

**WYROK**

**Warszawa** dnia 26 listopada 2024 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 21 listopada 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2024 r. **przez odwołującego:** GRAMAR Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 22, 42-700 Lubliniec w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice **z udziałem przystępującego po stronie zamawiającego:** EM-TECHNIK Sp. z o.o. ul. Jana Sobieskiego 13, 42-456 Chruszczobród

**orzeka:**

oddala odwołanie

kosztami postępowania obciąża **odwołującego:** GRAMAR Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 22, 42-700 Lubliniec i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **odwołującego:** GRAMAR Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 22, 42-700 Lubliniec, tytułem wpisu od odwołania

Na orzeczenie - w terminie - 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych

**Przewodniczący:**.....

**Uzasadnienie**

Przedmiotowo rozpoznawane odwołanie z dnia 04-11-24r., wniesione zostało na podstawie następująco sformułowanych zarzutach, odnoszących się do czynności czy też zaniechań zamawiającego:

1. odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego ze względu na przyjęcie, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny,

2. Wyboru przez Zamawiającego, jako najkorzystniejszej, oferty Wykonawcy - EM-TECHNIK sp. z o.o.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego, zarzucił naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na przyjęcie, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, podczas gdy takie twierdzenie jest nieuprawnione w świetle treści złożonej oferty oraz złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, jak również warunków zamówienia,

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 522 ust. 1 ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na przyjęcie, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (Odwołujący nie wyjaśnił wszystkich zagadnień objętych wezwaniem i nie przedstawił żądanych przez Zamawiającego dowodów), podczas gdy takie twierdzenie jest nieuprawnione w świetle treści wezwania i złożonych przez Odwołującego wyjaśnień i dowodów, co Zamawiający już przyznał w postępowaniu o sygn. akt KIO 3262/24,

3. art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ustawy Pzp, przez nienależyte badanie i ocenę ofert, a w konsekwencji niezgodny z ustawą Pzp wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy - EM-TECHNIK sp. z o.o., mimo, że oferta Wykonawcy — EM-TECHNIK sp. z o.o. nie uzyskała największej liczby punktów według kryteriów ofert, kiedy uwzględniał się ofertę Odwołującego.

W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów

zastępstwa wg norm przepisanych,

5. przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz z odwołania i odpowiedzi na odwołanie w postępowaniu o sygn. akt KIO 3262/24.

Odwołujący wskazał na interes w uzyskaniu zamówienia oraz grożącą szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W przypadku oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego (w razie jej nieodrzućenia), Odwołujący miałby szansę uzyskania zamówienia publicznego, ponieważ jego oferta uzyskaby większą liczbę punktów niż oferta Wykonawcy — EM-TECHNIK Sp. z o.o. Zestawienie tych ofert przedstawia się bowiem następująco:

| Wykonawca/Liczba punktów w kryterium | GRAMAR Sp. z o.o. | EM-TECHNIK Sp. z o.o. |
|--------------------------------------|-------------------|-----------------------|
|--------------------------------------|-------------------|-----------------------|

|      |           |           |
|------|-----------|-----------|
| Cena | 60,00 pkt | 56,28 pkt |
|------|-----------|-----------|

|                               |           |           |
|-------------------------------|-----------|-----------|
| Termin weryfikacji dokumentów | 20,00 pkt | 20,00 pkt |
|-------------------------------|-----------|-----------|

Dodatkowe doświadczenie osoby pełniącej funkcję

|                     |           |           |
|---------------------|-----------|-----------|
| Inżyniera Kontraktu | 10,00 pkt | 10,00 pkt |
|---------------------|-----------|-----------|

Dodatkowe doświadczenie osoby pełniącej funkcję

|                                             |          |           |
|---------------------------------------------|----------|-----------|
| głównego inspektora nadzoru robót drogowych | 6,46 pkt | 10,00 pkt |
|---------------------------------------------|----------|-----------|

Łączna punktacja: 96,46 pkt                      96,28 pkt

W konsekwencji zatem odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę obejmującą w szczególności zysk z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp.

