

WYROK

Warszawa, dnia 26.03.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Piotr Kozłowski

Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZBM S.A. oraz Europrojekt Gdańsk S.A. z siedzibą lidera w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, GDDKiA Oddział w Olsztynie

przy udziale uczestników postępowania:

A.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B-Act S.A. oraz TRANSPROJEKT GDAŃSKI S z o.o. z siedzibą lidera w Bydgoszczy, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B.wykonawcy SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i 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) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

3.Zasądza od odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZBM S.A. oraz Europrojekt Gdańsk S.A. z siedzibą lidera w Warszawie na rzecz zamawiającego Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, GDDKiA Oddział w Olsztynie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

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

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, GDDKiA Oddział w Olsztynie, dalej jako „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: „Budowa drogi S16 Olsztyn (S51) – Ełk (S61), odcinek Olsztyn – Biskupiec (budowa drugiej jezdni), odcinek Barczewo – Biskupiec”, nr postępowania O/OL.D-3.2411.17.2023.

Wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 17 października 2023 r. pod numerem 2023/S 200-627454.

W dniu 11 marca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZBM S.A. oraz Europrojekt Gdańsk S.A. z siedzibą lidera w Warszawie, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.[zarzut główny] art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, poprzez wybór jako

najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty SGS, podczas gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia, a stwierdzone niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia nie mogą podlegać poprawieniu jako inne omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP;

2.[zarzut ewentualny] art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP, poprzez wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty SGS, podczas gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ przedstawione przez SGS w wyjaśnieniach ceny okoliczności potwierdzają, że nie będzie możliwe zrealizowanie zamówienia za stawki wynagrodzenia podane w ofercie.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz:

- 1.w przypadku uwzględnienia Zarzutu głównego – nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności poprawienia omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP w ofercie SGS i nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty SGS jako niezgodnej z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP,
- 2.w przypadku uwzględnienia Zarzutu ewentualnego – nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty SGS jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty, Odwołujący wskazywał, że niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia polega na tym, że SGS zaoferował Zamawiającemu na potrzeby realizacji zamówienia pojazd typu PICKUP, zamiast wymaganego przez Zamawiającego w treści SWZ pojazdu typu MINIVAN.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że kwestia konieczności zapewnienia pojazdu typu MINIVAN wywoływała kontrowersje wśród wykonawców już na etapie oczekiwania na oferty. Do tej kwestii zadano kilka pytań – w tym wprost pytanie dotyczące zmiany środka transportu na pojazd typu PICKUP – Zamawiający jednak konsekwentnie odmawiał zmiany postanowień SWZ w tym zakresie.

Odwołujący podkreślił, że SGS samowolnie zmodyfikował ww. formularz, wpisując w nim zamiast zawartego tam słowa „minivan”, słowo „Pickup”. Co ważne, nastąpiło to aż dwukrotnie, w dwóch odrębnych częściach Formularza cenowego Zamawiającego (poz. 1.4.2 oraz 4.3.2). Dodał również, że jest faktem powszechnie znanym, że pojazdy typu MINIVAN są całkowicie innym rodzajem pojazdów niż pojazdy typu PICKUP. Niestety, Zamawiający zamiast postąpić zgodnie z PZP i odrzucić ofertę SGS, postanowił w niedozwolony przez przepisy sposób „skorygować” ww. niezgodności w treści oferty SGS, wykorzystując do tego tryb z art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP.

W ocenie Odwołującego ww. czynność Zamawiającego jest wadliwa, ponieważ jednoznaczne niezgodności w treści oferty SGS z jednoznacznymi warunkami zamówienia, nie kwalifikowały się do poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP – nie zostały bowiem spełnione przesłanki, o których mowa w tym przepisie.

Przede wszystkim Odwołujący wskazał, że myłka charakteryzuje się tym, że jest działaniem niezamierzonym, przypadkowym. W przedmiotowym przypadku nie można uznać, że SGS przypadkowo zmienił dwie pozycje w Formularzu cenowym Zamawiającego.

Wręcz przeciwnie, zmiana treści tego formularza w aż dwóch pozycjach, zlokalizowanych w dwóch całkowicie różnych miejscach (na początku i na końcu formularza), jak również zdecydowane stanowisko Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 26 niedopuszczające

pojazdów typu PICKUP, wskazują, że nie można mówić o żadnym przypadku przy zastępowaniu słowa „minivan” słowem „PICKUP”. SGS samowolnie modyfikując Formularz cenowy Zamawiającego w dwóch pozycjach musiał mieć świadomość tego, że jest to działanie niezgodne z przepisami, jak również jaka sankcja spotka jego ofertę za takie działanie, tj. odrzucenie oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. SGS jako profesjonalista, wobec którego obowiązuje podwyższony miernik należytej staranności, musiał wiedzieć co robi i jaki skutek może pociągać za sobą takie działanie.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw, mających źródło w treści oferty SGS, aby stwierdzić, że SGS wpisując słowa „PICKUP” w dwóch pozycjach formularza cenowego w rzeczywistości chciał zaoferować całkowicie inny i dużo droższy typ pojazdu, tj. „MINIVAN”.

Należy podkreślić, że Zamawiający nie może zgadywać co mu zaoferowano lub wyręczać wykonawcy w złożeniu oświadczenia woli o prawidłowej treści. Jednocześnie na wolę zaoferowania przez SGS Zamawiającemu właśnie pojazdu typu PICKUP (czyli tak jak to wpisał), a nie MINIVAN, wskazuje bardzo niska cena, która została wskazana w pkt

1.3.2 i 4.3.2 formularza cenowego SGS, znacznie odbiegająca od wycen analogicznych pozycji w innych ofertach.

Niezależnie od ww. argumentów, warto zwrócić uwagę również na fakt, że wymiana korespondencji pomiędzy Zamawiającym a SGS w przedmiocie poprawienia niezgodności w treści oferty SGS w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, jest niczym innym niż zawoalowanymi negocjacjami.

Dodatkowo, jak wskazał Odwołujący, zastosowanie trybu z art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP oznaczało, że to SGS, a nie Zamawiający, decydował kto złoży najkorzystniejszą ofertę w Postępowaniu.

