

Sygn. akt: KIO 1728/24

WYROK

Warszawa, dnia 27 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala
Joanna Gawdzik-Zawalska
Aleksandra Patyk

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **PROKOM Consulting sp. z o.o., ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec** oraz **Biuro Inżynierskie Via Regia sp. z o.o., ul. Klonowa 10, 55-002 Kamieniec Wrocławski,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6, 85-085 Bydgoszcz,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **B-Act S.A., ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz** oraz **Transprojekt Gdański sp. z o.o., ul. Zabytkowa 2, 80-253 Gdańsk,**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

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.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1728/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Generalny Dyktor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6, 85-085 Bydgoszcz, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: „Projekt i budowa obwodnicy Kamienia Krajeńskiego w ciągu drogi krajowej nr 25 na odcinku od km 81+100 do km 84+405” oraz „Projekt i budowa obwodnicy Sępólna Krajeńskiego w ciągu drogi krajowej nr 25 na odcinku od km 90+540 do km 96+317””, numer: GDDKiA.O.BY.D-3.2410.2.2023.64. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11.12.2023 r., nr 238/2023 00749811-2023.

W dniu 17.05.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: PROKOM Consulting sp. z o.o., ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec oraz Biuro Inżynierskie Via Regia sp. z o.o., ul. Klonowa 10, 55-002 Kamieniec Wrocławski (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w związku z błędnym przyjęciem, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę,
 - 2) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
- W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„2. Zamawiający wymagał w pkt 16.1.1 oraz pkt 17.1 SWZ dołączenia do oferty Formularza Cenowego uzupełnionego przez wykonawcę zgodnie z przygotowanym przez Zamawiającego wzorem dokumentu ("Ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz niżej wymienione wypełnione dokumenty Formularz cenowy (Tom IV SWZ).”; "Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz cenowy sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SWZ - Tom IV."

3. Przedmiotem wyceny w Formularzu Cenowym miał być m.in. miesięczny koszt zatrudnienia Personelu Biurowego (pkt 1.5), a także koszty zapewnienia udziału osoby na stanowiskach Inżyniera Kontraktu (pkt 2.2.1) i Inspektora nadzoru w branży drogowej (pkt 2.1.5) w podziale na jeden roboczodzień ("Dniówka"). W Formularzu Cenowym wykonawcy nie byli zobowiązani do wskazywania zakładanego zysku.

4. W Postępowaniu wzięło udział dwunastu (12) wykonawców, w tym Odwołujący. Rozkład cen i ich stosunek do średniej oraz budżetu Zamawiającego prezentuje się następująco:

Wykonawca:	Cena brutto [PLN]:	Stosunek do średniej:	Stosunek do budżetu Zamawiającego:
SGS Polska Sp. z o.o.	8,894,572.80	108%	115%
ECM Group Polska S.A.	7,578,829.50	92%	98%
BBF Sp. z o.o.	8,607,884.40	105%	111%
NBQ Sp. z o.o.	6,810,915.90	83%	88%
Odwołujący	6,497,007.60	79%	84%
PHU BAUMARK	7,736,454.00	94%	100%
Lafrentz Polska Sp. z o.o.	9,431,689.20	115%	122%
TPF Sp. z o.o.	10,117,299.55	123%	131%
ZBM S.A.	9,391,451.63	114%	121%
MGGP S.A.	8,494,995.00	103%	110%
Konsorcjum B-Act	7,256,218.95	88%	94%
SCALA.CE Sp. z o.o.	7,934,945.25	96%	103%
Średnia:	8,229,355.32		
Budżet Zamawiającego:	7,738,446.60		

6. Zamawiający w dniu 2 lutego 2024 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień (...)

8. Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 15 lutego 2024 r. (dalej jako: "Wyjaśnienia") udzielił odpowiedzi na powyższe pytania Zamawiającego wskazując, że:

a) zatrudni osoby niepełnosprawne, co – dzięki dofinansowaniu z PFRON – pozwoli obniżyć koszty zatrudnienia. Odwołujący poinformował, że „przewiduje skorzystanie z dofinansowania do zatrudnienia pracownika z lekkim stopniem niepełnosprawności w wysokości 500 zł/miesiąc z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób niepełnosprawnych”; oraz

b) "Pozycja ta [2.2.1 Inżynier Kontraktu – przyp. wł.] została wyceniona na podstawie uzgodnionej stawki za przepracowaną dniówkę/półdniówkę. Uzgodnienia udokumentowana oświadczeniem kandydata na to stanowisko spełniającego wymagania SWZ, również w zadeklarowanym kryterium pozacenowym [18]. Cena obejmuje całkowity koszt wykonania danej pozycji w jednostce czasu zgodnej z Formularzem Cenowym, tj. jedną dniówką według dyspozycji pkt 17.3 IDW. Wycena tej pozycji zapewnia całość kosztów zatrudnienia i wynagrodzenia Eksperta, a jego zatrudnienie zapewnia prawidłowe wykonanie usługi zgodnie z uwagą nr 2 w Formularzu Cenowym (...)."

9. Do wyjaśnień jako załącznik nr 16 i 17 dołączono oświadczenie p. A.B.. (...) oraz p. A.C.. (...) wskazanych na stanowisko Personelu Biurowego/Personel Pomocniczego, w którym wskazano: (...)

10. Do wyjaśnień jako załącznik nr 18 dołączono oświadczenie p. G.M.. (...) wskazanego na stanowisko Inżyniera Kontraktu, w którym wskazano: (...)

11. Podobny dowód został również przedstawiony w stosunku do p. Ł.S.. (...) (załącznik nr 19 do Wyjaśnień): (...)

16. Zaoferowana przez Odwołującego cena nie odbiega o 30% ani od średniej arytmetycznej wszystkich zaoferowanych w Postępowaniu cen ofert ani od szacunkowej wartości zamówienia. Zaoferowana przez Odwołującego cena jest zatem ceną rynkową, o czym świadczy fakt, że oscyluje ona na poziomie podobnym, jak ceny zaoferowane przez pozostałych uczestników Postępowania.

17. Po drugie, kwestionowane przez Odwołującego części składowe ceny nie mają charakteru istotnych części. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dokonywanie przez zamawiającego pojedynczych pozycji formularza cenowego z pominięciem wysokości zaoferowanej ceny globalnej jest działaniem niewłaściwym: (...)

19. Kwestionowane przez Zamawiającego pozycje stanowią kilka procent całej ceny globalnej. Nawet jeśli doszło ze strony Odwołującego do niedoszacowania kosztów w tym zakresie (z czym Odwołujący się oczywiście nie zgadza) to będą one mogły zostać pokryte z założonej rezerwy lub zysku.

20. Po trzecie, dokonując porównania wszystkich złożonych w Postępowaniu ofert można wywieść stanowisko, że w przypadku usługi nadzoru inwestorskiego nie istnieje jeden wspólny dla wszystkich wykonawców "klucz" wyceny

poszczególnych elementów kosztotwórczych. Wskazuje na to sam Zamawiający, który w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego podkreśla, że jeden roboczo dzień pracy Inżyniera Kontraktu został wyceniony przez wykonawców w przedziale od 350 do 750 złotych (różnica wynosi nawet do 100%).(...)

