

WYROK
z dnia 11 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Małgorzata Matecka
Agata Mikołajczyk
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 grudnia 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 listopada 2023 roku** przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum

w składzie: **(1) Koltech Infra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, (Lider konsorcjum); (2) Aurus Asper Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner konsorcjum)** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna, w imieniu której działa Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski**

przy udziale wykonawcy **Infra – Centrum Doradztwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (Przystępujący), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

Oddala odwołanie;

kosztami postępowania obciąża **Odwołującego – wykonawców (1) Koltech Infra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, (Lider konsorcjum);**

(2) Aurus Asper Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner konsorcjum), w następujący sposób:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum w składzie:**

(1) Koltech Infra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, (Lider konsorcjum); (2) Aurus Asper Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner konsorcjum) tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami) na niniejszy wyrok -

w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna, Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski z siedzibą we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 162 na odcinku Dąbrowa Górna Strzemieszyce — Dąbrowa Górna Huta Katowice (p.odg.) oraz jej odbudowa na dalszym odcinku do stacji Dąbrowa Górnicza, wraz z odbudową przystanku osobowego D.G. Tworzeń i rozbudową przystanku osobowego D.G. Gołonóg”, realizowanego w ramach Programu Uzupełniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej — Kolej+ do 2029 roku. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w: Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10.07.2023 r. pod numerem 2023/S 130-415482.

W dniu 24 listopada do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w prowadzonym postępowaniu, na podstawie art. 513 i art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: (1) Koltech Infra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (Lider) oraz (2) Aurus Asper Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner), dalej jako „Odwołujący”.

Odwołaniem skarżono czynności i zaniechania Zamawiającego, polegające na nieprawidłowym dokonaniu czynności badania i oceny ofert oraz w konsekwencji - odrzucenia oferty Odwołującego i wyborze oferty wykonawcy Infra - Centrum Doradztwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, co zostało wykazane i udowodnione w wyjaśnieniach Odwołującego -

co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 16 pkt 1) ustawy Pzp, bowiem w ten sposób doszło do naruszenia zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców;

2.ewentualnie: art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie

rażąco niskiej ceny, pomimo że ustawa Pzp nie ogranicza Zamawiającego w zakresie wystosowania ponownego wezwania do wyjaśnień

w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji, gdy w wyniku oceny złożonych wyjaśnień Zamawiający powziął dodatkowe wątpliwości odnoszące się do sposobu skalkulowania ceny oferty

Odwolujący wnosil o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w dniu 14 listopada 2023 r. Postępowanie jest prowadzone w trybie właściwym dla zamówień o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych, zatem mając na względzie treść art. 515 ust. 1 pkt 1) a) ustawy Pzp, Odwołanie zostało wniesione w wymaganym przepisami terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwolujący podał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania, gdyż spełnione zostały przesłanki wynikające z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący ma interes

w uzyskaniu zamówienia publicznego objętego postępowaniem oraz może ponieść szkodę

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu jest „Całkowita cena brutto” (100%). Oferta Odwołującego została sklasyfikowana w ogólnym rankingu cenowym na pozycji drugiej, ale oferta z najniższą ceną spośród wszystkich ofert złożonych w postępowaniu,

tj. oferta ELKOL sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu została odrzucona przez Zamawiającego ze względu na jej niezgodność z SWZ. Gdyby nie naruszenia przepisów ustawy Pzp, to oferta Odwołującego, a nie oferta wykonawcy Infra zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą

w postępowaniu. W przypadku uwzględnienia odwołania, Odwołujący uzyska możliwość zawarcia umowy na realizację zamówienia publicznego objętego postępowaniem.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wskazano, że wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter zbliżony do ryczałtowego (pkt 12.1 SWZ-IDW), zaś sposób przedstawienia ceny oferty oraz jej części składowych w zakresie zamówienia podstawowego (Faza I) jest ściśle powiązany z wyszczególnionymi przez Zamawiającego Etapami (zakresami rzeczowymi) takimi jak np. Koncepcja programowo-przestrzenna lub Dokumentacja projektowa.

Jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu jest „Całkowita cena brutto” oferty (pkt 19.8 SWZ).

W postępowaniu - w wyznaczonym terminie, tj. 28.08.2023 r. - złożono 6 ofert. Cena oferty Odwołującego wynosi 6 226 875,00 PLN brutto. Cena oferty uznanej za najkorzystniejszą jest o 1 286 887,50 PLN brutto wyższa od ceny Odwołującego.

Zamawiający dwukrotnie wezwał Odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, przy czym pierwsze wezwanie było wezwaniem ogólnym, sprowadzającym się do zacytowania przepisów ustawy Pzp, drugie wezwanie ograniczało się wyłącznie do wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie faktycznego czasu pracy personelu przeznaczonego do realizacji zamówienia.

Odwolujący w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego złożył stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami:

W dniu 14 listopada 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty Infra Centrum Doradztwa sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, gdyż „złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej ceny”. W uzasadnieniu faktycznym, Zamawiający wskazał m.in. na następujące argumenty, mające świadczyć o zasadności odrzucenia oferty Odwołującego:

- „Wykonawca w treści swoich wyjaśnień pisze m.in., że głównym elementem cenotwórczym są koszty osobowe, o zatrudnieniu Zespołu specjalistów będących w bezpośredniej dyspozycji Konsorcjum przez cały okres realizacji zamówienia, jednak do wyjaśnień Wykonawca załączył jedynie umowę o pracę dla głównego projektanta/koordynatora projektu z 31 grudnia 2015 r.”;

- „Z przedłożonych wyjaśnień Wykonawcy nie wynika, jaki jest faktyczny czas pracy personelu przeznaczonego do realizacji niniejszego zamówienia, w związku z czym Wykonawca został wezwany do doprecyzowania swoich wyjaśnień w tej kwestii. (...).”;

Z przedstawionych wyjaśnień nie wynika jaki jest faktyczny czas pracy personelu przeznaczonego do realizacji zamówienia przy zastosowanych stawkach, czym innym jest okres realizacji zamówienia czym innym faktyczny czas pracy.”;

- „Z przedstawionej kalkulacji nie wynika również czy do kalkulacji został wliczony koszt pracodawcy, jaki pracodawca będzie musiał ponieść, a wręcz przeciwnie można wywieść, że w przedłożonej kalkulacji nie zostało to skalkulowane, a zastosowane stawki są nierynkowe.”;

- „W treści wyjaśnień Wykonawca nie przedstawił żadnych informacji, w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, Wykonawca przedstawił bardzo ogólne wyjaśnienia, które nawet nie sprowadzają się do stwierdzenia, że ich przestrzega. Nie wskazał jaki mają wpływ na cenę oferty chociażby koszty zastępstw wynikających z nieobecności pracowników (zwolnienia lekarskie i urlopy) oraz składka zdrowotna, emerytalna, rentowa, wypadkowa, PPK, czy też składka na Fundusz Pracy leżące po stronie pracodawcy.”;

- „Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że Wykonawca nie wyjaśnił jaki jest faktyczny czas pracy personelu w okresie realizacji zamówienia, w związku z czym Wyjaśnienia w zakresie kosztów pracy są niewystarczające.”.

Informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego nie przytacza innych podstaw faktycznych odrzucenia oferty.

Z powyższymi wnioskami Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza i stanowczo zaprzecza, jakoby jego oferta zawierała rażąco niską cenę. Odwołujący uważa, że w toku postępowania wykazał i udowodnił, iż cena oferty oraz jej istotne części składowe nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i dają możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Zarzut 1 odwołania

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie stosownie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp 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. Odpowiednio do art. 224 ust. 5 ustawy Pzp na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco

niskiej ceny lub kosztu.