Co do terminu wniesienia odwołania zamawiający przesłał odwołującemu 22 października 2024r. informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, zatem odwołanie wniesione 4 listopada 2024r. nie narusza terminu wskazanego w ustawie Pzp do wniesienia odwołania, w myśl art.515 ust.1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 509 ust.2 ustawy Pzp. co do sposobu obliczania terminów według kodeksu cywilnego.

Zgodnie z żądaniem odwołującego Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji o sygn. akt KIO 3262/24. W myśl zapadłego w sprawie Postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 września 2024r. po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 27 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2024 r. przez wykonawcę Gramar spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublińcu w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach postanawia umorzyć postępowanie odwoławcze i znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać zwrot kwoty 15.000,00 zł na rzecz wykonawcy Gramar spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublińcu, stanowiącej wpis od odwołania. Jak wynika z uzasadnienia w/w Postanowienia zamawiający, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usługi konsultanta dla zadania pn.: „przebudowa DW 491 od granicy miasta na prawach powiatu Częstochowa do granicy województwa. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 1 marca 2024 r., Dz.U. S: 44/2024 nr 129017-2024. Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 9 września 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Gramar spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublińcu, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez odrzucenie jego oferty ze względu na przyjęcie, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a on nie złożył wyjaśnień w zakresie objętym wezwaniem, podczas gdy takie twierdzenie jest nieuprawnione w świetle treści wezwania i złożonych przez niego wyjaśnień,
- 2) art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ustawy Pzp przez nienależyte badanie i ocenę ofert, a w konsekwencji niezgodny z ustawą Pzp wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Em-Technik sp. z o.o., mimo że oferta tego wykonawcy nie uzyskała największej liczby punktów według kryteriów oceny ofert, kiedy uwzględniono jego ofertę.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Ustalono, że dnia 23 września 2024 r., zamawiający przesłał Prezesowi Izby oświadczenie, że uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. Kolejno ustalono, że wykonawca Em-Technik spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chruszczobrodzie zgłosił w terminie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Ustalono także, że 24 września 2024 r. wykonawca Em-Technik spółka z ograniczoną odpowiedzialnością przesłał Prezesowi Izby oświadczenie, że cofa zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. W tak ustalonym stanie faktycznym Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 3262/24. zważyła, co następuje. Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosił przystąpienia w ustawowym terminie żaden wykonawca. Jedyne oświadczenie o przystąpieniu do postępowania odwoławczego, jakie wpłynęło w sprawie, zostało wycofane. W konsekwencji Izba uznała, że nie wywarło ono skutków prawnych. Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym na podstawie art. 522 ust. 1 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła jak w pkt 1 sentencji to jest umorzyła postępowanie odwoławcze.

Przedmiotowe rozpoznawane przez Izbę odwołanie jest wniesione po ponownym zbadaniu ofert i jak wyżej nadmieniono zawiadomieniu w dniu 22 października 2024r. o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz po ponownym odrzuceniu oferty odwołującego. W złożonym odwołaniu nastąpiło rozszerzeniu zarzutów, w stosunku do odwołania wniesionego w dniu 9 września 2024r. (Sygn.akt KIO 3262/24) o art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp to jest co do niezgodności oferty odwołującego z warunkami zamówienia, przy czym z tym samym zakresem żądań odwołania. Izba w tym miejscu zauważyła, że rozszerzenie podstawy zarzutów jest konsekwencją w ponownej decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego, który rozszerzył podstawę odrzucenia oferty o art.226 ust.1 pkt 5 Pzp, w stosunku do pierwotnej decyzji z dnia 28 sierpnia 2024r.