II.2 Personel Biurowy – koszty zatrudnienia

23. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazano, że:

„Zamawiający oczekiwał na przedstawienie kalkulacji szczegółowej i wyjaśnienie sposobu wyceny oraz wskazanie czy i w jaki sposób oferta Wykonawcy w przedmiotowym zakresie uwzględnia wszystkie koszty wynikające z wymagań zawartych w SWZ, w tym również wymagane przepisami prawa koszty podatkowe, składkowe, koszty zastępstwa podczas nieobecności pracownika lub jego urlopu, koszty pozapłacowe itp. oraz wskazania, czy wysoko wyspecjalizowany Personel będzie pełnić usługę w przyjętych stawkach.”

24. Odnosząc się do powyższego Odwołujący wskazuje, że jako załącznik nr 28 do Wyjaśnień przedstawił szczegółową kalkulację kosztów, w której uwzględniono również koszty Personelu Biurowego. W Wyjaśnieniach przedstawiono informacje dotyczące struktury kosztów składających się na zatrudnienia pracownika (vide strona 11 Wyjaśnień): (...)

25. Odwołujący odniósł się także do kosztów ewentualnych zastępstw Personelu biurowego w przypadku jego absencji:

“W kalkulacji nie uwzględniono kosztów zastępstw na czas urlopu, gdyż zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wydanym na kanwie postępowań prowadzonych przez Zamawiającego Wykonawca nie jest zobowiązany do wliczania w cenę oferty dodatkowych kosztów z tego tytułu. Czasowo obowiązki w trakcie trwania usługi będą wykonywane przez pozostały Personel w ramach swojego podstawowego wynagrodzenia.” (vide strona 11 Wyjaśnień)

26. Personel biurowy nie jest, jak próbuje to przedstawić Zamawiający, wysoko wyspecjalizowanym personelem. Osoby zatrudnione na stanowisku Personelu biurowego są

odpowiedzialne za prowadzenie biura, w tym zapewnienie jego dostępności w zakresie określonym w OPZ. Osoby na tym stanowisku wykonują proste prace administracyjne.

27. Wyjaśnienia Odwołującego zawierają wszystkie informacje, których oczekiwał Zamawiający. W konsekwencji zarzuty Zamawiającego wydają się być całkowicie bezzasadne.

28. Dalej Zamawiający wskazuje, że:

“Kwota dofinansowania w wysokości 500 zł na osobę z lekkim stopniem niepełnosprawności jest kwotą maksymalnego dofinansowania, jakie pracodawca może otrzymać na pracownika zatrudnionego na pełen etat.

Brak informacji na jakiej podstawie Wykonawca stwierdza, że przysługuje mu prawo do otrzymania maksymalnej kwoty dofinansowania. Ostateczne wyliczenie kwoty miesięcznego dofinansowania (formularz INF-D-P — poz. 55) odbywa się zgodnie z objaśnieniem do formularza INF-D-P. Warunki ubiegania się o dofinansowanie są szczegółowo określone na stronie informacyjnej PFRON. Cała procedura ubiegania się o dofinansowanie do wynagrodzeń jest szczegółowo rozpisana włącznie z procedurą rejestracji pracodawcy.

Wykonawca nie przedstawił decyzji uprawniającej do uzyskiwania dofinansowania z PFRON.

Na wykonawcy ciążył obowiązek dowodowy, choćby w zakresie podnoszonej okoliczności umożliwiającej mu obniżenie ceny oferty związanej z uzyskaniem stosownego dofinansowania z PFRON z uwagi na zatrudnianie pracowników ze stopniem niepełnosprawności.

Wskazać należy, iż jeżeli wykonawca w ramach prowadzonej działalności zatrudnia osoby ze stopniem niepełnosprawności, to brak było jakichkolwiek przeszkód, aby taka okoliczność została udowodniona.”

29. Odwołujący całkowicie nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego.

30. Po pierwsze, nie jest prawdą, że kwota 500 zł jest kwotą maksymalną dofinansowania z PFRON, jaką może uzyskać pracodawca. Zamawiający buduje narrację, że kwota dofinansowania jest rzekomo ustalana na podstawie wytycznych określonych na stronie informacyjnej PFRON i nie jest ostatecznie przesądzone, jaka będzie jej ostateczna wysokość.

31. Podstawą przyjętej kalkulacji Odwołującego był przepis art. 26a ust. 1 pkt 3) ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U.2024.44 t.j.; dalej jako: "ustawa PFRON"), zgodnie z którym:

“Miesięczne dofinansowanie do wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego, zwane dalej “miesięcznym dofinansowaniem”, przysługuje w kwocie: (...) 500 zł - w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do lekkiego stopnia niepełnosprawności.”

32. W ustawie PFRON brak jest jakichkolwiek regulacji, które kształtowałyby uprawnienie organów administracyjnych do indywidualnego ustalania wysokości przyznanej dotacji.

33. W formularzu INF-D-P, na którego treść powołuje się Zamawiający, wskazano, że kwota dotacji może zostać pomniejszona w przypadku, gdy pracodawca korzysta jednocześnie z dofinansowania z PFRON oraz pomocy publicznej

w związku z zatrudnieniem osoby niepełnosprawnej (zbieg przepisów). Odwołujący nie wskazał w wyjaśnieniach, że korzysta z dodatkowego wsparcia od Państwa. Wysokość otrzymanego dofinansowania będzie zatem wynosić 500 zł (gdyż ustawa PFRON nie określa innej możliwości).

34. Po drugie, Zamawiający zarzuca Odwołującemu, że ten nie przedstawił dowodu w postaci uzyskania decyzji uprawniającej do uzyskiwania dofinansowania z PFRON.

35. Odwołujący pragnie wskazać, że taka decyzja zostanie wydana po zatrudnieniu danej osoby na stanowisko członka Personelu biurowego. Wniosek o przyznanie dofinansowania składa się do PFRON po zatrudnieniu osoby niepełnosprawnej.

36. Zamawiający nie wymagał, aby wykonawca składając ofertę w postępowaniu posiadał już zawarte umowy o pracę z pracownikami. Taki wymóg prowadziłby do konieczności ponoszenia nieuzasadnionych kosztów utrzymywania personelu w okresie trwania postępowania, które może nie zakończyć się udzieleniem zamówienia wykonawcy. Umowy o pracę zostaną zawarte po uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Zamawiający na etapie realizacji zamówienia zgodnie z § 13 ust. 6 wzoru umowy będzie posiadał uprawnienie do kontrolowania czy dana osoba jest zatrudniona na podstawie umowy o pracę oraz na jakich zasadach.

37. Żądanie przedstawienia tego rodzaju decyzji wiąże się z koniecznością ujawnienia danych wrażliwych pracownika. Informacje dotyczące stanu zdrowia danej osoby stanowią informacje chronione prawem. Żądanie przedstawienia przez Odwołującego takiej decyzji jest zatem działaniem nadmiarowym.

38. Po trzecie, Zamawiający zarzuca Odwołującemu, iż ten nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających *"obniżenie ceny oferty związanej z uzyskaniem stosownego dofinansowania z PFRON z uwagi na zatrudnianie pracowników ze stopniem niepełnosprawności"*.

39. Twierdzenie to jest sprzeczne ze stanem faktycznym. Wyjaśnienia poparto licznymi dowodami - oświadczeniami osób o możliwości podjęcia pracy posiadających pierwszy stopień niepełnosprawności (załącznik nr 16 i 17 Wyjaśnień), kalkulacja ceny ofertowej (załącznik nr 28 Wyjaśnień), kalkulacja składowych wynagrodzenia (pkt 1.5 Wyjaśnień) oraz przepisy prawa dotyczącymi zasad dofinansowania do zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego pomijając treść i zakres przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień. Takie działanie stoi w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. (...)