Jak wynika z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, o rażąco niskiej cenie nie decydują poszczególne ceny jednostkowe, lecz cena, jako wartość całkowita. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej.

Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia.

W doktrynie i orzecznictwie podnosi się, że cena rażąco niska to cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Przykładem oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie oferta z ceną poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo symboliczna cena. Nie wystarczy więc stwierdzenie, że cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że wykonanie umowy przez danego wykonawcę będzie nieopłacalne, realizowane ze stratą lub bez zysku.

Odpowiednio do art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w przypadku, gdy istnieje podejrzenie, iż oferta zawiera cenę rażąco niską, zamawiający ma obowiązek wezwać Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień. Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp Wykonawca ma obowiązek wykazać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Rygor dowodowy, który ustawa Pzp nakłada na wykonawcę w przypadku wezwania go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie oznacza konieczności składania ściśle określonego katalogu dowodów

w każdym przypadku oraz odniesienia się do wszystkich zagadnień wskazanych przykładowo w ustawie Pzp.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego Odwołujący wskazał, że Zamawiający wezwał Odwołującego w dniu 05.09.2023 r. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie 1 zostało sformułowane przez Zamawiającego w sposób ogólny, przede wszystkim w oparciu o literalne brzmienie art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Wezwanie 1 nie określało konkretnych wymogów co do przedstawienia informacji odnośnie kalkulowania ceny. Zamawiający nie poinformował również Odwołującego, jakie elementy oferty budzą wątpliwości Zamawiającego co do ewentualnego rażącego zaniżenia ceny oferty.

Odwołujący w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego wyjaśnił szczegółowo sposób kalkulacji ceny oraz poparł go stosowanymi dowodami. Zamawiający nie domagał się przedłożenia określonych dowodów na potwierdzenie sposobu skalkulowania ceny.

Z tych względów nic nie stało na przeszkodzie, aby Odwołujący udowodnił brak rażąco niskiej ceny takimi dowodami, które jego zdaniem uzasadniały przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, czyli przedstawił:

- Kalkulację własną kosztów elementów oferty zawierającą m.in. koszty personelu (załącznik nr 1 do Wyjaśnień 1)
- Umowę o pracę dla Głównego projektanta i Koordynatora Projektu (załącznik nr 2 do Wyjaśnień 1)
- Pięć ofert podwykonawców (załączniki nr 3 - nr 7 do Wyjaśnień nr 1)

W kontekście twierdzeń Zamawiającego dotyczących braku wykazania przez Odwołującego kosztów personelu, podkreślono, że fakt, iż Kalkulacja własna kosztów elementów oferty będąca dokumentem pochodzącym od Odwołującego nie stanowi, iż ma ona mniejszą moc dowodową niż inne dowody (tak wyrok z dnia 18.08.2023 r., KIO 2039/22 oraz wyroki z dni: 08.03.2023 r. KIO 469/23, 24.03.2023 r. KIO 678/23).

Zamawiający w SWZ (pkt 12.2 SWZ) wymagał, aby wykonawca przedstawił cenę ofertową w sposób określony w Formularzu Ofertowym oraz w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego. W Załączniku 1A do Formularza Ofertowego należało dokonać rozbicia procentowego ceny oferty zgodnie z podziałem procentowym narzuconym przez Zamawiającego. Załącznik 1A do Formularza Ofertowego zawierał: wyszczególnienie części przedmiotu zamówienia (części zadania), określenie terminu przekazania danej części przedmiotu zamówienia oraz wartość wynagrodzenia (określoną % i w PLN). Wskazany podział ceny oferty nie odnosił się do wyceny kosztów osobowych, a dotyczył przedstawienia cen ryczałtowych za poszczególne rzeczowe zakresy realizacji zamówienia.