Charakterystycznym w sprawie jest to, że odwołujący składając odwołanie kwestionuje czynność zamawiającego, który w poprzednim postępowaniu odwoławczym uwzględnił odwołanie, po czym nie podejmując żadnych czynności dodatkowych np. wyjaśniających z odwołującym ponownie w dniu 22 października 24r. poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego. Przede wszystkim jak odwołujący wskazuje we wniesionym odwołaniu, z ostrożności procesowej ponownie odniesie się do zarzutu rażąco niskiej ceny, to jest zarzutu uwzględnionego w poprzednim postępowaniu odwoławczym. Odwołujący przyznaje, że wbrew postanowieniom SWZ (specyfikacja warunków zamówienia) przewidział w kosztach zatrudnienia pracownika biurowego połowę etatu, a nie jak wymaga zamawiający pełnego (1) etatu. Koszty uległyby zwiększeniu o kwotę 128.800,00 zł. (2.800X46 miesięcy). Natomiast zagadnienie to już w uzasadnieniu odwołania z dnia 9 września 2024 Sygn.akt KIO 3262/24 uzasadniał następująco: „Istotne jest również, że nawet gdyby uznać, że pracownik biurowy musiał być zatrudniony w pełnym wymiarze czasu pracy wyłącznie na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, koszty jego zatrudnienia uległyby zwiększeniu o kwotę 128.800,00 zł. Natomiast ta kwota znajduje pokrycie w pozycjach załącznika nr 1 do wyjaśnień z dnia 29 kwietnia 2024 r.: rezerwie na personel dodatkowy (161.000,00 zł) oraz w rezerwie na koszty nieprzewidziane w kalkulacji (40.000,00 zł), na co Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach z dnia 6 czerwca 2024 r. Ostatecznie także dodatkowe koszty pracownika biurowego mogłyby pomniejszyć zysk przewidywany do osiągnięcia. Mimo tego Zamawiający zakwestionował możliwość pokrycia kosztów zatrudnienia pracownika biurowego w wymiarze przekraczającym połowę etatu, ponieważ Odwołujący nie przedstawił w tym aspekcie stosownych wyliczeń wykazujących Zamawiającemu spełnienie ww. wymogu. Jednak oczekiwanie takich wyliczeń jest niezrozumiałe, ponieważ jeśli dodatkowe koszty związane z zatrudnieniem pracownika biurowego mogą wynieść maksymalnie równowartość należności ze stosunku pracy za drugą połowę etatu, tj. 128.800,00 zł, a rezerwa na personel dodatkowy wynosi 161.000,00 zł zaś rezerwa na koszty nieprzewidziane w kalkulacji - 40.000,00 zł, jakiegokolwiek wyliczenia są zbędne.” Tak tłumaczył i kwestionował decyzję zamawiającego, Odwołujący przywołując na poparcie argumentacji odwołania, że wezwanie zamawiającego z dnia 22 kwietnia 2024 r. (znak: WK.2810.2- WI-K/PN/240219/3.2024.JC IC.5852.24) było sformułowane bardzo lakonicznie: „Zamawiający, Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP zwraca się do Państwa o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt. 4), 6) ustawy PZP.” Według odwołującego wyjaśnienia były adekwatne do wezwania, jak również zawierały dowody na wskazane okoliczności.

Odnosząc się do powyższych wyliczeń, Izba stwierdza, że do wyliczeń arytmetycznych nie wnosi zastrzeżeń, ale nie

uznaje je za stanowiące podstawę do wykazania, że Odwołujący w sposób prawidłowy dokonał wyceny pełnego etatu Pracownika Biurowego. Bowiem Izba nie znajduje podstaw do proponowanych przesunięć kosztowych, które mają ustalone przeznaczenie. I tak rezerwa na personel dodatkowy w kwocie 161.000,00 zł ma już przeznaczenie, tak jak rezerwa na koszty nieprzewidziane w kalkulacji - 40.000,00 zł ma swoje przeznaczenie, czy też ewentualne zmniejszenie zaplanowanego zysku. Tego rodzaju propozycje odwołującego do naprawienia kalkulacji wynagrodzenia, przez przesunięcia kwot z innych pozycji zaplanowanych na inne cele, aby osiągnąć brakujące 128 tys. zł. na wynagrodzenie Pracownika Biurowego, wskazuje na błędy w wycenie ofertowej i w ocenie Izby nie znajduje usprawiedliwienia do wykazania poprawności dokonanej wyceny oferty.