42. Odwołujący w przedstawionych wyjaśnieniach wskazał szczegółowo, w jaki sposób wyliczył koszty zatrudnienia Personelu biurowego. Zakładana przez niego kwota dofinansowania z PFRON jest zgodna z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu oraz ustawą PFRON. W konsekwencji zaaferowana przez Odwołującego stawka miesięcznego wynagrodzenia jest obiektywnie realna (możliwa do osiągnięcia). (...)

44. Zamawiający nie wskazuje ile miałyby wynosić rzekome niedoszacowanie ze strony Odwołującego oraz, jaki miałyby to wpływ na ocenę wysokości zaoferowanej ceny. Nawet jeśli doszłoby do niedoszacowania (z czym Odwołujący się nie zgadza) to koszty w tym zakresie będą mogły zostać pokryte z zakładanej rezerwy oraz ryzyku (ok. 1 mln złotych)(...)

II.3 Personel Biurowy – pozostałe koszty

46. W uzasadnieniu decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazano, że: *"Odnosnie pozostałych kosztów, które jako pracodawca wykonawca będzie musiał ponieść – wykonawca stwierdził, że: „Wykonawca nie jest zobowiązany do wliczania w cenę oferty dodatkowych kosztów z tego tytułu”, a koszty wyposażenia stanowiska i bhp zostały uwzględnione w pozycji 1.1 Formularza Cenowego. Po pierwsze przeniesienie jakichkolwiek kosztów w inną pozycję rozliczeniową Formularza Cenowego jest wprost niezgodne z wymaganiami Zamawiającego – patrz IDW, punkt 17.3 oraz FC, Uwagi Zamawiającego, punkt 1.2. Cytaty przytoczono na wstępie. Po drugie koszty takie powstaną i powinny zostać uwzględnione w cenie oferty. Zamawiający oczekiwał na przedstawienie szczegółowej kalkulacji przyjętej ceny jednostkowej – czego wykonawca nie przedstawił."*

47. Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego.

48. Po pierwsze, podstawą odrzucenia oferty Odwołującego jest art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, a nie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, który dotyczy sytuacji niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Rzekome przenoszenie kosztów pomiędzy pozycjami pozostaje zatem poza podstawą prawną odrzucenia oferty Odwołującego.

49. Po drugie, pozycja 1.5 Formularza Cenowego obejmuje koszty wynagrodzenia Personelu Biurowego. Koszty takie jak wyposażenie czy bhp stanowią element Biura Konsultanta i zostały prawidłowo w kalkulowane w pozycję 1.1 Formularza Ofertowego.

50. W "Uwadze" nr 1 [Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia] zamieszczonej we wzorze Formularza Cenowego wskazano: *"1. Dział obejmuje całość kosztów administracyjnych związanych z prawidłową realizacją Usługi zgodnie z Umową i OPZ. 2. Pozycja "Personel biurowy" obejmuje całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta."* Sposób kalkulacji ceny oferty Odwołującego jest zatem zgodny z wymaganiami SWZ. Nie doszło więc zatem do sytuacji

przenoszenia jakichkolwiek kosztów do innych pozycji. (...)

52. Po trzecie, Zamawiający nie wskazuje jakiego rodzaju koszty "powstaną i powinny zostać uwzględnione w cenie oferty". W przypadku zatrudnienia osób z lekkim stopniem niepełnosprawności pracodawca nie jest zobowiązany do dostosowania biura, jak również zapewnienia krótszego czasu wykonywania pracy (co ma miejsce w przypadku średniego i znacznego stopnia niepełnosprawności). (...)

II.4 Wysokość zakładanego zysku

54. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazano, że:

"Przedstawiona zaś została kalkulacja szczegółowa oferty, w której wykonawca wykazał, że zysk z realizacji umowy został skalkulowany w ofercie na niezwykle niskim poziomie 1,5%. Taki poziom zysku jest niewiarygodnie niski, a dodatkowo miałby być on dzielony na 2 podmioty tworzące konsorcjum. Założenie takiego zysku jest sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego, a skalkulowanie przez wykonawcę zysku na tak niezwykle niskim poziomie, zamawiający uznaje jako działanie na własną szkodę, w celu wyeliminowania konkurentów (pozostałych oferentów). Jeżeli zysk stanowi kwotę netto 80.044,27 zł netto obliczony na 46 miesięcy + 15 miesięcy, to w rozbiu na 1 miesiąc wykonawca skalkulował jako zysk kwotę netto 1.312,20 zł, przysługującą obydwu konsorcjantom, czyli Wykonawca praktycznie nie osiąga z realizacji usługi żadnego zysku. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista." (...)

56. Po pierwsze, zysk nie jest kosztem wykonania zamówienia oraz elementem ceny (nie ma takiej pozycji w Formularzu Cenowym jak zysk), a zatem Odwołujący nie jest zobowiązany do wykazania jego realności czy też udowodnienia, że jego poziom jest satysfakcjonujący dla Odwołującego. Okoliczność, że zysk zostanie w ogóle wygenerowany świadczy o tym, że oferowana cena nie jest dumpingowa.

57. Po drugie, brak jest jakiegokolwiek miernika, który pozwalałby na uznanie, że dany zysk jest odpowiedni lub nie. Każdy wykonawca samodzielnie ustala wysokość swojego zysku. Zamawiający nie posiada uprawnienia, aby kwestionować czy też narzucać wykonawcom wysokość zakładanych przychodów. Działanie Zamawiającego stoi w sprzeczności z zasadą swobody działalności gospodarczej. (...)

59. W swojej ocenie Zamawiający nie wziął pod uwagę, iż obydwa podmioty tworzące Konsorcjum należą do firm z grupy mikro i małych przedsiębiorstw. Udziałowcami spółek są jednocześnie osoby pełniące funkcje w Zarządach, a także wykonują obowiązki wynikające z działalności operacyjnej.

60. Oznacza to, iż uwzględnione w kalkulacji koszty ogólne (załącznik nr 29 do Wyjaśnień z dnia 15 lutego 2024 r.) pokrywają jednocześnie wynagrodzenie udziałowców, co jest głównym celem prowadzenia działalności gospodarczej. Mechanizm wyceny jest tożsamy dla przypadków osób prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą.

61. Wysokość zysku spółek w takich przypadkach jest ustalana uznaniowo, a jego wypracowanie stanowi dodatkowy „bonus” dla udziałowców. W przeciwieństwie do dużych podmiotów o charakterze korporacyjnym, zysk spółek nie jest przeznaczony na wypłatę dywidendy dla udziałowców. W przypadku działalności dużych podmiotów zysk musi być na tyle duży, aby zaspokoić ich oczekiwania. W przypadku spółek wchodzących w skład Konsorcjum taka konieczność nie wstępuje, stąd nieuprawniona jest ocena Zamawiającego co do przyjętego zbyt niskiego zysku z realizacji zamówienia.