Kalkulacja własna kosztów elementów oferty (załącznik nr 1 do Wyjaśnień 1) nie jest zatem powieleniem treści oferty i danych, które Zamawiający już znał, a stanowi dokument nowy, opracowany na potrzeby wykazania braku rażąco niskiej ceny, który w szczególności uzasadnia sposób ustalenia ceny oferty, w tym przedstawia konkretne stawki przyjęte dla poszczególnych pozycji. W skład konsorcjum Odwołującego wchodziły podmioty rzetelne, działające na rynku w tej branży i współpracujące przy realizacji szeregu przedsięwzięć o podobnym poziomie trudności ze stałym zespołem specjalistów, zatem wycena własna stanowi miarodajne źródło informacji oraz wiarygodny środek dowodowy umożliwiający przyjęcie, że Odwołujący wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Reasumując, skoro:

- Zamawiający w trakcie procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie sformułował żadnych konkretnych wymogów co do sposobu przedstawienia kalkulacji ceny oraz obowiązku przedstawienia określonych dowodów w tym zakresie, ustawa Pzp nie określa żadnego, nawet przykładowego, katalogu dowodów, które należy przedstawić w związku z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny oraz nie ustala ich gradacji,
- Odwołujący w odniesieniu do kalkulacji kosztów osobowych przedstawił wyjaśnienia pisemne oraz Kalkulację własną kosztów elementów oferty i Umowę o pracę dla Głównego projektanta i Koordynatora Projektu, to twierdzenie Zamawiającego jakoby Odwołujący nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny m.in. z tego powodu, że w zakresie kosztów personelu załączył tylko umowę o pracę dla Głównego projektanta i Koordynatora Projektu jest pozbawiona podstaw.

W pkt 6.2.4 SWZ-OPZ Zamawiający określił skład Zespołu Wykonawcy wymagany do realizacji zamówienia, a w pkt 6.2.1 SWZ-OPZ wskazał, iż spośród osób wchodzących do składu tego Zespołu wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę Koordynatora Projektu oraz, że łączenie funkcji Koordynatora projektu z innymi funkcjami Zespołu Wykonawcy, za wyjątkiem funkcji Głównego Projektanta, jest wyłączone.

Odwołujący w Wyjaśnieniach 1 zaznaczył, iż do realizacji zamówienia dedykowane będą osoby zatrudnione na umowę o pracę oraz umowy cywilno-prawne pozostające w stałej wieloletniej współpracy z Odwołującym i w tym znaczeniu stanowiące zasób własny Odwołującego. Odwołujący załączył do Wyjaśnień 1 umowę o pracę dla Głównego projektanta i Koordynatora Projektu, z tego względu, że zgodnie z wymogami SWZ-OPZ zatrudnienie tego członka Zespołu Wykonawcy musi odbyć się na podstawie umowy o pracę, zaś pozostałe osoby ujęte w poz. „Personel” Kalkulacji własnej kosztów elementów oferty, czyli osoby wymagane w pkt 6.2.4 SWZ-OPZ oraz osoby wskazane z inicjatywy własnej Odwołującego (tj. specjaliści Sprawdzający oraz Specjalista ds. przeprowadzenia oceny zmiany) będą zatrudnione na podstawie umowy cywilno-prawnej. Są to osoby samozatrudnione, współpracujące z Odwołującym na zasadzie umów B2B. W konsekwencji powyższego, Odwołujący nie ponosi w stosunku do tych osób kosztów zatrudnienia takich jak zaliczki na podatek dochodowy, składki na ubezpieczenia

społeczne i zdrowotne, PPK a także nie ma obowiązku udzielania płatnych urlopów wypoczynkowych lub zdrowotnych. Jest to powszechna forma zatrudnienia personelu w szeroko pojętej branży usług projektowania i nadzoru. W przypadku tych osób kosztem Odwołującego jest wartość netto ich faktur VAT.

Z powyższych względów pozycją kosztową, którą należy rozpatrywać w kategorii zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego jest koszt związany z zapewnieniem Koordynatora Projektu/Głównego Projektanta.