Odwołujący odpowiadając, zamawiającemu na okoliczności kalkulowania ceny w piśmie z dnia 6 czerwca 2024r., będącym odpowiedzią na wezwanie z dnia 28 maja 2024r. do dodatkowych wyjaśnień, z jakiego powodu w wyjaśnieniach wskazano, że pracownik biurowy będzie zatrudniony na 1/2 etatu wyjaśnił tę okoliczność następująco. Według odwołującego „pracownik biurowy będzie zatrudniony w pełnym wymiarze czasu pracy, lecz do określenia kosztów tego pracownika przyjęto połowę etatu, ponieważ — biorąc pod uwagę zakres jego czynności podczas realizacji zamówienia (w szczególności przyjmowanie korespondencji, skanowanie korespondencji, przesyłanie skanów korespondencji odpowiednim osobom, przygotowywanie korespondencji w formie pisemnej do wysłania, rejestrowanie korespondencji przychodzącej i wychodzącej, pomoc Inżynierowi Kontraktu w przygotowywaniu tabelarycznych zestawień, czuwanie nad należytym dokumentowaniem obecności personelu Konsultanta na terenie budowy, udzielanie informacji Zamawiającemu o planowanym pobycie na terenie budowy członków zespołu Konsultanta, jak również doświadczenie Odwołującego — będzie to wystarczający czas realnie poświęcony zadaniom związanym z przedmiotowym zamówieniem. Należy zauważyć, że za organizację pracy w swoim przedsiębiorstwie jest odpowiedzialny pracodawca, który w ramach stosunku pracy jest uprawniony do kierowania pracą pracowników (art. 22 § 1 k.p.). Zezwalanie na to, aby pracownik zatrudniony w pełnym wymiarze czasu pracy nie przeznaczał całego czasu pracy na pracę z uwagi na zbyt mały zakres obowiązków pracowniczych stanowiłoby działanie zarządu Odwołującego na szkodę spółki.” W ocenie Izby bez względu na uzasadnienie kompetencji pracodawcy, do ustalania ile i jaką pracę ma wykonać jego pracownik w określonym czasie pracy, nie usprawiedliwia pracodawcy do nie wykonania warunków zamówienia, jakimi są w tym przypadku wymagania zamawiającego do określenia ilości etatów przeznaczonych do wykonywania zadań objętych zamówieniem. Nie ma w takiej sytuacji znaczenia ocena wykonawcy, że według niego jego pracownik przewidziane obowiązki SWZ wykona w mniejszym wymiarze czasu pracy, niż ocenia, a właściwie wymaga zamawiający czasu pracy na wykonanie przewidzianych czynności. Podsumowując to sporne zagadnienie, w ocenie Izby, skoro zamawiający określił w SWZ pełen etat dla pracownika biurowego obsługującego Inżyniera Kontraktu, to odwołujący naruszył warunki zamówienia przewidując dla pracownika biurowego do obsługi Inżyniera Kontraktu połowę etatu, a nie pełen etat zatrudnienia. Tak więc nie ma tutaj znaczenia doświadczenie odwołującego, że połowa etatu, a nie pełen etat, będzie wystarczającym czasem realnie poświęconym zadaniom związanym z przedmiotowym zamówieniem, jakie wyspecyfikował zamawiający (w szczególności przyjmowanie korespondencji, skanowanie korespondencji, przesyłanie skanów korespondencji odpowiednim osobom, przygotowywanie korespondencji w formie pisemnej do wysłania, rejestrowanie korespondencji przychodzącej i wychodzącej, pomoc Inżynierowi Kontraktu w przygotowywaniu tabelarycznych zestawień, czuwanie nad należytym dokumentowaniem obecności personelu Konsultanta na terenie budowy, udzielanie informacji Zamawiającemu o planowanym pobycie na terenie budowy członków zespołu Konsultanta).