Najpierw SGS wiedząc jakie kontrowersje wiążą się z pojazdem typu MINIVAN wśród konkurencyjnych wykonawców (pytania do treści SWZ – sam ich nie zadawał), podejmuje decyzję, że wpisze w formularzu cenowym rozwiązanie dla siebie „bezpieczne” (zwłaszcza w świetle konieczności wniesienia wadium w wysokości 100.000,00 zł), tj. pojazd typu PICKUP. W najgorszym razie Zamawiający odrzuci jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP (i zwróci mu wadium), w najlepszym razie, Zamawiający nie zauważy tych modyfikacji na etapie Postępowania i na etapie realizacji zamówienia będzie musiał zaakceptować pojazd typu PICKUP.

Zamawiający, być może zaskakując SGS, podejmuje, niezgodnie z PZP, próbę „ratowania” sytuacji i poprawia niezgodności w ofercie SGS w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP. W takim przypadku zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 1 PZP SGS nie wyrażając zgody mógłby stracić wadium. Niemniej Zamawiający daje szansę SGS, aby ten „wyraził zgodę” bez żadnych konsekwencji na poprawę niezgodności w swojej ofercie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, łącząc w tym samym piśmie (z dnia 14 grudnia 2023 r.) dwie całkowicie odrębne kwestie, tj. wezwanie do wyjaśnienia ceny z art. 224 ust. 1 PZP i zawiadomienie o poprawieniu niezgodności w treści oferty SGS (w obu przypadkach wyznaczył SGS taki sam termin na odpowiedź, tj. 22 grudnia 2023 r.). W takiej sytuacji SGS nie odpowiadając na wezwanie z art. 224 ust. 1 PZP, nie straciłby wadium, ponieważ zostanie mu zwrócone w związku z odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP.

Jak kontynuował Odwołujący, SGS analizuje sytuację, w szczególności uwzględnia fakt, że zaoferował najniższą cenę i przy zdobyciu maksymalnej liczby punktów w pozostałych kryteriach oceny ofert, może zająć pierwsze miejsce w rankingu oceny ofert. SGS decyduje się na złożenie wyjaśnień i wyrażenie zgody na poprawienie niezgodności w treści jego oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP (co czyni w dniu 20 grudnia 2023 r.). Jednocześnie SGS akceptuje fakt, że będzie musiał de facto dać Zamawiającemu nieplanowany wcześniej „rabat”, bo w ofercie uwzględnił wycenę pojazdu takiego, jaki zaoferował w formularzu cenowym (tańszego, typu PICKUP), natomiast będzie musiał dopłacić „z własnej kieszeni” do pojazdu droższego, typu MINIVAN. Teraz wobec szansy wygranej w przetargu (wszak SGS zna już oferty konkurencji), decyduje się skorzystać z „szansy”, którą dał mu Zamawiający. Z perspektywy Zamawiającego jest to rozwiązanie generujące dodatkowe oszczędności, bo koszt drogiego pojazdu typu MINIVAN pokryłby w znacznej mierze SGS, a nie Zamawiający (Zamawiający za cenę PICKUPA otrzyma MINIVANA). Natomiast jest to rozwiązanie niezgodne z PZP, rażąco naruszające zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, de facto wypaczające wynik Postępowania.

Mając na uwadze powyższe, to SGS, a nie Zamawiający (w oparciu o dokumenty zamówienia i treść otrzymanych ofert, w tym SGS i Odwołującego), po upływie terminu składania ofert, mimo wniesienia wadium, do końca decydował kto wygra Postępowanie.

W zakresie zarzutu ewentualnego Odwołujący wskazał, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia ceny, składane przez SGS w trybie art. 224 ust. 1 PZP. Tym samym oferta SGS, jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w pkt 1.6 i 4.4 formularza cenowego, powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP. W ocenie Odwołującego przywoływana w treści wszystkich wyjaśnień SGS okoliczność przewidywanej redukcji wpłaty SGS (zwanej również „składką” w wyjaśnieniach SGS) na Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, dalej „PFRON”, nie może być brana pod uwagę przez Zamawiającego jako argument za realnością cen zaoferowanych w pkt 1.6 i 4.4 formularza cenowego SGS.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób nieprawidłowy zaakceptował fakt, że SGS w redukcji wpłaty na PFRON upatruje źródła dodatkowego wynagrodzenia danej osoby wskazanej w pkt 1.6 i 4.4 formularza cenowego.

Powyższe wynika z samego charakteru wpłaty na PFRON, jako obciążenia nakładanego na każdego wykonawcę zatrudniającego powyżej 25 pracowników, a nie wiążącej się z wpływem dodatkowych środków finansowych na konto wykonawcy z tytułu zatrudnienia danej osoby (tak jak jest w przypadku np. dofinansowania do wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego z PFRON, o której więcej w dalszej części).

Z wyjaśnień SGS wynika wyłącznie to, że planuje osiągnąć redukcję wpłaty na PFRON, natomiast w żaden sposób nie wyjaśnia, jakie konkretnie pieniądze i przede wszystkim skąd pochodzące, otrzymają osoby, o których mowa w pkt 1.6 i

4.4 formularza cenowego SGS.

W ocenie Odwołującego, SGS mógłby wskazać PFRON jako źródło potencjalnych środków finansowych uzupełniających wskazane w pkt 1.6 i 4.4 formularza cenowego niższe stawki wynagrodzenia pracowników, ale wyłącznie w sytuacji, gdyby otrzymywał dofinansowanie do wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego, w rozumieniu art. 26a ustawy o zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Są to konkretne środki finansowe, które wpływają z PFRON do pracodawcy i są powiązane z konkretną zatrudnioną u niego osobą niepełnosprawną.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 22 marca 2024 r. stanowisko w sprawie zajął Zamawiający, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zdaniem Zamawiającego czynności przez niego podjęte były prawidłowe. Miały one oparcie zarówno w przepisach ustawy Pzp, jak i w stanie faktycznym zaistniałym w postępowaniu. Zamawiający zwrócił uwagę na zapisy OPZ, zgodnie z którymi konsultant może użyć samochód nowy bądź używany, jednak nie starszy niż czteroletni. W konsekwencji każdy Wykonawca ma prawo, w zależności od przyjętych przez siebie założeń, zaoferować samochód nowy lub używany.