Zamawiający nigdzie w treści SWZ nie określił poziomu zaangażowania etatowego ww. osoby. Brak jest określeń typu „zatrudnienie w wymiarze pełnego etatu czasu pracy” lub im podobnych, którymi Zamawiający regulowałby powyższą kwestię.

Koszt pracy tej osoby został wyceniony przez Odwołującego na kwotę 10 500,00 PLN netto/miesiąc. Po odliczeniu kosztów pracodawcy (około 20%) otrzymana wartość wynagrodzenia jest dalece wyższa niż wynika to z Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz. U. z 2022 r. poz. 1952). Siłą rzeczy zatem wynagrodzenie to jest zgodne z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Prawidłowość wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdzie wykonawca nie wskazał stawki roboczogodziny, jaką przyjął przy kalkulowaniu ceny, ale podkreślił, że przyjęte w ustaleniu ceny koszty pracy są wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę i na potwierdzenie tego załączył kalkulacje własne, została potwierdzona przez Sąd Okręgowy w Warszawie

w wyroku z dnia 22.12.2021 r. sygn. akt XXIII Zs 90/21. Tym bardziej więc Wyjaśnienia 1 i 2, gdzie stawki miesięczne zostały wskazane i poparte dowodami powinny zasługiwać na uwzględnienie.

Na marginesie dodano, że w przytoczonym wyroku Sąd stwierdził, iż przy cenie ryczałtowej nie jest ważna struktura wewnętrzna ceny, tj. ceny jednostkowe. Natomiast, aby mówić o cenie rażąco niskiej, należy brać pod uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie cenę za wykonanie danego elementu zamówienia. Przy tak kalkulowanym wynagrodzeniu fakt, że wykonawca jeden z elementów swojej oferty wycenił niżżej niż realne koszty jego wytworzenia czy świadczenia nie ma w tym kontekście żadnego znaczenia. Wykonawca nie sprzedaje bowiem w takim przypadku oddzielnie poszczególnych usług składających się na dane zamówienie, a oferuje kompleksowe wykonanie zamówienia za określoną cenę.

Wynagrodzenie przewidziane w ramach zamówienia ma charakter zbliżony do ryczałtowego i przedstawiona zasada również może mieć zastosowanie.

Zamawiający w pkt 6.4.2 SWZ-OPZ wymagał składu Zespołu składającego z Głównego Projektanta/Koordynatora oraz Projektantów/Koordynatorów w poszczególnych branżach, Specjalistów. Odwołujący natomiast będąc profesjonalnym Wykonawcą wskazał także osoby niewymienione w SWZ-OPZ i wycenił dodatkowo ich koszt, w tym: specjalistów Sprawdzających (łącznie 135 000,00 PLN netto), specjalistę ds. przeprowadzenia oceny zmiany (łącznie 30 000,00 PLN netto) oraz ewentualny dodatkowy personel (łącznie 163 400,00 PLN netto). Łączna kwota założona na „dodatkowy personel” wynosi zatem 328 400,00 PLN netto. Ponadto założono rezerwę (w wysokości 57 000,00 PLN netto) na sfinansowanie obsługi sekretariatu w zakresie dotyczącym przedmiotowego zamówienia oraz uwzględniono „Ryzyko i inne ewentualne dodatkowe wydatki” (w wysokości 100 550,00 PLN netto). W cenie oferty uwzględniono również zysk. Odwołujący posiada zatem nadprogramowe środki, przedstawione Zamawiającemu, z których może pokryć ewentualne dodatkowe koszty związane z personelem obligatoryjnym wymienionym w SWZ-OPZ.

Najniższy koszt wykonania prac Koordynatora/Projektanta w danej branży wynosi 163 400,00 PLN, co daje średnią wartość 4 300,00 PLN netto/m-c.