Odwołujący jako pracodawca, poza jego kompetencją przewidzianą art. 22 § 1 k.p. do kierowania pracą pracownika, powoływał się na kolejne postanowienia SWZ dotyczące opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), jak i postanowień umowy, które zezwalają na zmianę zatrudnienia Pracownika Biurowego z wymiaru pełnego do połowy etatu.

Według odwołującego z dokumentów zamówienia nie wynika wymóg, aby Pracownik Biurowy cały czas pracy poświęcał wyłącznie czynnościom związanym z realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego. Czyli według odwołującego Pracownik Biurowy zatrudniony na pełen etat dla przedmiotowego zamówienia, może w czasie pracy wykonywać zadania dla innych podmiotów, czy innych zadań niż przedmiotowe zamówienie. Odwołujący przywołał również pkt 19.1 Opisu przedmiotu zamówienia (załącznika nr 1 do SWZ), gdzie „Zamawiający wymienił osoby wchodzące w skład personelu pomocniczego, w tym pracownika biurowego, a poniżej pogrubioną czcionką napisał, że: „Wykonawca ma obowiązek skierowania i zaangażowania do wykonania przedmiotu zamówienia niezbędnej ilości osób, stosownie do zakresu rodzaju prac oraz wymiaru czasu pracy umożliwiającej wykonanie umowy zgodnie z jej przedmiotem i treścią.” Czyli według przekonania odwołującego to wykonawca decyduje o ilości pracowników zaangażowanych do wykonania zamówienia, a więc Pracownik Biurowy ma być zatrudniony na pełen etat na zadaniu zamawiającego, ale może w czasie tego pełnego etatu dla zamawiającego obsługiwać inne podmioty, czy inne zadania poza zadaniem zamawiającego, w

wymiarze poza ½ etatu. W ocenie Izby takie rozumowanie i tłumaczenie Odwołującego wliczenia w koszty zamówienia pół etatu, a nie pełnego etatu, zatrudnienia pracownika biurowego jest niedopuszczalne i narusza warunki zamówienia, w sytuacji jednoznacznego postanowienia SWZ co do Pracownika Biurowego, który ma być zatrudniony na pełen, a nie na połowę etatu. Powyższa sytuacja kwalifikuje się pod względem prawa do sankcji przewidzianej w art.226 ust.1 pkt 5 Pzp.

W ocenie Izby, także nie do przyjęcia jest wnioskowanie odwołującego, że zamawiający określił jakich funkcji nie można łączyć z funkcjami na innych zadaniach, czy to u zamawiającego, czy u innych zamawiających i nie dotyczy to Pracownika Biurowego. Na okoliczność tego wyводу odwołujący przywołał postanowienia „pkt 19.6 lit. a) Opisu przedmiotu zamówienia oraz w § 10 ust. 15 lit. a) projektowanych postanowień umowy Zamawiający wyłącznie w odniesieniu do osób wskazanych na stanowisko Inżyniera Kontraktu oraz Głównego Inspektora Nadzoru Robót Drogowych zawarł wymóg, aby były one zatrudnione przez Konsultanta do wyłącznej obsługi niniejszego zadania (tzn. osoba ta nie może wykonywać jakichkolwiek czynności, ani pełnić jakichkolwiek funkcji związanych z innymi zadaniami inwestycyjnymi realizowanymi przez Zamawiającego). Takiego wymagania nie zawarto wobec osoby wskazanej na stanowisko pracownika biurowego.” W ocenie Izby wywód odwołującego jest nieprawidłowy. Regulacje odnoszące się do zatrudnienia Inżyniera Kontraktu oraz Głównego Inspektora Nadzoru Robót Drogowych, a regulacje dotyczące Pracownika Biurowego mają charakter odrębny i inny cel oraz powód takiej regulacji. Pracownik Biurowy ma być do dyspozycji w wymiarze pełnego etatu dla wykonawcy, zamawiającego i wszelkich innych osób, podmiotów, organów władzy i administracji państwowej czy samorządowej i dla każdego kto zjawi się w biurze Pracownika Biurowego oraz ma wykonywać powierzone jemu czynności i obowiązki Pracownika Biurowego w wyznaczonym miejscu i czasie. Natomiast obowiązująca regulacja prawna dla stanowiska Inżyniera Kontraktu czy Głównego Inspektora Nadzoru Robót Drogowych, nie reguluje obowiązku co do formy prawnej i jej wymiaru, związania z wykonawcą/odwołującym, a dotyczy nie łączenia przedmiotowych funkcji z jakimikolwiek funkcjami na innych zadaniach inwestycyjnych Zamawiającego, co wynika wprost z przywołanej regulacji i ma inne znaczenie dla Zamawiającego.