Dalej Zamawiający wskazał, że każdy z Wykonawców, którzy zadawali pytania złożył ofertę, w której zobowiązał się do dostarczenia pojazdu typu minivan. Ma to miejsce pomimo tego, że wymagania Zamawiającego były rzekomo dość wygórowane i mało realne do spełnienia (tak w pytaniu nr 5), czy też jest ograniczona dostępność samochodów typu minivan spełniających wymagania zamówienia (tak w pytaniu nr 26).

Na etapie badania i oceny ofert GDDKiA ustaliła, że FC złożony przez SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej SGS) różni się w opisie dwóch pozycji w stosunku do „wzorcowego” FC przekazanego przez Zamawiającego. W poz. 1.4.2 oraz poz. 4.3.2 zamiast określenia „minivan” pojawiło się określenie „Pickup”. Niezgodność taka – wbrew temu co pisze Odwołujący – jest bardzo łatwa do wykrycia. Zamawiający nie musiał wykazywać się w tym zakresie szczególną starannością. Wystarczyło proste porównanie treści FC załączonego do dokumentacji zamówienia z treścią FC złożonego przez SGS.

Zamawiający oceniając niezgodność w FC złożonym przez SGS nie miał żadnych wątpliwości, że ma do czynienia z tzw. inną omyłką, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jest to wręcz książkowy przykład sytuacji, w której zastosowanie powinien mieć przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający dodał, że Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, a nawet nie uprawdopodobnił, że zamiarem SGS było złożenie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia. Konsorcjum ZBM prezentuje jedynie swoją – oczywiście niekorzystną dla SGS – interpretację dokumentów i okoliczności jakie miały miejsce w postępowaniu.

Dalej Zamawiający podkreślił, że nie ma żadnych racjonalnych argumentów przemawiających za tym, że SGS celowo zamienił słowo „minivan” na „pickup”. W pkt 1 formularza ofertowego SGS oświadczył, że składa ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia dla niniejszego postępowania. Cena zaoferowana przez SGS w pkt 1.3.2 i 4.3.2 Formularza Cenowego nie odbiega od cen zaoferowanych przez innych oferentów (analiza w tym zakresie w pkt I.13. poniżej). Należy także wskazać, że postępowanie, w którym złożono odwołanie dotyczy usługi nadzoru o wartości przekraczającej 13 mln zł brutto (GDDKiA zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 13.426.679,29 zł). Wykonawcy składający ofertę są firmami wyspecjalizowanymi w świadczeniu tego typu usług. Trudno zatem przyjąć, że SGS z premedytacją złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia i to jeszcze poprzez tak oczywistą oraz widoczną na pierwszy rzut oka niezgodność.

Zamawiający dodał, powołując się na inne równoległe prowadzone postępowanie o podobnym zakresie, że różnica pomiędzy kosztem pojazdów typu minivan i SUV oraz pickup i SUV w całym 60-miesięcznym okresie realizacji zamówienia wynosi zaledwie 28.764,57 zł (czyli 479,41 zł miesięcznie). Narracja Odwołującego jakoby koszt zapewnienia pojazdu typu minivan był znacznie wyższy od pojazdu typu pickup nie ma oparcia w faktach.

Konsorcjum ZBM czyni Zamawiającemu zarzut, że skorzystał on z obligatoryjnego przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i dodatkowo o fakcie poprawienia innej omyłki poinformował SGS wzywając do wyrażenia zgody na jej poprawienie lub przekazania informacji o zakwestionowaniu przyjętego przez GDDKiA sposobu jej poprawienia. Wydaje się, że Odwołujący pominął, przepis art. 223 ust. 3 ustawy Pzp zgodnie z którym w przypadku zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający wyznacza wykonawcy (w którego ofercie poprawiono inną omyłkę) odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.

Poprawienie omyłki z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odbywa się niezależnie od tego, czy w wyniku takiego działania zmieni się ranking ofert, czy też nie. Ostateczną decyzję co do czynności poprawienia omyłki, przepisy ustawy Pzp (art.

223 ust. 3) pozostawiają wykonawcy, którego oferta jest poprawiana. Tym samym taka decyzja wykonawcy może w wielu przypadkach przesądzić o wyniku postępowania. Jest to jednak naturalna konsekwencja ukształtowania przepisów ustawy Pzp. Nie można zatem – jak czyni to Odwołujący – doszukiwać się w takim działaniu naruszenia norm ustawy Pzp.

Podsumowując argumentację w zakresie braku naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający stwierdził, że:

- omyłka popełniona przez SGS w FC nie była wynikiem celowego działania;
- Zamawiający samodzielnie, bazując na dokumentach zamówienia, był w stanie ustalić prawidłowy sposób poprawienia omyłki;
- poprawienie omyłki przez Zamawiającego w odniesieniu do całości zaoferowanego przez SGS świadczenia (wykonania usługi nadzoru) nie spowodowało istotnych zmian w treści oferty.

W zakresie zarzutu ewentualnego Zamawiający wskazał, że Wyjaśnienia SGS w zakresie poz. 1.6 oraz poz. 4.4 FC są szczegółowe i wewnętrznie spójne, a tym samym przekonujące.

SGS w swoich wyjaśnieniach dotyczących poz. 1.6 FC wprost wskazał, że koszty pracodawcy przy umowie o pracę dla osoby pełnosprawnej to 5.245,14 zł. Jednocześnie preferencyjne okoliczności związane z zatrudnieniem osób niepełnosprawnych powodują obniżenie tych kosztów o 2.847,84 zł. Tym samym realny koszt ponoszony przez SGS to 2.397,30 zł. Wyceniony w ofercie SGS koszt jednego miesiąca pracy personelu pomocniczego to 2.500 zł.