Zgodnie z par. 3 i par. 4 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz. U. z 2022 r. poz. 1952), minimalne wynagrodzenie za pracę od dnia 01.07.2023 r. wynosi 3600,00 PLN a minimalna stawka godzinowa 23,50 PLN. Oznacza to, że kwota 4 300,00 PLN jest wartością wyższą niż obowiązujące minimalne wynagrodzenie za pracę, a ze względu na formę zatrudnienia — samozatrudnienie, koszt ten jest całkowitym kosztem jaki zostanie poniesiony przez Odwołującego.

Wbrew temu co zarzuca Zamawiający, są to również stawki rynkowe dostępne dla Odwołującego. Zamawiający w innych postępowaniach przyjmuje jako stawki rynkowe wartości zdecydowanie niższe niż wartości przyjęte przez Odwołującego, czego przykładem może być postępowanie pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Budowa odcinka linii kolejowej od stacji Modlin do Mazowieckiego Portu Lotniczego (MPL) Warszawa/Modlin oraz budowa stacji kolejowej Mazowiecki Port Lotniczy (MPL) Warszawa/Modlin”* gdzie Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej również przez Infra - Centrum Doradztwa sp. z o.o., pomimo że w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykonawca ten, dla ośmiu specjalistów (zapewnianych na zasadzie podwykonawstwa) założył średniomiesięczne wynagrodzenie na poziomie 3 377,19 PLN (łącznie z nadzorem autorskim). We wskazanym postępowaniu łączna wartość usług świadczonych przez te osoby została określona na poziomie

770 000,00 PLN, zamówienie ma być realizowane przez 860 dni, tj. około 28,5 miesiąca, zatem miesięcznie na sfinansowanie pracy jednego specjalisty przypada kwota 3 377,19 PLN. Tak obliczona kwota powinna być dodatkowo pomniejszona o koszt pełnienia nadzoru autorskiego, który być może będzie realizowany w Fazie II - opcjonalnej zamówienia. Zamawiający uznał jednak, że takie stawki są rynkowe i uwzględniają koszty pracodawcy.

Po zapoznaniu się z Wyjaśnieniami 1, w Wezwaniu 2 Zamawiający poprosił tylko o „*wyjaśnienie jaki test faktyczny czas pracy personelu przeznaczanego do realizacji zamówienia, wyszczególnionego w przedłożonej przez Państwa kalkulacji*”. Zamawiający nie wskazał przy tym, jakie dokładnie ma wątpliwości i w jaki sposób należy przedstawić informacje, nie wyjaśnił co dokładnie ma na myśli pytając o „faktyczny czas pracy personelu” — czy jest to faktyczny czas pracy w skali czasu trwania umowy, czy może zaangażowanie w ujęciu etatu, a może w formie roboczogodzin/dniówek. Ponadto Zamawiający nie poprosił o wyjaśnienie innych wątpliwości, które - jak wynika z informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego - pojawiły się w trakcie badania Wyjaśnień 1, np. w zakresie kosztów pracodawcy.

Poza określeniem czasu wykonania zamówienia i wymogiem dotyczącym zapewnienia odpowiedniego personelu w zakresie niezbędnym do wykonania zamówienia (par. 6 ust. 3 pkt 3) SWZ-WU), Zamawiający nie określił żadnych wymogów co do poziomów zaangażowania członków personelu w wykonanie zamówienia.

W odpowiedzi na Wezwanie 2, Odwołujący przedstawił Wyjaśnienia 2, w których wskazał, że zakłada pracę personelu przez cały okres realizacji zamówienia, w zakresie Fazy 1 (zamówienie podstawowe), tj. przez 38 miesięcy, a

wszystkie przyjęte przez niego pozycje kosztowe przeliczone na miesięczne stawki przekraczają wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę, które wynosi 3 600,00 PLN. Odwołujący przedstawił przyjęte w tym zakresie założenia — zgodnie z SWZ-OPZ i przepisami prawa, oraz potwierdził koncepcję kalkulacji ceny, przedstawioną w Wyjaśnieniach 1. Dla Odwołującego faktyczny czas pracy personelu w Fazie 1 to 38 miesięcy i takie założenia przyjął do kalkulacji ceny oferty.