II.5 Wysokość wynagrodzenia Inżyniera Kontraktu oraz Inspektora nadzoru w branży drogowej

63. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazano, że:

"Wykonawca nie wziął w ogóle pod uwagę tego, że wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu musi być adekwatne do zakresu obowiązków na danym stanowisku pracy i odpowiedzialności związanej z pełnioną funkcją, a to jednocześnie przekłada się na cenę całej oferty. Zakres obowiązków i odpowiedzialności Inżyniera Kontraktu został opisany w Warunkach Kontraktu (...). Ponadto Inżynier Kontraktu będzie działał w zakresie uprawnień określonych w niniejszej Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) oraz wynikających z aktualnych przepisów ustawy Prawo budowlane, aktów prawnych i wytycznych regulujących wydatkowanie Funduszy Unijnych (pkt. 1.1 OPZ). Inżynier Kontraktu będzie odpowiedzialny za pracę swojego Personelu oraz Personelu biurowego (pkt. 2.1. OPZ)."

64. Odnosząc się do powyższego wskazać należy, że Zamawiający nie informuje na jakiej podstawie uznaje, że Odwołujący nie wziął pod uwagę powyższych okoliczności. Grupa PROKOM, do której należy lider konsorcjum oraz partner konsorcjum od lat realizują usługi nadzoru w ramach inwestycji Zamawiającego. Specyfika działania Inżyniera Kontraktu jest znana Odwołującemu, co znalazło odzwierciedlenie w treści Wyjaśnień.

65. Dalej Zamawiający wskazuje, że:

"Cena jest ceną rynkową, gdy w danej branży na danym rynku (lokalnym) jest obiektywnie osiągalna. Ponadto, biorąc pod uwagę doświadczenie życiowe, zamawiający stwierdza, że osoby z wyższym wykształceniem i odpowiednim doświadczeniem oczekują wyższego wynagrodzenia niż tylko wynagrodzenie powyżej minimalnego wynagrodzenia za pracę." (...)

68. Odwołujący bezpośrednio na rozprawie przedstawi dowody potwierdzające, że Zamawiający dokonywał wyboru jako najkorzystniejszych ofert wykonawców, którzy oferowali stawkę Dniówki Inżyniera Kontraktu na poziomie niższym niż Odwołujący. Dowody przedstawione w sprawie wykażą, że decyzja Zamawiającego nie jest oparta jego "doświadczeniem życiowym", a błędną oceną Wyjaśnień Odwołującego.

69. Zamawiający równie z wskazuje, że:

"Zamawiający szacując wartość zamówienia przyjął wartość dniówki dla Inżyniera Kontraktu w wysokości 600 zł. Była to kwota oszacowana z analogicznych pod względem przedmiotu zamówienia przetargów prowadzonych przez GDDKiA, w okresie bezpośrednio poprzedzającym ogłoszenie przedmiotowego zamówienia."

70. Idąc tym tokiem rozumowania wszystkie oferty złożone w Postępowaniu powinny zostać uznane za rażąco niskie, gdyż wszystkie odbiegają od szacunków Zamawiającego w powyższym zakresie.

71. Dalej, Zamawiający wskazuje, że:

"Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14.09.2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r.: „od dnia 1 lipca 2024 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 28,10 zł” czyli odnosząc się do tzw. „dniówki” - dla ośmiu i więcej godzin pracy minimalna dniówka wynosi 224,80 zł. Są to kwoty brutto. Wg zaoferowanych stawek Inżynier Kontraktu i Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej otrzymaliby kwotę za godzinę pracy 35,00 zł a za cały dzień pracy 280,00 zł. Zakładając pracę 21 dni w miesiącu w ilości nie mniej niż 8 godzin, Inżynier Kontraktu i Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej otrzymaliby wynagrodzenie 5 880,00 zł (...) Przyjęte do powyższego wyliczenia 21 dni w miesiącu jest zgodne z maksymalną liczbą dniówek przedstawionych w HPPK stanowiącym załącznik nr 27 do wyjaśnień wykonawcy. 20-21 dni pracy w miesiącu, gdzie w każdy dzień przepracuje się min. 8 godz. to tzw. „pełen etat”."

72. Przyjęte przez Odwołującego stawki są wyższe niż wynikające z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu o pracę – oferta Odwołującego została zatem skalkulowana w sposób prawidłowy. Niemniej jednak warto zauważyć, że przepisy ustawy o minimalnym wynagrodzeniu o pracę nie mają zastosowania do umów o współpracy (B2B), na podstawie których będą świadczone usługi nadzoru, więc ich przywoływanie jest chybione pod kątem analizowanego problemu. (...)

74. Dokonując porównania innych pozycji Formularzy Cenowych można dojść do wniosku, że to inni oferenci zaniżyli swoje stawki względem oferty Odwołującego. W innych bowiem pozycjach to oferta Odwołującego wydaje się być niewspółmiernie zawyżona do ofert konkurentów.

76. Zamawiający wskazuje także:

"Czyli p. Molicki prowadząc jednoosobową działalność gospodarczą zawarł umowę na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu z p. Molickim pełniącym funkcję Prezesa Zarządu firmy PROKOM Consulting Sp. z o.o. Już samo to wydaje się na tyle abstrakcyjne, że dyskwalifikuje złożoną ofertę w całej rozciągłości pomijając nawet powyższą ocenę dotyczącą wartości oferowanych dniówek."

77. Powyższej zacytowane stanowisko Zamawiającego przeczy dotychczasowej współpracy ze spółkami z grupy PROKOM, gdzie w ramach realizowanych na rzecz Zamawiającego zamówień p. Molicki pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu będąc jednocześnie współnikiem i członkiem zarządu spółki świadczącej usługę nadzoru. Dotychczas Zamawiający nie miał wątpliwości co do legalności działania wykonawcy.

78. Zamawiający w żadnym miejscu w SWZ nie określił zakazu angażowania członków organów zarządzających wykonawcy do realizacji zamówienia. W konsekwencji w ocenie Odwołującego brak jest podstaw do uznania, że oferta Odwołującego podlega dyskwalifikacji. Przesłanki odrzucenia oferty z Postępowania zostały określone w art. 226 ust. 1 ustawy Pzp. Wśród tych przesłanek nie wymieniono sytuacji opisywanej przez Zamawiającego.

81. Zamawiający wskazuje także:

"W ocenie zamawiającego powyższe jednoznacznie świadczy o tym, że przygotowując ofertę i składając wyjaśnienia wykonawca nie znalazł osoby, która zgodziłaby się pełnić funkcję za oferowaną cenę. Wobec braku możliwości przedłożenia jakiegokolwiek dowodu na poparcie przyjętej ceny, wobec przyjęcia nierynkowej stawki, oświadczenie podpisał Prezes Zarządu ratując ofertę. Nie ma bowiem możliwości, że Prezes Zarządu firmy konsultingowej realizującej projekty w całej Polsce przeniesie swoją pracę do biura budowy i całą uwagę skupi na jednej inwestycji. Oczywiście jest, że czynności pełnione przez Prezesa Zarządu będą kolidować z wykonywaniem obowiązków Inżyniera Kontraktu w ramach umowy, co wprost uniemożliwia zamawiającemu wyrażenie zgody na pełnienie obydwu funkcji oraz obecnie uniemożliwia zamawiającemu przyjęcie oferty."

82. Odwołujący wskazuje, że do Wyjaśnień zostały dołączone dowody potwierdzające realność przyjętej stawki Dniówki dla Inżyniera Kontraktu – oświadczenie osoby wskazanej na to stanowisko. Nie jest twierdzeniem prawdziwym, że do Wyjaśnień nie dołączono żadnych dowodów.

83. Odwołujący bezpośrednio na rozprawie przedstawi dowody potwierdzające, że p. Grzegorz Molicki wcześniej realizował na rzecz Zamawiającego usługi nadzoru pozostając jednocześnie członkiem zarządu spółki z grupy

PROKOM. Odwołujący przedstawi dodatkowo dowody potwierdzające, że Zamawiający oceniał pracę p. Molickiego jako prawidłową oraz zgodną z oczekiwaniami Zamawiającego.