W ocenie Izby, powoływanie się przez odwołującego na orzecznictwo i doktrynę w związku z wymogiem pełnego etatu dla Pracownika Biurowego co do znaczenia tego postanowienia SWZ i wątpliwości co do tego pojęcia, w kontekście wyceny zamówienia, nie ma znaczenia w sprawie. Pojęcie „pełnego etatu” jest jednoznaczne co do jego odczytania i zastosowania w sprawie, przy wycenie stanowiska „Pracownika Biurowego”, ponieważ „pełen etat” nie równa się „połowie etatu” i pojęcie „pełen etat” w ocenie Izby nie rodzi wątpliwości przy wycenie stanowiska.

Zamawiający na wezwanie Izby zajął stanowisko w sprawie wnosząc o oddalenie w całości wniesionego odwołania, jako bezzasadnego (pismo z dnia 15 listopada 2024r. – w aktach sprawy).

Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22 października 2024 r. przekazał informacje o odrzuceniu oferty Odwołującego wraz z uzasadnieniem prawnym i faktycznym odrzucenia oferty. Oferta Odwołującego została odrzucona w oparciu o:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, że Wykonawca nie udzielił wyjaśnień w pełnym zakresie wymaganym przez Zamawiającego, a ponadto złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Na podstawie powyższego Izba stwierdza, że w porównaniu do poprzedniej czynności zamawiającego z dnia 28 sierpnia 2024r. o odrzuceniu oferty odwołującego rozszerzono podstawę odrzucenia o art.226 ust.1 pkt 5 Pzp czyli niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Okolicznością bezsporną jest, że zamawiający nie wykonał żadnych czynności wyjaśniających, czy uzupełniających co do oferty odwołującego, a mimo to ponownie odrzucił ofertę odwołującego rozszerzając podstawę odrzucenia oferty. Natomiast podtrzymał uzasadnienie co do rażąco niskiej ceny w związku z art.224 ust.6 i art.226 ust.1 pkt 8 Pzp.

W tym miejscu Izba przywołuje argumentację zamawiającego z dnia 15 listopada 24r. (pismo odpowiedź na odwołanie) odnoszącą się w szczególności do:

Ad. 1) Zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp: "Ileokroć w niniejszej ustawie jest mowa o (...) warunkach zamówienia - należy przez to 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."

Oerta musi być zgodna ze wszystkimi warunkami, zarówno z merytorycznymi, jak również proceduralnymi, a jej zgodność jest oceniana przez pryzmat wszystkich dokumentów zamówienia.

Zgodnie z pkt 20.1 OPZ, Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Konsultanta lub podwykonawcę przy realizacji przedmiotu zamówienia osób na podstawie umowy o pracę w zakresie określonym Umową.

W oparciu o § 10 ust. 16 PPU, „Konsultant zobowiązany jest zatrudnić co najmniej jednego pracownika biurowego do obsługi biura na terenie budowy, w pełnym wymiarze czasu pracy”.