W Załączniku 1A do SWZ-IDW Zamawiający określił, że zakończenie Fazy I (zakresu podstawowego obejmującego rzeczowe etapy od 1 do 8) nastąpi w 1147 dniu po podpisaniu przedmiotowej umowy (co odpowiada w przybliżeniu 38 miesiącom od zawarcia umowy). Uzyskanie ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę winno nastąpić w 1034 dniu od podpisania umowy, zaś do upływu 1147 dnia od podpisania umowy winien być jeszcze zakończony Etap 8 obejmujący: Opracowanie materiałów przetargowych (Opracowanie Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych) oraz opracowanie odpowiedzi/wyjaśnień na pytania zadawane na etapie postępowania przetargowego. Oznacza to, że Główny Projektant/Koordynator Projektu oraz Koordynatorzy/Projektanci branżowi nie kończą swej pracy wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę (określonego na 1034 dzień po podpisaniu umowy). Ich zaangażowanie winno być zapewnione przez Wykonawcę również na etapie opracowywania materiałów przetargowych, jak również

w zakresie opracowywania odpowiedzi/wyjaśnień na pytania zadawane na etapie postępowania przetargowego na wybór wykonawcy robót. Natomiast specjalista w dziedzinie dokumentacji kosztorysowej, specjalista ds. przygotowania dokumentacji przetargowej, czy specjalista ds. inżynierii ruchu kolejowego i organizacji transportu nie mogą być zaangażowani tylko w końcowej fazie realizacji umowy, gdyż w całym okresie opracowywania dokumentacji projektowej (już na etapie opracowywania Koncepcji programowo - przestrzennej) winni oni współdziałać z Projektantami branżowymi

i Koordynatorem projektu. Na podstawie powyższych założeń Odwołujący przyjął, że

w całym wskazanym przez Zamawiającego okresie 38 miesięcy należy zapewnić dyspozycyjność Zespołu specjalistów. Wskazana argumentacja wynika z Wyjaśnień 1 i 2.

Odwołujący określił cenę swojej oferty przyjmując możliwie jak największe zaangażowanie członków personelu w wykonanie zamówienia. Trudno więc uznać za przekonujące argumenty dotyczące rzekomego braku wykazania faktycznego czasu pracy personelu za słuszne, jeśli jest on podany, uwzględnia możliwie jak najszerzy zakres zaangażowania personelu, a miesięczne stawki wynagrodzenia są wyższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę.

Należy również podkreślić, iż to, że Odwołujący nie przedstawił faktycznego czasu pracy personelu, w sposób jaki widziałby to Zamawiający nie może przesądzać o braku wykazania przez Odwołującego, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Generalnie trzeba zaznaczyć, że nawet na podstawie informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie jest wiadome, jakie dane i w jakim ujęciu chciał otrzymać Zamawiający w ramach Wyjaśnień 2. Przedstawione w Wyjaśnieniach 1 i 2 zaangażowanie personelu w ujęciu globalnym

i w podziale na miesiące, które umożliwia stwierdzenie, że przyjęte stawki wynagrodzeń są istotnie wyższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę, nie może przesądzać o wadliwości kalkulacji ceny, a w konsekwencji także o tym, że cena z niej wynikająca jest ceną rażąco niską.

Odwołujący omówił składniki zaoferowanej ceny oraz sposób ich kalkulacji ale nie był zobligowany do przedstawienia sposobu określenia ceny oferty w formie, co do której Zamawiający nie wskazał jasnych oczekiwań. Trudno jest bowiem wymagać od wykonawcy, aby przedstawił on wyjaśnienia i dowody na nieokreślone i wszystkie okoliczności i nie może być tak, że dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskaże, że miał na myśli określone kwestie i tylko wykonawca nie pojął jego intencji, albo - jak w przypadku kwestii wykazania „faktycznego czasu realizacji” — Odwołujący dowiedział się nagle, że Zamawiający miał na myśli coś innego, ale też do końca nie wiadomo co konkretnie.

