zaangażowanie pracy zgodnie z zapisami SWZ na miesiąc (%ryczałt)". Zatem zakres zaangażowania poszczególnych członków Personelu Zespołu stałego i zmiennego był determinowany postanowieniami SWZ, zgodnie z którymi należało wypełnić formularz 1B. Jak Izba zaś wskazała powyżej, z postanowień SWZ – pkt 3.1.6 OPZ wynika jednoznacznie, że wyłącznie

w odniesieniu do Personelu Zespołu stałego został wprowadzony wymóg zatrudnienia w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy. Wskazana w załączniku nr 1B wartość 100% odnieść należy zatem do zakresu zaangażowania Personelu Zespołu zmiennego w zakresie w jakim wykonawca planował zaangażować taki personel podczas realizacji zamówienia. Bezspornym było pomiędzy stronami, że Personel Zespołu zmiennego nie jest zaangażowany we wszystkie etapy realizacji zamówienia, ale wyłącznie na wybranych etapach. Potwierdza to pośrednio sam Odwołujący w treści odwołania, wskazując cyt. (…) „powyższe jest szczególnie istotne w świetle zapisów SWZ orz treści samego Załącznika 1B do Formularza Ofertowego, który wszakże jak sama nazwa wskazuje odnosi się do Personelu Zespołu zmiennego kontraktu budowlanego, co mogłoby wskazywać na możliwość swobodnego dysponowania czasem i dyspozycyjnością poszczególnych członków Personelu". Gdyby zgodzić się z Odwołującym, że postanowienia SWZ – pkt 3.1.6 o zakresie wymaganego zaangażowania Personelu Zespołu stałego odnoszą się również do Personelu Zespołu zmiennego, rodzi się zasadne pytanie jaki sens przyświecałby Zamawiającemu we wprowadzeniu podział personelu na stały/zmienny skoro wobec obu zespołów stawia taki sam wymóg co do czasu pracy. Jest oczywistym dla Izby, że podział personelu zaangażowanego w realizacji zamówienia na stały/zmienny wynika z okoliczności wskazanej przez

Zamawiającego, a mianowicie, z faktu, iż nie ma potrzeby ponoszenia kosztów pełnego etatu czasu pracy Zespołu zmiennego, gdyż prace przy których potrzebny jest personel wskazany w Zespole zmienny nie trwają przez cały okres realizacji inwestycji. Dlatego też, poszczególni członkowie Zespołu zmiennego są niezbędni tylko wtedy kiedy realizowane są prace, które obejmują swoim zakresem obowiązki wynikające z pełnionych przez nich funkcji i na tych etapach Zamawiający wymaga ich pełnej dyspozycyjności tj. 100%. Zdaniem Izby, do Personelu Zespołu zmiennego zastosowanie mają postanowienia SWZ/umowy wskazujące, że wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia Personelu w całym okresie realizacji Usługi, w liczebności i o kwalifikacjach wskazanych w OPZ, gwarantującego wykonanie Usługi z najwyższą starannością, na zasadach określonych w Umowie i OPZ. Zatem, każdy wykonawca indywidualnie określał zakres zakładanego zaangażowania Personelu Zespołu zmiennego (wobec braku określenia przez Zamawiającego w OPZ szczegółowego zakresu czasowego ich zaangażowania) i w ten sposób określał koszt realizacji tego zakresu usługi. Takich założeń i wyliczeń dokonał wykonawca TPF i przedstawił w Załączniku 1B. Wartość tych kosztów nie została zakwestionowana przez Odwołującego w inny sposób niż poprzez wskazanie, że nie odpowiada ona minimalnemu wynagrodzeniu określonemu w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia z dnia 15 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz.U. z 2018 r., poz. 1794), co Izba uznała za nieprawidłowe założenie i niemające oparcia w SWZ.

Odnosząc się do argumentów przedstawionych podczas rozprawy, Izba wskazuje, że lista obecności personelu jest dokumentem jaki Zamawiający przewidział w umowie. Zgodnie z pkt §9 ust. 14 umowy, świadczenie Usługi przez Personel będzie potwierdzane Listą obecności. Lista obecności obejmuje świadczenie Usługi przez jeden miesiąc kalendarzowy i powinna być uzupełniana systematycznie, poprzez dokonanie własnoręcznego podpisu przez członka Personelu w wyznaczonym miejscu dokumentu, w każdym Dniu jego obecności. Lista powinna znajdować się w biurze głównym lub właściwych biurach odrębnych Inżyniera. Zamawiający zastrzega sobie prawo do wglądu i weryfikacji Listy obecności w każdym czasie. Z powyższej regulacji w żaden sposób nie wynika obowiązek zaangażowania Personelu Zespołu zmiennego w wymiarze pełnego etatu czasu pracy. Dalej odnosząc się do argumentów dotyczących innych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego i rzekomej praktyki jaką stosował dotychczas Zamawiający, Izba wskazuje, że żadne dowody na dotychczasową praktykę Zamawiającego nie zostały złożone do akt sprawy. Niezależnie jednak od tego, Izba podkreśla, że przedmiotem oceny Izby są postanowienia SWZ w tym konkretnym postępowaniu. Postępowania, choć mogą być do siebie podobne w zakresie przedmiotu zamówienia, to jednak to podobieństwo nie uprawnia wykonawców do przyjęcia założenie, że Zamawiający jest w jakikolwiek sposób związany przyjętymi rozwiązanymi w innych postępowaniach. Zamawiający ma prawo w każdym postępowaniu określić odmiennie swoje potrzeby, przy zachowaniu zasad wynikających z ustawy Pzp.