84. Warto w tym miejscu przywołać stanowisko Zamawiającego prezentowane w postępowaniu odwoławczym toczącym się pod sygnaturą KIO 352/24. (...)

85. Stanowisko Zamawiającego przeczy zatem dotychczas prezentowanego sposobu oceny sprawy.

86. Izba oddaliła wyżej wskazane odwołanie uznając, że zaoferowana przez Odwołującego Dniówka na poziomie 280 zł jest stawką realną oraz rynkową. (...)

87. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego jest zaoferowanie (rzekomo) rażąco niskiej ceny. Aby skutecznie odrzucić ofertę Odwołującego na tej podstawie Zamawiający musiałby wykazać, że za stawkę Inżyniera Kontraktu / Inspektora nadzoru w branży drogowej w wysokości 300 zł/ dzień obiektywnie nie jest możliwym wykonanie zamówienia (np. w związku z wysokością kosztów ponoszonych w tym zakresie, która nie będzie mogła być pokryta z wynagrodzenia wykonawcy). W niniejszym stanie faktycznym większość argumentacji opiera się o "doświadczenie życiowe" Zamawiającego, a nie argumenty poparte miarodajnymi faktami czy wyliczeniami.

88. Zamawiający nie wskazuje ile miałyby wynosić rzekome niedoszacowanie ze strony Odwołującego oraz jaki miałyby to wpływ na ocenę wysokości zaoferowanej ceny. Nawet jeśli doszłoby do niedoszacowania (z czym Odwołujący się nie zgadza) to koszty w tym zakresie będą mogły zostać pokryte z zakładanej rezerwy oraz ryzyku (ok. 1 mln złotych)."

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum B-Act jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) powtórzenia czynności badania oraz oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Pismem z dnia 23.05.2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: B-Act S.A., ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz oraz Transprojekt Gdański sp. z o.o., ul. Zabytkowa 2, 80-253 Gdańsk (dalej: „Przystępujący”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 07.06.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego odrzucenie na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, ewentualnie – o jego oddalenie. Pismem z dnia 10.06.2024 r. Przystępujący przedstawił swoją argumentację i również wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp. Pismem z dnia 24.06.2024r. Odwołujący ustosunkował się do odpowiedzi na odwołanie i argumentacji Przystępującego. Pismem z dnia 25.06.2024 r. Przystępujący przedstawił dalszą argumentację.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: „Projekt i budowa obwodnicy Kamienia Krajeńskiego w ciągu drogi krajowej nr 25 na odcinku od km 81+100 do km 84+405” oraz „Projekt i budowa obwodnicy Sępólna Krajeńskiego w ciągu drogi krajowej nr 25 na odcinku od km 90+540 do km 96+317”.

Odwołujący złożył ofertę z ceną 6.497.007,60 zł brutto, czyli niższą o ok. 16% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz ok. 21% od średniej arytmetycznej ofert.

Odwołujący złożył Formularz cenowy, w którym wskazał m.in.:

L.p.	Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych	Jednostka czasu/ ilości/ rozliczenia	Liczba jednostek	Cena jednostkowa netto w PLN	Wartość netto w PLN
1.5	Personel biurowy	miesiąc	46	9 400,00	432 400,00
2.1.1	Inżynier Kontraktu	Dniówka	1 201	300,00	360 300,00
2.1.5	Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej	Dniówka	812	300,00	243 600,00
4.5.	Personel biurowy (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.5)	miesiąc	15	4 700,00	70 500,00

Pismem z dnia 02.02.2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty, w szczególności:

- 1) w zakresie Personelu Biurowego z poz. 1.5. i z poz. 4.5. Formularza Cenowego Zamawiający pytał o ujęcie wszystkich kosztów dla wskazanych osób i uwzględnienie Rozporządzenia w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. oraz żądał przedstawienia „kalkulacji szczegółowej i wyjaśnienie sposobu wyceny oraz wskazanie czy i w jaki sposób oferta Wykonawcy w przedmiotowym zakresie uwzględnia wszystkie koszty wynikające z wymagań zawartych w SWZ, w tym również wymagane przepisami prawa koszty podatkowe, składkowe, koszty zastępstw podczas nieobecności pracowników lub ich urlopów, koszty pozapłacowe itp.”
- 2) w zakresie Inżyniera Kontraktu z poz. 2.1.1. i Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej z poz. 2.1.5. Formularza Cenowego Zamawiający pytał o uwzględnienie Rozporządzenia w sprawie wysokości minimalnego

wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. oraz żądał przedstawienia „kalkulacji szczegółowej i wyjaśnienie sposobu wyceny oraz wskazanie czy i w jaki sposób oferta Wykonawcy w przedmiotowym zakresie uwzględni wszystkie koszty wynikające z wymagań zawartych w SWZ, w tym również wymagane przepisami prawa koszty podatkowe, składkowe, koszty zastępstw podczas nieobecności pracowników lub ich urlopów, koszty pozapłacowe itp. Oraz wskazania, czy wysoko wyspecjalizowany Personel będzie pełnić usługę w przyjętych stawkach”.

Pismem z dnia 15.03.2024 r. Odwołujący udzielił wyjaśnień, do których dołączył dowody, w tym m.in. oświadczenia osób mających pełnić funkcje, o których mowa w poz. 1.5., 4.5., 2.1.1. i 2.1.5., w których:

- 1)w przypadku osób mających pełnić zadania Personelu biurowego wskazano, że deklarują wykonanie zadań za 4.300,00 zł brutto w pełnym wymiarze godzin oraz że posiadają lekki stopień niepełnosprawności,
- 2)w przypadku Inżyniera Kontraktu i Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej wskazano, że deklarują wykonanie zadań za 280 zł netto za dniówkę oraz że: „W ramach ustalonej ceny ujęto:

Koszty pracy, w tym pracy w godzinach nadliczbowych

Koszty dojazdów

Koszty połączeń telefonicznych

Koszty badań lekarskich

Koszty wyposażenia BHP

Koszty pozostałe mające wpływ na cenę oferty”.

Pismem z dnia 07.05.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

„Wykonawca złożył wyjaśnienia, że zatrudni osoby niepełnosprawne, co – dzięki dofinansowaniu z PFRON pozwoli obniżyć koszty zatrudnienia. Dowody w tym zakresie powinny być złożone wraz z wyjaśnieniami ceny. Wykonawca do wyjaśnień ceny nie załączył żadnych dowodów w tym zakresie, ograniczając się do gołosłownych i ogólnikowych stwierdzeń. Wykonawca poinformował, że „przewiduje skorzystanie z dofinansowania do zatrudnienia pracownika z lekkim stopniem niepełnosprawności w wysokości 500 zł/miesiąc z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób niepełnosprawnych”. Zauważyć jednakże należy, że brak dalszych dowodów, że „przewidywanie” Wykonawcy jest w jakimkolwiek stopniu uprawdopodobnione. (...)