Wyjaśniając poz. 4.4 FC SGS powołał się na tożsamą argumentację jak przy poz. 1.6 FC. Oznacza to, że przyjęta w ofercie SGS miesięczna stawka (2.650 zł) również jest prawidłowa.

Konsorcjum ZBM w żadnym miejscu odwołania nie wykazuje, że stawka zaproponowana przez SGS jest nierealna lub niezgodna z przepisami dotyczącymi prawa pracy. Odwołujący nie wykazał, że jedynym argumentem w zakresie realności cen może być tylko dofinansowanie do wynagrodzenia pracownika. Zdaniem Zamawiającego redukcja wpłaty SGS na Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (dalej PFRON) może być brana pod uwagę jak argument za realnością cen zaoferowanych w pkt 1.6 i 4.4 Formularza Cenowego SGS14. Skoro SGS będzie wydatkował mniejszą kwotę na PFRON, to ma możliwość zaoferowania niższej ceny za wynagrodzenie pracownika.

Stanowisko Przystępującego po stronie Zamawiającego:

Pismem z dnia 21 marca 2024 r. stanowisko w sprawie zajął wykonawca SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawiając stosowną argumentację.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B-Act S.A. oraz TRANSPROJEKT GDAŃSKI S z o.o. z siedzibą lidera w Bydgoszczy, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego oraz
- 2) wykonawcę SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Wszystkie wymogi formalne związane z ww. przystąpieniami zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo strony oraz uczestnicy zgłaszali wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodów z dokumentów na okoliczności wskazywane przy ich składaniu. Izba postanowiła dopuścić wszystkie ww. wnioskowane dowody w poczet materiału dowodowego i przeprowadzić na ich podstawie dowody. W sytuacji, w której Izba opierała się na konkretnym dowodzie, znajdzie to wyraz w dalszej treści uzasadnienia orzeczenia.

Okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia sprawy:

Zgodnie z OPZ punkt 2.4 Środki transportu i łączności:

„Konsultant niniejszego zamówienia wyposaży swój personel w odpowiednią ilość środków transportu i łączności (telefony komórkowe), zapewniającą sprawne pełnienie Usługi.

W celu identyfikacji pojazdów samochody Konsultanta będą odpowiednio oznakowane i wyposażone w lampy ostrzegawcze.

W terminie do 14 dni od daty rozpoczęcia realizacji Usługi wyznaczonej poleceniem Kierownika Projektu Konsultant zapewni adres konta poczty elektronicznej wyłącznie na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia

Konsultant użyczy Zamawiającemu, 2 sztuki środków transportu do wyłącznej całodobowej dyspozycji Zamawiającego na czas określony poniżej:

1. samochód typu SUV– 14 dni od daty rozpoczęcia realizacji Usługi wyznaczonej poleceniem Kierownika Projektu do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności.

2. samochód typu minivan - na potrzeby Laboratorium Drogowego –14 dni od daty rozpoczęcia realizacji Usługi wyznaczonej poleceniem Kierownika Projektu do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności.

Konsultant zapewni Zamawiającemu ciągłość w korzystaniu ze środków transportu. W przypadku ujawnienia wady lub awarii Konsultant zapewni pojazd zastępczy w ciągu 24 godzin od zgłoszenia. Samochód zastępczy ma spełniać wymagania techniczne jak samochód podstawowy.

Środek transportu dla Zamawiającego będzie spełniać niżej wymienione warunki:

Parametry i wyposażenie pojazdu nie będą gorsze niż określone w poniższej tabeli

Lp.	Wyposażenie i parametry	SUV 4x4	Minivan
1	Napęd 4x4 (stały lub dołączany)	TAK	TAK
2	Układ stabilizacji toru jazdy (ESP)	TAK	TAK
3	System zapobiegający blokowaniu się kół podczas hamowania (ABS)	TAK	TAK
4	Lusterka zewnętrzne boczne podgrzewane sterowane elektrycznie	TAK	TAK
5	Minimum 2 poduszki powietrzne	TAK	TAK
6	Klimatyzacja	TAK	TAK
7	Radio z zestawem głośnomówiącym Bluetooth, z USB	TAK	TAK
8	Komplet podłogowych dywaników gumowych dla wszystkich pasażerów i kierowcy	TAK	TAK
9	Komplet opon zimowych i letnich zamontowanych na kołach + koło zapasowe	TAK	TAK
10	Wspomaganie układu kierowniczego	TAK	TAK
11	Regulowana kolumna kierownicy	TAK	TAK
12	Lampa błyskowa pomarańczowa na magnes z przedłużaczem (kogut LED)	TAK	TAK
13	Samochód z homologacją ciężarową (tzw. kratka)	Nie dopuszcza się	Nie dopuszcza się
14	Polskie Świadectwo homologacji	TAK	TAK
15	Wymagane prawem dokumenty i wyposażenie pojazdu umożliwiające jego rejestrację i poruszanie się po drogach publicznych (np. gaśnica, apteczka, 2 trójkąty dla pojazdu wyposażonego w hak holowniczy)	TAK	TAK
16	Silnik	wyklucza się zasilanie gazowe oraz napędy elektryczne ładowane z sieci	wyklucza się zasilanie gazowe oraz napędy elektryczne ładowane z sieci
17	Ilość osób z kierowcą (min.)	5	5

18	Gniazdo zapalniczki 12 V	TAK	TAK
----	--------------------------	-----	-----

Wymaga się aby użyzione samochody posiadały ważny przegląd techniczny i ubezpieczenie OC, AC, NNW i Assistance. Wymagane jest aby Konsultant zapewnił obsługę związaną z eksploatacją użytych samochodów (usługi eksploatacyjne) oraz ponosił koszty eksploatacji tj. paliwa (rozliczanie bezgotówkowe), płynów, materiałów eksploatacyjnych, bieżących napraw, przeglądów technicznych, sezonowej wymiany opon, przechowywania opon, przedłużania ubezpieczenia, mycia samochodów cztery razy w miesiącu (dwa razy w miesiącu w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności), sprzątnięcia wnętrza samochodów raz w miesiącu, abonamentów na korzystanie z miejsc postojowych w strefie płatnego parkowania w Olsztynie dla dwóch sztuk środków transportu. Wymaga się aby Konsultant zapewnił samochód zastępczy na czas naprawy i przeglądu o parametrach i wyposażeniu nie gorszym niż określone w powyższej tabeli.