Ponadto zgodnie z § 19 ust. 6 PPU „Zamawiający wymaga obecności w biurze budowy co najmniej jednego pracownika biurowego ze strony Konsultanta co najmniej w godzinach od 8:00 do 16:00. Osoba ta będzie prowadziła sprawy administracyjno-formalne związane z realizacją zadania oraz będzie dysponowała informacją, co do harmonogramu pracy wszystkich członków zespołu Konsultanta i udzieli Zamawiającemu każdorazowo wyczerpujących informacji o planowanym pobycie na terenie budowy w okresie najbliższych 7 dni kalendarzowych”

W ocenie Zamawiającego powyższe jednoznacznie wskazuje na brak spełnienia przez Wykonawcę opisanych powyżej wymogów Zamawiającego w przedmiocie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę pracownika biurowego do obsługi biura na terenie budowy w pełnym wymiarze czasu pracy.

Intencją Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - jak niewątpliwie jednoznacznie wynika z treści OPZ oraz PPU - jest zaoferowanie przez wykonawców biorących w nim udział personelu, składającego się w okresie realizacji usługi m. in. z osoby zatrudnionej na umowę o pracę, w wymiarze pełnego etatu, tj. 8 godzin, zapewniających pracę biura znajdującego się na terenie budowy w godzinnym przedziale 8-16. Nie może budzić żadnych wątpliwości, że osoba ta ma pozostawać w ww. czasie do dyspozycji Zamawiającego, w stanie gotowości do świadczenia pracy. Powyższe jest określeniem przez Zamawiającego warunków organizacji pracy Personelu biurowego w sposób jednolity, który nie zakłada wprowadzenia w tym zakresie jakichkolwiek modyfikacji ze strony wykonawców. Co istotne, w tym celu Zamawiający zabezpieczył stosowne środki finansowe celem pokrycia kosztów Wykonawcy wynikających z zatrudnienia personelu biurowego właśnie na pełen etat.

Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Cena oferty brutto Wykonawcy to kwota 3.159.009,00 zł (brutto). Ustalona przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania wartość zamówienia wynosi 9.684.871,43 zł (brutto). Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wyniosła 5.961.981,77 zł (brutto).

Jak wynika z powyższego, cena oferty Wykonawcy jest niższa o ok. 67 % od średniej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz o ok. 47 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp: „ W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”

W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 22 kwietnia 2024 r. o nr WK.2810.2-WI-K/PN/240219/3.2024.JCIC.5852.24 wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 4) i 6) ustawy Pzp.

Wykonawca, pismem z dnia 29.04.2024 r. przesłał do Zamawiającego wyjaśnienia.

Z uwagi na konieczność doprecyzowania złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień rażąco niskiej ceny z uwagi na wystąpienie nowych wątpliwości po stronie Zamawiającego, do Wykonawcy zostało skierowane pismo z dnia 28 maja 2024 r. nr WK.2810.2-WI-K/PN/240219/3.2024.JCIC.8901.24 zawierające konkretne pytania Zamawiającego.

Wykonawca pismem z dnia 6 czerwca 2024 r. przesłał do Zamawiającego swoje odpowiedzi.

Zdaniem Zamawiającego Wykonawca nie sprostął ww. obowiązkom.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że skoro koszty zatrudnienia pracownika biurowego do obsługi biura na terenie budowy nie zostały przez Wykonawcę skalkulowane na właściwym poziomie, tj. wynikającym z obowiązku zatrudnienia tego personelu na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, to nie sposób uznać że zaoferowana cena jest ceną właściwą.

Dlatego też Zamawiający w sposób zgodny z prawem odrzucił ofertę Wykonawcy również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Izba podziela argumentację zamawiającego, cytowaną powyżej, co do podstaw odrzucenia oferty odwołującego.

Izba w powyższym stanie rzeczy, na mocy art.553 ustawy Pzp orzekła o oddaleniu odwołania, ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania w tym co do braku należytego badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) zwanego dalej „rozporządzeniem”, zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000,00 złotych.

**Przewodniczący:**.....