Odnosnie pozostałych kosztów, które jako pracodawca wykonawca będzie musiał ponieść –

wykonawca stwierdził, że: „Wykonawca nie jest zobowiązany do wliczania w cenę oferty dodatkowych kosztów z tego tytułu”, a koszty wyposażenia stanowiska i bhp zostały uwzględnione w pozycji 1.1 Formularza Cenowego. Po pierwsze przeniesienie jakichkolwiek kosztów w inną pozycję rozliczeniową Formularza Cenowego jest wprost niezgodne z wymaganiami Zamawiającego – patrz IDW, punkt 17.3 oraz FC, Uwagi Zamawiającego, punkt 1.2. (...) Po drugie koszty takie powstaną i powinny zostać uwzględnione w cenie oferty. (...)

Przedstawiona zaś została kalkulacja szczegółowa oferty, w której wykonawca wykazał, że zysk z realizacji umowy został skalkulowany w ofercie na niezwykle niskim poziomie 1,5%. Taki poziom zysku jest niewiarygodnie niski, a dodatkowo miałby być on dzielony na 2 podmioty tworzące konsorcjum. Założenie takiego zysku jest sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego, a skalkulowanie przez wykonawcę zysku na tak niezwykle niskim poziomie, zamawiający uznaje jako działanie na własną szkodę, w celu wyeliminowania konkurentów (pozostałych oferentów). Jeżeli zysk stanowi kwotę netto 80.044,27 zł netto obliczony na 46 miesięcy + 15 miesięcy, to w rozbiu na 1 miesiąc wykonawca skalkulował jako zysk kwotę netto 1.312,20 zł, przysługującą obydwu konsorcjantom, czyli Wykonawca praktycznie nie osiąga z realizacji usługi żadnego zysku. (...)

Wykonawca nie wziął w ogóle pod uwagę tego, że wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu musi być adekwatne do zakresu obowiązków na danym stanowisku pracy i odpowiedzialności związanej z pełnioną funkcją, a to jednocześnie przekłada się na cenę całej oferty. (...) Cena jest ceną rynkową, gdy w danej branży na danym rynku (lokalnym) jest obiektywnie osiągalna. Ponadto, biorąc pod uwagę doświadczenie życiowe, zamawiający stwierdza, że osoby z wyższym wykształceniem i odpowiednim doświadczeniem oczekują wyższego wynagrodzenia niż tylko wynagrodzenie powyżej minimalnego wynagrodzenia za pracę. (...)

Wg zaoferowanych stawek Inżynier Kontraktu i Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej otrzymaliby kwotę za godzinę pracy 35,00 zł a za cały dzień pracy 280,00 zł. Zakładając pracę 21 dni w miesiącu w ilości nie mniej niż 8 godzin, Inżynier Kontraktu i Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej otrzymaliby wynagrodzenie 5 880,00 zł, przy czym zgodnie z oświadczeniami obydwu osób, w cenie zawierają się:

. koszty pracy, w tym pracy w godzinach nadliczbowych

. koszty dojazdów

- . koszty połączeń telefonicznych
- . koszty badań lekarskich
- . koszty wyposażenia BHP
- . koszty pozostałe mające wpływ na cenę oferty

(...) Już tylko na marginesie należy zauważyć, że kalkulacja cenowa wykonawcy, w której zarówno Inżynier Kontraktu, jak i Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej mają otrzymywać te samo wynagrodzenie, jest zdaniem zamawiającego nierynkowa i nierealna. (...)”

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności 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 kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, zgodnie z którym odwołanie podlega odrzuceniu z uwagi na podpisanie go przez osobę, której pełnomocnictwa udzieliła Pani P.M., niefigurująca w informacji z KRS spółki Prokom Consulting.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Izbie odwołanie wyłącznie z pełnomocnictwem, na podstawie którego spółka Biuro Inżynierskie Via Regia upoważniła spółkę Prokom Consulting do pełnienia funkcji pełnomocnika konsorcjum. W związku z tym w dniu 28.05.2024 r. Prezes Izby wezwał Odwołującego do uzupełnienia właściwego w sprawie pełnomocnictwa. W dniu 31.05.2024 r. Odwołujący uzupełnił pełnomocnictwo z dnia 13.05.2024 r. podpisane przez Panią.A. i udzielone dwóm osobom, w tym osobie podpisującej odwołanie. Jednocześnie Odwołujący dołączył m.in.:

- uchwałę nr 1 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników z dnia 30.04.2024 r. o powołaniu p.A. z tym samym dniem na funkcję Prezesa Zarządu spółki Prokom Consulting,
- protokół Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników z dnia 30.04.2024 r. w tej samej sprawie,
- oświadczenie p.G. z dnia 30.04.2024 r. o rezygnacji z funkcji Prezesa Zarządu spółki Prokom Consulting,
- oświadczenie p.A. z dnia 30.04.2024 r. o wyrażeniu zgody na powołanie do pełnienia funkcji Prezesa Zarządu spółki Prokom Consulting.

Izba stwierdziła, że ww. dokumenty potwierdzają, że odwołanie zostało podpisane przez osobę uprawnioną do tego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez Panią.A., zatem nie zachodzi podstawa odrzucenia odwołania w oparciu o art. 528 pkt 2 ustawy Pzp.

Przechodząc zatem do zarzutów odwołania, należy w pierwszej kolejności wskazać, że zgodnie z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaofferowana 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.
5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie zaś z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W niniejszej sprawie przede wszystkim należy zauważyć, że zamawiający dokonujący czynności odrzucenia oferty z którejkolwiek podstawy prawnej przewidzianej w ustawie Pzp musi wykazać zasadność tej czynności, czyli przedstawić okoliczności faktyczne w sposób adekwatny wypełniające normę przepisu stanowiącego podstawę odrzucenia. Zamawiający nie może się przy tym opierać np. na przypuszczeniach i związanych z nimi obawach, ale powołując się na konkretne okoliczności musi dowieść ziszczenia się danej przesłanki. Dotyczy to także przesłanek odrzucenia oferty odnoszących się do rażąco niskiej ceny. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, co oznacza, że dokonując tej czynności musiał wykazać, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, czyli cenę nierealną, za którą niemożliwe jest należyte wykonanie zamówienia. Przy tak określonej podstawie prawnej nie jest zatem wystarczające

wskazanie braków czy nieścisłości, z powodu których złożone przez wykonawcę wyjaśnienia lub dowody nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, gdyż takie działanie Zamawiającego odpowiadałoby normie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, na którą Zamawiający się w niniejszym postępowaniu nie powołał. Wskazując w uzasadnieniu odrzucenia oferty wyłącznie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający podjął się zatem obowiązku wykazania, że cena oferty Odwołującego jest oderwana od realiów rynkowych i nie da się za nią wykonać zamówienia w sposób prawidłowy.

Kolejną kwestią wymagającą podkreślenia jest to, że Izba rozpoznając odwołanie nie może rozważać zasadności odrzucenia oferty wykonawcy z powodów, które nie zostały wskazane przez zamawiającego w piśmie informującym o odrzuceniu. Izba rozpoznaje odwołanie w przypadkach, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp, a zgodnie z tym przepisem odwołanie przysługuje na czynność bądź zaniechanie zamawiającego. Zakres czynności odrzucenia oferty jest określony poprzez wskazanie przez zamawiającego podstawy prawnej i faktycznej odrzucenia. Zatem tylko w takim zakresie, w jakim czynność ta została dokonana (i w zakresie postawionych zarzutów – art. 555 ustawy Pzp) Izba może dokonać oceny zgodności tejże czynności z przepisami ustawy Pzp. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15.07.2011 r. sygn. akt XXIII Ga 416/11, w którym Sąd stwierdził: *Z punktu widzenia zamawiającego oznacza to, że nie może on zmieniać ani rozszerzać podstaw faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez zamawiającego po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowania zamawiającego, polegającego na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej, czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te, aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych".* Ww. wyrok został wydany w oparciu o przepisy poprzednio obowiązującej ustawy Pzp z dnia 29.01.2004 r. i dotyczy czynności wykluczenia, ale nie ma to znaczenia dla omawianej kwestii i związanej z nią uniwersalnej zasady równości stron w kontradiktoryjnym postępowaniu odwoławczym, z której to zasady wynika brak dopuszczalności rozszerzania w toku postępowania odwoławczego podstaw faktycznych (i prawnych) odrzucenia oferty, a w konsekwencji – brak dopuszczalności rozpoznawania przez Izbę podstaw odrzucenia oferty nie zawartych przez Zamawiającego w uzasadnieniu jej odrzucenia.