Zamawiający zwróci samochody Konsultantowi niezwłocznie po wystawieniu Ostatecznego Świadectwa Płatności.

Konsultant może użyć samochód nowy bądź używany, jednak nie starszy niż czteroletni (4 lata liczone od pierwszej rejestracji) i z przebiegiem nie większym niż 80 tys. km. Wiek i przebieg samochodu będą liczone/ustalane na dzień podpisania Umowy.

Konsultant będzie ponosił wszelkie koszty, za które otrzyma zapłatę zgodnie z poz. 1.4 oraz 4.4 Formularza Cenowego, związane z utrzymaniem, w tym dla SUV-a limit średnio 3000 kilometrów na miesiąc (średnio 2000 kilometrów na miesiąc w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności i dla minivan-a limit średnio 4000 kilometrów na miesiąc (średnio 3000 kilometrów na miesiąc w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności) naprawą, przeglądami, ubezpieczeniami w celu zapewnienia prawidłowego działania pojazdu. Poniesie również koszty materiałów i usług eksploatacyjnych wskazanych powyżej."

Zgodnie z punktem 16.5 SWZ: „Ofertę stanowi wypełnione Formularz „Oferta” oraz niżej wymienione wypełnione dokumenty:

- 1) Formularz cenowy (TOM IV SWZ);
- 2) Formularz „Kryteria pozacenowe”.

Zgodnie z punktem 17. 2 SWZ: „Formularz cenowy, o którym mowa w pkt. 17.1., należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu, a następnie wyliczyć cenę netto łącznie.

Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględniać wszystkie pozycje opisane w Formularzu cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza cenowego."

W udostępnionym wzorze formularza należało wypełnić m. in. następujące pozycje:

Pozycja 1.4.2: „Środek transportu Zamawiającego typu minivan” oraz

Pozycja 4.3.2: „Środek transportu Zamawiającego typu minivan (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.4)".

W formularzu cenowym złożonym przez Przystępującego wraz z ofertą wskazano m. in. następujące pozycje:

Pozycja 1.4.2: „Środek transportu Zamawiającego typu Pickup"

Pozycja 4.3.2: „Środek transportu Zamawiającego typu Pickup (cena jednostki czasu nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.4)".

Pismem z dnia 14 grudnia 2023 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego z wezwaniem do wyjaśnień ceny oferty. Wezwanie dotyczyło wyjaśnienia pozycji 1.6 Personel pomocniczy.

Zgodnie z treścią pisma:

„Istotne części składowe zaoferowanej przez Państwa ceny budzą nasze wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W Formularzu Cenowym w zakresie Działu 1 Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia – poz. 1.6 Personel pomocniczy Formularza Cenowego – podali Państwo cenę za 1 miesiąc wynoszącą 2.500 zł. Wskazana stawka budzi nasze wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia

zgodnie z wymaganiami określonymi w Opisie przedmiotu zamówienia oraz umowie. Mamy również wątpliwości, co do zgodności przyjętej stawki z przepisami obowiązującego rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r., które wejdzie w życie z dniem 1 stycznia 2024 r. W naszej ocenie we wskazanej pozycji, podano kwotę wynagrodzenia, niższą od narzuconych przywołanymi przepisami, minimalnych stawek.

Prosimy o przedstawienie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny w poz. 1.6 Formularza Cenowego w poniższym zakresie:

- 1) Wskazanie sposobu kalkulacji oferty w zakresie przyjętych kosztów wynagrodzenia osoby (osób) przewidzianej w ramach Personelu pomocniczego (rozbicie wynagrodzenia pracownika na kwotę brutto i koszty pracodawcy);
- 2) Wskazanie przyjętych na etapie kalkulacji oferty kosztów realizacji zamówienia w zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, w tym preferencyjnych okoliczności pracodawcy.

Zgodnie z pkt 2.1 Opisu przedmiotu zamówienia Konsultant w celu realizacji zamówienia zapewni odpowiedni Personel pomocniczy, tj. dla okresu projektowania oraz okresu wykonywania robót budowlanych min. 1 osobę niezbędną w czasie realizacji usługi.

Z § 13 ust. 4 umowy wynika natomiast, że zatrudnione na podstawie stosunku pracy mają być osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących Personel biurowy i pomocniczy, tj.: czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w pkt. 2.1. OPZ. Jednocześnie § 13 ust. 5 umowy wskazuje, że wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, przez okres świadczenia Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie stosunku pracy w wymiarze pełnego etatu. Konsultant zobowiązuje się przez cały okres świadczenia Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, utrzymywać ciągłość zatrudnienia w wymiarze pracy nie mniejszym niż wynikającym z niniejszej Umowy (dot. Personelu Biurowego oraz Personelu Pomocniczego)."

Wyżej wymienione pismo zawierało również drugą część zatytułowaną „Poprawienie omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp”. Zamawiający wskazał, że poprawił w ofercie Przystępującego inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, tj.:

1. W przedstawionym nam formularzu cenowym, w poz. 1.4.2 jest:

„Środek transportu Zamawiającego typu Pickup”

Poprawiamy na:

„Środek transportu Zamawiającego typu minivan”.

2. W przedstawionym nam formularzu cenowym, w poz. 4.3.2 jest:

„Środek transportu Zamawiającego typu Pickup (cena jednostki czasu nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.4)”.

Poprawiamy na:

„Środek transportu Zamawiającego typu minivan (cena jednostki czasu nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.4)”.

Zamawiający wyznaczył wykonawcy termin na wyrażenie zgody na poprawienie omyłki z zastrzeżeniem, że brak odpowiedzi uzna za wyrażenie zgody.

Pismem z dnia 19 grudnia 2023 r. Przystępujący przedłożył Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia ceny wraz z dowodami. Wskazał również, że wyraża zgodę na poprawienie omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w pozycji 1.4.2 oraz w pozycji 4.3.2 Formularza cenowego.