Dalej odnosząc się do akcentowanej przez Odwołującego odpowiedzi na pytanie nr 5, Izba wskazuje, że Odwołujący dokonał daleko idącej nadinterpretacji odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego. Zamawiający w udzielonej odpowiedzi wskazał wyłącznie, że weryfikacja ofert wykonawców będzie dokonywana przez Zamawiającego na gruncie obowiązującego porządku prawnego. Odwołujący tymczasem udzieloną przez Zamawiającego odpowiedź interpretuje w świetle przyjętej przez siebie błędnej interpretacji postanowień SWZ w zakresie wymaganego zaangażowania Personelu Zespołu zmiennego, zakładając – niezasadnie – że wynagrodzenie tego personelu nie może być niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę, bowiem osoby te powinny być zaangażowane w wymiarze pełnego czasu pracy w trakcie realizacji zamówienia. Skoro takie założenie zostało przez Izbę uznane za błędne, to również dokonana przez Odwołującego wykładania odpowiedzi na pytanie nr 5 jest błędna i nie potwierdza w żaden sposób zasadności zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentów dotyczących ryzyka żądania przez Zamawiającego na etapie realizacji zamówienia zaangażowania Personelu Zespołu zmiennego na tożsamych zasadach czasowych jak Personelu Zespołu stałego, Izba wskazuje, że oświadczenia i

czynności Zamawiającego podejmowane w trakcie postępowania przetargowego są wiążące dla Zamawiającego w trakcie realizacji zamówienia. Skoro Zamawiający obecnie składa oświadczenia związane z postanowienia SWZ, to są one dla Zamawiającego wiążące na etapie realizacji zamówienia. Są one również wiążące dla osób zaangażowanych w realizację zamówienia w imieniu Zamawiającego. Trudno zatem odnaleźć ratio argumentacji Odwołującego o rzekomych ryzykach na etapie realizacji zamówienia.

Ponadto, Izba wskazuje, że z treści odwołania wynika, że Odwołujący upatrywał naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w przyjęciu, że koszty zatrudnienia Personelu Zespołu zmiennego stanowią istotną część składową ceny, przy czym Odwołujący tej okoliczności w żaden sposób nie wykazał. Odwołujący nie dokonał nawet pobieżnej kalkulacji, aby zobrazować jaki ewentualny wpływ niedoszacowania wskazanych pozycji miałby na możliwość realizacji całego zamówienia, nie wskazał jaki procentowy udział kwestionowane koszty realizacji zamówienia mają w ogólnych kosztach realizacji zamówienia i dlaczego kwestionowane pozycje w Załączniku 1B należy uznać za istotną część składową ceny.

W konsekwencji, Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż opierał się on na błędnym założeniu przyjętym przez Odwołującego, że wykonawca TPF zadeklarował koszt zatrudniania członków Personelu Zmiennego kontraktu budowlanego przy ich miesięcznym zaangażowaniu 100% poniżej kosztów minimalnego wynagrodzenia, w sytuacji, gdy postanowienia SWZ nie wymagały zaangażowania w takim zakresie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego członka Zespołu stałego – tj. Koordynatora przeglądu dokumentacji, Izba uznała zarzut za niezasadny. Izba wskazuje, że w ramach przedmiotowej pozycji wykonawca TFP wykazał w załączniki 1B kwotę 4 500 PLN netto. W odwołaniu Odwołujący wskazuje, że minimalny koszt w ramach umowy o pracę to 4 355,28 PLN brutto, co według twierdzeń Odwołującego (pkt 23 odwołania) cyt.: „(…) Z powyższego wyprowadzić należy wniosek, iż zarówno wykonawca TPF, jak i wykonawca BBF w ofertach uwzględnili wynagrodzenie dla członków Personelu poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej, co stoi w jawnej sprzeczności z

przepisem art. 224 ust. 3 pkt. 4 PZP". Tymczasem, słusznie wskazał wykonawca TPF, okoliczności bezsporną jest, że kwota 4 500 zł netto jest kwotą wyższą niż 4 355,28 zł brutto. Już z tej przyczyny, zarzut uznać należy za niezasadny. Na marginesie, zgodzić się należy z wykonawcą TFP, że Odwołujący w ogóle nie ma interesu, aby podnosić zarzut w tym zakresie. Sam Odwołujący w swojej ofercie w ramach załącznika 1B, dla Koordynatora przeglądu dokumentacji projektowej podał kwotę 4 500 PLN.

Z uwagi na brak potwierdzenia zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, niezasadny okazał się zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i § 8 ust. 2 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……