W związku z powyższym należy wskazać, jakie podstawy faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego zostały przez Zamawiającego opisane w piśmie z dnia 07.05.2024 r. i jak Izba oceniła ich zasadność w świetle art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

1)W pkt I dotyczącym pozycji 1.5. Formularza Cenowego „Personel biurowy” Zamawiający wskazał, że *oczekiwał na przedstawienie kalkulacji szczegółowej i wyjaśnienie sposobu wyceny oraz wskazanie czy i w jaki sposób oferta Wykonawcy w przedmiotowym zakresie uwzględnia wszystkie koszty wynikające z wymagań zawartych w SWZ, w tym również wymagane przepisami prawa koszty podatkowe, składkowe, koszty zastępstwa podczas nieobecności pracownika lub jego urlopu, koszty pozapłacowe itp. oraz wskazania, czy wysoko wyspecjalizowany Personel będzie pełnić usługę w przyjętych stawkach*". Pomijając, że nie można zaliczyć Personelu biurowego do personelu wysoko wyspecjalizowanego, przede wszystkim należy zauważyć, że Odwołujący przedłożył kalkulację szczegółową w postaci załącznika nr 28 do wyjaśnień, jak też wskazał na str. 11 wyjaśnień koszty ponoszone przez pracodawcę przy wynagrodzeniu w wysokości 4.300,00 zł brutto, czyli wynagrodzeniu, na jakie zgodziły się osoby mające wykonywać zadania Personelu biurowego. Oświadczenia ww. osób zostały także załączone do wyjaśnień (załączniki nr 16 i 17) na potwierdzenie gotowości podjęcia przez nie pracy za ww. stawkę. Jednocześnie, poza wskazaniem swoich oczekiwań, Zamawiający nie wyjaśnił, które dane zawarte w kalkulacji szczegółowej (zał. nr 28) i dlaczego potwierdzają nierealność ceny oferty i niemożność wykonania za nią należycie zamówienia.

2)W pkt I dotyczącym pozycji 1.5. Formularza Cenowego „Personel biurowy” Zamawiający wskazał też, że Odwołujący nie złożył dowodów na to, że w zakresie wynagrodzeń Personelu biurowego będzie mógł korzystać z dofinansowania z PFRON w wysokości 500 zł. W szczególności Zamawiający zwrócił uwagę, że kwota 500 zł jest kwotą maksymalną, a Odwołujący nie udowodnił, że przysługiwać mu będzie dofinansowanie w tej właśnie wysokości i nie przedstawił decyzji uprawniającej do uzyskania dofinansowania. W kwestii decyzji należy zgodzić się z Odwołującym, że skoro na dzień składania wyjaśnień wskazane w nich osoby nie są jeszcze przez niego zatrudnione (i nie było takiego wymogu w postępowaniu), to nie może on przedłożyć Zamawiającemu takich decyzji. Odnosząc się zaś do wysokości dofinansowania należy zwrócić uwagę, że z art. 26a ust. 1 pkt 3 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 44 ze zm.) wynika, iż pracodawcy

przysługuje ze środków Funduszu miesięczne dofinansowanie do wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego, o ile pracownik ten został ujęty w ewidencji zatrudnionych osób niepełnosprawnych, o której mowa w art. 26b ust. 1, w kwocie 500 zł - w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do lekkiego stopnia niepełnosprawności. Ww. ustawa nie przewiduje innej kwoty dofinansowania w przypadku osób z lekkim stopniem niepełnosprawności, choć rzeczywiście przewiduje szereg przypadków, gdy dofinansowanie w ogóle nie będzie przysługiwać. Jednakże Zamawiający nie kwestionował w uzasadnieniu pisma z dnia 07.05.2024 r. tego, że Odwołujący w ogóle nie będzie mógł korzystać z dofinansowania, a jedynie brak złożenia ww. decyzji i brak dowodów na maksymalną wysokość tego dofinansowania. Tymczasem, jak już wyżej wskazano, jeżeli Odwołujący spełni wymogi formalne, dofinansowanie będzie musiało być mu przyznane w kwocie 500 zł.

3) Następnie Zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że Odwołujący nie uwzględnił w kalkulacji szczegółowej kosztów wyposażenia stanowiska i bhp oraz że w myśl pkt 17.3. IDW i pkt 1.2. Uwag zamieszczonych na końcu Formularza Cenowego zakazane jest przenoszenie kosztów do innych pozycji Formularza Cenowego, w tym do pozycji 1.1. Należy jednak zauważyć, że Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach, że koszty te ujął właśnie w pozycji 1.1. Formularza Cenowego dotyczącej Biura Konsultanta. Zarówno Zamawiający jak i Odwołujący powołują się na te same Uwagi z pkt 1 Formularza Cenowego o treści: „1. Dział obejmuje całość kosztów administracyjnych związanych z prawidłową realizacją Usługi zgodnie z Umową i OPZ. 2. Pozycja „Personel biurowy” obejmuje całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta”, ale bez względu na to, jak je rozumieć, nie można twierdzić, że Odwołujący w ogóle nie ujął tych kosztów, a co najwyżej – że ujął je w niewłaściwej (zdaniem Zamawiającego) pozycji. Taka sytuacja nie stanowi jednak powodu odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, ale ewentualnie może prowadzić do rozważenia zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, która to podstawa prawna nie została wskazana przez Zamawiającego w piśmie z dnia 07.05.2024 r.

4) W dalszej części uzasadnienia z dnia 07.05.2024 r. Zamawiający wskazał, że „zysk z realizacji umowy został skalkulowany w ofercie na niezwykle niskim poziomie 1,5%. Taki poziom zysku jest niewiarygodnie niski, a dodatkowo miałby być on dzielony na 2 podmioty tworzące konsorcjum. Założenie takiego zysku jest sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego (...) Jeżeli zysk stanowi kwotę netto 80.044,27 zł netto obliczony na 46 miesięcy + 15 miesięcy, to w rozbiciu na 1 miesiąc wykonawca skalkulował jako zysk kwotę netto 1.312,20 zł, przysługującą obydwu konsorcjantom, czyli Wykonawca praktycznie nie osiąga z realizacji usługi żadnego zysku”. Jednocześnie sam Zamawiający wskazał dalej, że: „Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku”. Odwołujący zamierza jednak osiągnąć zysk i skalkulował go w określonej, choć bardzo niskiej kwocie, zatem nie można twierdzić, że w ogóle „nie wypracowuje on zysku”.