W dniu 15 stycznia 2024 r. Zamawiający skierował do Przystępującego kolejne wezwanie dotyczące wyjaśnień ceny. Zgodnie z treścią wezwania:

„W nawiązaniu do Państwa wyjaśnień złożonych nam w dniu 20 grudnia 2023r. prosimy o przedstawienie dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, wraz ze złożeniem dowodów na ich potwierdzenie, tj.:

W Formularzu Cenowym w zakresie Działu 1 Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia – poz. 1.6 Personel pomocniczy Formularza Cenowego – podali Państwo cenę za 1 miesiąc wynoszącą 2.500 zł. Prosimy o wyjaśnienie, czy w powyższej pozycji uwzględnili Państwo również koszty wyartykułowane

przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 9 (patrz pismo z dnia 10 listopada 2023r.; znak pisma: O/OL.D-3.2411.17.2023.1). Prosimy także o przedstawienie sposobu kalkulacji oferty w tym zakresie.”

Pismem z dnia 18 stycznia 2024 r. Przystępujący przedłożył Zamawiającemu odpowiedź na ww. wezwanie.

W dniu 24 stycznia 2024 r. Zamawiający po raz kolejny zwrócił się do Przystępującego z wezwaniem dotyczącym wyjaśnienia ceny jego oferty. Zgodnie z treścią wezwania:

„Istotne części składowe zaoferowanej przez Państwa ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą nasze wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Prosimy o przedstawienie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny Państwa oferty, tj. w zakresie Działu 4 Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności - poz. 4.4 Personel biurowy Formularza Cenowego – zaoferowana przez Państwa cena za 1 miesiąc wynosi 2 650,00 zł.

Wskazana stawka budzi nasze wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Opisie przedmiotu zamówienia oraz umowie. Mamy również wątpliwości, co do zgodności przyjętej stawki z przepisami obowiązującego rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r., które weszły w życie z dniem 1 stycznia 2024 r. W naszej ocenie we wskazanej pozycji, podano kwotę wynagrodzenia, niższą od narzuconych przywołanymi przepisami, minimalnych stawek.

Zgodnie z SWZ Konsultant w celu realizacji zamówienia zapewni odpowiedni Personel biurowy dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu (min. 1 osoba, np.: sekretariat, obsługa techniczno - administracyjna itp.), niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia. Konsultant powinien tak zorganizować pracę Personelu biurowego, aby uwzględnić godziny pracy określone w Umowie, postanowienia dotyczące godzin pracy zawarte w Warunkach Kontraktu na roboty, nad którymi sprawowany będzie nadzór oraz ryzyko związane z dostosowaniem pracy do potrzeb między innymi z rzeczywistym czasem pracy Wykonawcy Robót, dostosowaniem zakresu i intensywności prac w okresach zimowych itp. Personel biurowy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 8 – 16 na wszystkich etapach Kontraktu.

W ramach wyjaśnień prosimy o:

a) wskazanie sposobu kalkulacji oferty w zakresie przyjętych kosztów wynagrodzenia pracownika biurowego, dla poz. 4.4 Formularza Cenowego;

b) wskazanie przyjętych na etapie kalkulacji oferty kosztów realizacji zamówienia w zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, dla poz. 4.4 Formularza Cenowego;

c) wyjaśnienie, czy w pozycji 4.4 Formularza Cenowego uwzględnili Państwo również koszty wyartykułowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 9 (patrz pismo z dnia 10 listopada 2023r.; znak pisma: O/OL.D-3.2411.17.2023.1). Prosimy także o przedstawienie sposobu kalkulacji oferty w tym zakresie.”

Pismem z dnia 24 stycznia 2024 r. Przystępujący przedstawił Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia.

W dniu 28 lutego 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta Przystępującego – z punktacją na poziomie 100 pkt.

Oferta Odwołującego uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert z punktacją na poziomie 99,97 pkt.

Uzasadnienie prawne:

Żarzut nr 1:

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Dla zastosowania ww. przepisu muszą zostać więc spełnione następujące przesłanki:

- 1) Błąd w ofercie musi mieć charakter omyłki – czyli działania niezamierzonego,
- 2) Omyłka musi polegać na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia oraz
- 3) Poprawienie omyłki nie może prowadzić do istotnych zmian w treści oferty.

Dalej należy wskazać, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy PZP strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Powyższe oznacza tyle, że rolą stron, między którymi toczy się spór jest wykazanie swoich racji i obrona prezentowanych stanowisk, a zatem udowodnienie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Jest to rozwinięcie ogólnej zasady wyrażonej w Kodeksie cywilnym, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (art. 6).

Powyższe oznacza, że w niniejszej sprawie odwoławczej to rolą Odwołującego było wykazanie, że Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, gdyż z tego twierdzenia Odwołujący wywodził obowiązek odrzucenia oferty Przystępującego. Rolą Izby była więc ocena przedstawianej przez Odwołującego argumentacji w kontekście zaistnienia przesłanek, o których mowa w ww. przepisie.

W niniejszej sprawie nie ulega wątpliwości, że błąd w ofercie Przystępującego polega na niezgodności treści jego oferty z dokumentami zamówienia. Zamawiający w OPZ wymagał bowiem użyczenia mu środka transportu typu minivan, w sytuacji gdy Przystępujący zaoferował środek transportu typu Pickup. Sprzeczność treści oferty z dokumentami zamówienia jest więc łatwa do uchwycenia. Spełniona została zatem przesłanka nr 2.

Dla zastosowania ww. przepisu koniecznym jest również by poprawienie błędu w ofercie nie prowadziło do istotnej zmiany jej treści. Odwołujący wywodził, że Przystępujący oferując w dwóch pozycjach formularza cenowego środek transportu typu Pickup w rzeczywistości chciał uniknąć zaoferowania całkowicie innego i dużo droższego typu pojazdu, tj. minivana. Wolę zaoferowania Zamawiającemu właśnie takiego pojazdu miała potwierdzać rzekomo bardzo niska cena wskazana w odpowiednich punktach formularza, która nie byłaby możliwa do osiągnięcia, gdyby zaoferowano zgodny z warunkami zamówienia środek transportu.