5) Wreszcie w pkt 2 odnośnie pozycji 2.1.1. i 2.1.5. Formularza Cenowego dotyczących Inżyniera Kontraktu i Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej Zamawiający wskazał, że „biorąc pod uwagę doświadczenie życiowe, zamawiający stwierdza, że osoby z wyższym wykształceniem i odpowiednim doświadczeniem oczekują wyższego wynagrodzenia niż tylko wynagrodzenie powyżej minimalnego wynagrodzenia za pracę”. Zamawiający porównał stawki wynikające z Formularza Cenowego Odwołującego (300 zł za dzień) do własnych szacunków (odpowiednio 600 zł i 370 zł) oraz do kwot zawartych w Formularzach Cenowych innych wykonawców (średnia odpowiednio 615,55 zł i 422,61 zł), jak też zauważył, że z przewidzianych przez Odwołującego stawek osoby mające pełnić ww. funkcje muszą jeszcze same pokryć: koszty pracy, w tym godzin nadliczbowych, koszty dojazdów, koszty połączeń telefonicznych, koszty badań lekarskich, koszty wyposażenia bhp oraz „pozostałe” koszty. Zamawiający uznał też równe stawki dla Inżyniera Kontraktu i Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej za nierynkowe i nierealne wobec różnicy w zakresie zadań i odpowiedzialności tych osób. Zwrócił ponadto uwagę, że „abstrakcyjny” i „dyskwalifikujący” jest fakt, iż Inżynierem Kontraktu ma być osobiście prezes spółki Prokom Consulting i że świadczy to o tym, że wobec braku chętnych do pełnienia tej funkcji za tak niską stawkę musiał on sam się zgłosić, aby „ratować ofertę”, ale będzie to kolidować z wykonywaniem obowiązków Inżyniera Kontraktu.

Odnosząc się do ww. argumentów Zamawiającego w pierwszej kolejności należy wskazać, że Izba nie znalazła podstaw do odmówienia wiarygodności oświadczeniom złożonym przez osoby przewidziane do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu i Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, w których to oświadczeniach osoby te zgodziły się na pracę za stawkę 280 zł netto (w Formularzu Cenowym była stawka 300 zł) wraz z obowiązkiem samodzielnego ponoszenia ww. kosztów. Również Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty, poza powoływaniem się na doświadczenie życiowe, w żaden sposób nie wykazał, aby stawka ta była nierealna i nierynkowa. Dopiero w postępowaniu odwoławczym Zamawiający przedstawił wyciąg z Biuletynu Sekocenbud za I kwartał 2024r. pokazujący stawki dla ekspertów firm inżynierskich w celu wykazania poziomu obowiązujących na rynku wynagrodzeń, ale w stosunku do treści uzasadnienia z dnia 07.05.2024 r. jest to już działanie spóźnione. Izba

nie wyklucza też możliwości, by osoby mające pełnić ww. funkcje pracowały za taką samą stawkę w sytuacji, gdy Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej ma jednak pełnić nadzór nad branżą wiodącą w niniejszym zamówieniu. Nie ma też prawnego zakazu łączenia funkcji Inżyniera Kontraktu z funkcją prezesa spółki będącej wykonawcą (abstrahując od faktu, że w międzyczasie sytuacja ta stała się u Odwołującego nieaktualna). Natomiast kolidowanie zadań wykonywanych w ramach obu tych funkcji nie może być podstawą odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, ale ewentualnie może prowadzić do rozważenia zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, która to podstawa prawna nie została wskazana przez Zamawiającego w piśmie z dnia 07.05.2024 r.

Podsumowując zatem powyższe ustalenia raz jeszcze należy podkreślić, że Izba rozpoznaje zasadność odrzucenia oferty w świetle m.in. podstaw faktycznych wskazanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia. Izba nie może uwzględnić okoliczności faktycznych, które nie zostały w tym uzasadnieniu wskazane, jak np. brak dowodów na posiadanie lekkiego stopnia niepełnosprawności przez osoby przewidziane do wykonywania zadań Personelu biurowego, niemożność wykonywania przez te osoby ww. zadań z powodu ich stopnia niepełnosprawności i związanej w tym mniejszej dyspozycyjności, niemożność wykonywania przez te osoby ww. zadań z powodu ich miejsca zamieszkania lub obecnego zatrudnienia, kosztów transportu do zamawiającego i na teren budowy ponoszonych przez personel biurowy i obu specjalistów w związku z ich miejscem zamieszkania lub obecnego zatrudnienia, czy niemożność wykonywania zadań przez osobę wskazaną na Inżyniera Kontraktu z powodu wykonywania analogicznych zadań na inwestycji w Olkuszu. Wszystkie okoliczności faktyczne podnoszone przez Zamawiającego lub Przystępującego dopiero w postępowaniu odwoławczym muszą zostać przez Izbę pominięte, gdyż nie stanowiły podstawy odrzucenia oferty Odwołującego.

Podobnie wiążący charakter ma podstawa prawna powołana przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Zamawiający powołał się wyłącznie na art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, podczas gdy szereg podnoszonych przez niego w uzasadnieniu argumentów mogłoby ewentualnie stanowić uzasadnienie odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp lub art. 224 ust. 6 ustawy Pzp (przy czym uwaga ta ma charakter hipotetyczny, gdyż Izba nie oceniała wyjaśnień Odwołującego pod kątem tych przepisów, skoro nie zostały one wskazane przez Zamawiającego). Odnosząc się zwłaszcza do samej kwestii rażąco niskiej ceny raz jeszcze należy podkreślić, że czym innym jest uznanie, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody są niewystarczające i w związku z tym nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp), a czym innym jest wykazanie, że cena oferty rzeczywiście jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp). Zamawiający powołał się wyłącznie na art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, ale obowiązki wykazania, że cena jest nierealna i nie można za nią należycie wykonać przedmiotowego zamówienia, nie podołał. W szczególności wykazanie rażąco niskiej ceny oferty nie może opierać się na przypuszczeniach, doświadczeniu życiowym czy obawach wskazywanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 07.05.2024 r. i zgłaszanych też później na rozprawie. Izba rozumie przy tym, że różne okoliczności towarzyszące tej sprawie mogły budzić wątpliwości, ale może to być powodem ewentualnego wezwania wykonawcy do złożenia dalszych wyjaśnień lub dowodów, nie zaś powodem odrzucenia oferty zwłaszcza w oparciu wyłącznie o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W związku z tym Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba uznała następujące dowody za nie mające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 531 ustawy Pzp):

- złożone przez Odwołującego w dniu 10.06.2024 r. dwa formularze cenowe z dwóch innych postępowań, trzy wnioski o wypłatę miesięcznego dofinansowania do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych, umowa o pracę z 07.12.2023 r. zawarta ze spółką EM-Technik i dowody wpłat z PFRON na konto spółki Em-Technik – ponieważ dowody te nie dotyczą Odwołującego,
- dołączone przez Odwołującego do pisma z dnia 24.06.2024 r. opracowania własne w postaci porównania stawek wszystkich specjalistów w ofertach wszystkich wykonawców uczestniczących w tym postępowaniu i w postaci porównania stawek w ofercie Odwołującego i Przystępującego, ponieważ wyróżnione podobieństwa lub różnice tych stawek dotyczą innych specjalistów niż kwestionowani przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego,
- dołączona przez Przystępującego do pisma z dnia 25.06.2024 r. informacja od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie dotycząca inwestycji „Rozbudowa dk nr 94 na odcinku w Olkuszu”, ponieważ odnosi się do okoliczności nie będących powodem odrzucenia oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o §

7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).
Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca

.....

.....