Wskazać jednak należy, że Odwołujący dokonał porównania cen spornych pozycji tylko między swoją ofertą i ofertą Odwołującego. Tymczasem biorąc pod uwagę również pozostałe ceny zaoferowane w postępowaniu, różnice te nie są aż tak duże. Stosowne porównanie w tym zakresie przedstawił Zamawiający. Wynika z niego, że w pozycji 1.4.2 taką samą cenę jak Przystępujący (4 500,00) zaoferował również wykonawca AECOM Polska. Niewiele większa cena znalazła się także w ofercie wykonawcy TPF (4 769,31) oraz INKO Consulting (5 000,00).

Z kolei w pozycji 4.3.2 niewiele wyższą stawkę od Przystępującego (2 250,00) zaoferował choćby wykonawca INKO Consulting (2 500,00), czy też sam Odwołujący (2 948,64). Nie jest więc tak, że różnice te są bardzo duże.

Co więcej, na zróżnicowanie zaoferowanych cen za środki transportu może bezpośrednio wpływać treść dokumentacji przetargowej. Wskazać bowiem należy, że w pkt 2.4 OPZ Zamawiający wprost wskazał, że dopuszcza samochód nowy bądź używany, jednak nie starszy niż czteroletni. Wykonawcy nie mieli w obowiązku wskazywać w treści formularza jakie konkretnie auto oferują. Możliwym jest więc, że niektórzy wykonawcy zaoferowali auta używane, a niektórzy nowe i z tego właśnie wynikają różnice w poszczególnych pozycjach formularza. Odwołujący nie zna założeń Przystępującego w tym zakresie więc wyciąganie wniosku, że niższa cena świadczy o tym, że na pewno skalkulował on w ofercie pojazd typu Pickup zamiast pojazdu typu minivan nie ma oparcia w rzeczywistości.

Co więcej Zamawiający wykazał, że różnica pomiędzy wycenianym przez wykonawców kosztem pojazdów typu minivan oraz pickup jest marginalna. Potwierdza to przykład z innego prowadzonego równolegle przez Zamawiającego postępowania na Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa drogi S16 Olsztyn (S51) – Elk (S61), odcinek Olsztyn – Biskupiec (budowa drugiej jezdni), odcinek Olsztyn Wschód – Barczewo.

Z przedstawionego przez Zamawiającego zestawienia wynika, że średnia arytmetyczna ze stawek przyjętych w 10 ofertach na środek transportu typu minivan wynosi odpowiednio w poszczególnych pozycjach 6 558,39 zł i 3 183,25 zł, przy kwotach rzędu 6 383,84 zł oraz 3 180,25 zł, jeśli chodzi o środek transportu typu Pickup.

Należy więc dojść do wniosku, że wbrew temu co twierdzi Odwołujący, wykonawcy są w stanie zaoferować użyczenie Zamawiającemu pojazdów typu minivan, a ich cena w sposób marginalny odbiega od pojazdu typu Pickup, których Zamawiający wymagał w innym prowadzonym przez siebie postępowaniu.

Zdaniem Izby powyższe prowadzi do wniosku, że poprawienie w ofercie Przystępującego zidentyfikowanych niezgodności nie prowadzi do wprowadzenia do jej treści istotnych zmian. W szczególności zaś wobec powyżej przytoczonych argumentów nie można zgodzić się z Odwołującym, że Przystępujący będzie musiał dać Zamawiającemu nieplanowany wcześniej „rabat”, bo w ofercie uwzględnił wycenę pojazdu takiego, jaki zaoferował w formularzu cenowym (tańszego, typu PICKUP), natomiast będzie musiał dopłacić „z własnej kieszeni” do pojazdu droższego, typu MINIVAN.

Trudno jest mówić również o jakichkolwiek negocjacjach pomiędzy Zamawiającym, a Przystępującym. Zamawiający

poinformował Przystępującego o poprawieniu w jego ofercie omyłki, wyznaczając mu termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Odwołujący taką zgodę wyraził. Z dokumentacji nie wynika by prowadzone były jakiekolwiek negocjacje treści oferty.

Tym samym uznać należy, że spełniona została również przesłanka nr 3.

Wreszcie wskazać należy, że zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, że zamiarem SGS było złożenie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia. Odwołujący przedstawia oczywiście pewne przypuszczenia, które potwierdzają jego stanowisko i są niekorzystne dla Przystępującego, jednak nie można uznać, że wykazany został zamiar Odwołującego celowego wpisania w formularzu cenowym pojazdów typu Pickup, zamiast wymaganych przez Zamawiającego minivanów.

Zdaniem Izby możliwość popełnienia zwykłego błędu ludzkiego przy wypełnianiu poszczególnych pozycji formularza jest jak najbardziej realna. Na możliwość popełnienia takiego błędu wskazuje fakt złożenia oferty przez Przystępującego w dwóch prowadzonych równolegle przez tego samego Zamawiającego postępowaniach na usługi nadzoru, które były niemal identyczne w zakresie wymagań, m. in. z tą różnicą, że w jednym z postępowań należało zaoferować środek transportu typu minivan, a w drugim typu Pickup.

Zdaniem Izby doświadczenie życiowe nakazuje również twierdzić, że Przystępujący świadomie nie naraziłby się na ryzyko odrzucenia jego oferty przy założeniu potencjalnych zysków z zaoferowania tańszych pojazdów na poziomie ok. 30 tys złotych w skali całej umowy, mając szansę na uzyskanie kontraktu o wartości ok. 12 mln złotych. Tego typu wniosek nie znajduje oparcia przy uwzględnieniu profesjonalnego charakteru działalności wykonawców biorących udział w tego typu przetargach.

Nie jest również tak, że konieczność zaoferowania środka transportu typu minivan była jakąkolwiek przeszkodą dla wykonawców do złożenia oferty w postępowaniu. Co prawda wykonawcy podjęli próbę zmiany zapisów SWZ w tym zakresie, w tym również by zmiana polegała na możliwości zaoferowania samochodu typu Pickup zamiast minivan, jednak żaden z nich nie skorzystał np. z możliwości wniesienia odwołania i wykazania swoich racji, co jest częstą praktyką w sytuacji, gdy dany zapis dokumentacji faktycznie ogranicza możliwość złożenia oferty w postępowaniu.

Powyższy wniosek potwierdza również fakt, że w postępowaniu zostało złożonych aż 10 ofert.

Tym samym nie ma racjonalnego uzasadnienia dla wniosku, że Przystępujący celowo wpisał w formularzu ofertowym środek transportu typu Pickup zamiast środka transportu typu minivan. Izba nie znajduje jakichkolwiek argumentów dla tezy, że tego typu działanie mogłoby przynieść Przystępującemu jakieś korzyści, a więc mogłoby świadczyć o celowym działaniu.

Uwzględniając powyższe należy uznać, że Odwołujący nie wykazał by Przystępujący celowo popełnił w formularzu cenowym omawiane błędy. Tym samym zarzut odwołania należy uznać za niewykazany.

Zarzut ewentualny:

Wobec tego, że zarzut główny nie został uwzględniony, rozpatrzeniu przez Izbę podlegał także zarzut ewentualny.

Zdaniem Izby również ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Izby Przystępujący odpowiadając na wezwanie Zamawiającego dotyczące sposobu wyliczenia ceny w odniesieniu do pozycji dotyczących personelu pomocniczego oraz biurowego (pozycje 1.6 oraz 4.4) udzielił precyzyjnych i rzeczowych wyjaśnień, prawidłowo wykazując zasadność przyjęcia założonych kosztów.

Odwołujący zakwestionował w ramach postawionego zarzutu w zasadzie tylko i wyłącznie to, że przywoływana w treści wszystkich wyjaśnień Przystępującego okoliczność przewidywanej redukcji wpłaty na Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych nie może być brana pod uwagę przez Zamawiającego jako argument za realnością cen zaoferowanych w pozycjach 1.6 i 4.4 formularza cenowego.

Izba nie zgodziła się z tak postawioną tezą.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 21 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 44) pracodawca zatrudniający co najmniej 25 pracowników w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy jest obowiązany, z zastrzeżeniem ust. 2-5 i art. 22, dokonywać miesięcznych wpłat na Fundusz, w wysokości kwoty stanowiącej iloczyn 40,65% przeciętnego wynagrodzenia i liczby pracowników odpowiadającej różnicy między zatrudnieniem zapewniającym osiągnięcie wskaźnika zatrudnienia osób niepełnosprawnych w wysokości 6% a rzeczywistym zatrudnieniem osób niepełnosprawnych.

Z powyższego wynika, że im więcej pracowników niepełnosprawnych zatrudnia dany pracodawca, tym mniejszą wpłatę

na PFRON musi on uiścić, aż do możliwego całkowitego zwolnienia z tejże opłaty w razie osiągnięcia wskaźnika 6% zatrudnienia osób niepełnosprawnych.

Tym samym każdy dodatkowo zatrudniony pracownik niepełnosprawny generuje po stronie pracodawcy koszty związane z jego wynagrodzeniem (kwota 5 245,14 PLN wskazana w wyjaśnieniach Przystępującego stanowiąca minimalny pełny koszt zatrudnienia osoby na umowę o pracę na dzień 1 lipca 2024 r. – okoliczność niekwestionowana przez Odwołującego) oraz umożliwia obniżenie obowiązkowej wpłaty na PFRON z powodu zwiększenia wskaźnika zatrudnienia osób niepełnosprawnych.

Nie umożliwia wspomnianego obniżenia obowiązkowej wpłaty na PFRON skierowanie do realizacji przedmiotu zamówienia osoby pełnosprawnej. W razie takiego założenia Przystępujący oprócz wynagrodzenia takiej osoby uiszczałby składkę na PFRON w takiej samej (skierowanie już zatrudnionego pracownika) lub wyższej wysokości (skierowanie nowozatrudnionego pracownika).

Tym samym uznać należy, że okoliczność przewidywanej redukcji wpłaty na PFRON w związku z zatrudnieniem do realizacji przedmiotu zamówienia osoby niepełnosprawnej wpływa na możliwość obniżenia kosztów pracowniczych ponoszonych przez pracodawcę – co zostało w szczegółach wyliczone przez Przystępującego w złożonych wyjaśnieniach.

Jest to czynnik, który realnie wpływa na wysokość kosztów generowanych po stronie pracodawcy. Ponieważ możliwość obniżenia składki na PFRON jest ściśle skorelowana z zatrudnieniem osoby niepełnosprawnej, to rzeczywisty koszt zatrudnienia takiej osoby ponoszony przez Przystępującego, zostaje obniżony o kwotę odpowiadającą kwocie zmniejszenia należnej wpłaty na PFRON. Skoro tak to powyższa okoliczność jak najbardziej może być powoływana w ramach składanych wyjaśnień ceny.

Pamiętać również należy, że w formularzach cenowych i składanych wyjaśnieniach Przystępujący przedstawiał koszty jakie poniesie w związku z zatrudnieniem określonej osoby, a nie wysokość jej wynagrodzenia. To, że Przystępujący wskazał kwotę 2 500, 00 PLN (dla pozycji 1.6) nie oznacza, że zatrudniona osoba otrzyma wynagrodzenie w ww. wysokości, a jedynie tyle, że Przystępujący oszacował koszt jaki poniesie w związku z zatrudnieniem określonej osoby na takim poziomie. Nie jest więc tak, że redukcja wpłaty na PFRON stanowi źródło dodatkowego wynagrodzenia osoby wskazanej w pkt 1.6 i 4.4 formularza cenowego – jest to okoliczność umożliwiająca Przystępującemu zredukowanie kosztów, jakie ponosi on w związku z zatrudnieniem danej osoby na warunkach w szczegółach opisanych przez niego w treści wyjaśnień.

Mając na uwadze powyższe rozważania, realność założeń Przystępującego została słusznie zweryfikowana przez Zamawiającego i zdaniem Izby również prawidłowo oceniona, a tym samym postawiony zarzut należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:
.....
.....