Odwołujący podkreślił, że zasadniczo:

- w ramach oferty należało przedstawić wycenę zakresów rzeczowych (załącznik 1A) według proporcji procentowej narzuconej przez Zamawiającego, a umowa o zamówienie publiczne jest umową zbliżoną do umowy o dzieło,
- pierwotnie wycenie podlegało wykonanie elementów zamówienia, jak np. Koncepcji, projektu budowlanego,
- Zamawiający, choć wymagał zaangażowania w realizację zamówienia określonych specjalistów to, poza wskazaniem czasu trwania umowy, nie określił żadnych wymogów dotyczących stopnia zaangażowania tych osób w realizację zamówienia,
- wobec braku jakichkolwiek informacji naprowadzających, Odwołujący miał prawo przyjąć, że faktyczny czas realizacji zamówienia to czas realizacji zamówienia określony w SWZ.

Nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który zaniechał wyjaśnienia składników ceny w określony sposób, w sytuacji gdy nie był do tego zobowiązany przy uwzględnieniu treści SWZ lub treści wezwania Zamawiającego. Jakkolwiek jest bezsporne, że ciężar udowodnienia poprawności zaproponowanej ceny oferty spoczywa na wykonawcy, to jednak zamawiający powinien wskazać mu, w jakim kierunku wyjaśnienia te powinny być poprowadzone i na jakie okoliczności powinien on przedstawić dowody, czyli co w jego ofercie budzi wątpliwości Zamawiającego, nie pozostawiając tego jedynie domysłom wykonawcy. Jeśli wykonawca nie otrzyma konkretnych wskazówek od Zamawiającego, udzieli odpowiedzi w zakresie i stopniu szczegółowości, który sam uzna za właściwy i trudno mu czynić zarzut, że wyjaśnienia te nie idą torem oczekiwanym przez Zamawiającego.

Reasumując, Odwołujący zaznaczył, że w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, a w szczególności:

- przedstawił i udowodnił koszty dotyczące personelu dedykowanego do realizacji zamówienia,
- wykazał, że koszty przedstawione w jego kalkulacji są realne, rynkowe i są wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę a tam, gdzie jest to konieczne, uwzględnione zostały koszty pracodawcy oraz wynikające z prawa pracy i zabezpieczenia społecznego,
- wykazał, że planowany faktyczny czas pracy personelu odpowiada wymogom realizacyjnym określonym w SWZ i - w kontekście Wezwania 1 i 2 - stanowi prawidłowe uzasadnienie kosztów wykonania zamówienia,
- Odwołujący posiada dużą rezerwę finansową, z której jest w stanie sfinansować ew. inne koszty dotyczące personelu realizującego zamówienie.

Z powyższych względów Odwołujący uważa, że brak jest podstaw do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 224 ust. 6 i art. 228 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

Zarzut 2 – zarzut ewentualny odwołania

Jednocześnie z ostrożności, Odwołujący wskazał, że odrzucenie jego oferty na podstawie art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, było przedwcześnie, albowiem Zamawiający mając wątpliwości co do wyjaśnień Odwołującego,

winien wezwać go do dodatkowych wyjaśnień w sposób konkretny i szczegółowy.

KIO w swoim orzecznictwie podkreśla, że możliwość wezwania do dodatkowych wyjaśnień zachodzi w sytuacji, gdy: (a) sam Zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą wątpliwości Zamawiającego, co do ewentualnego rażącego zaniżenia oferty, a wezwanie było odzwierciedleniem przepisów ustawy; (b) wykonawca złożył wyjaśnienia, poparł je dowodami i z tych wyjaśnień wprost jednoznacznie nie wynika, że wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, a niektóre elementy wyjaśnień, co do kosztów, czy założeń kalkulacyjnych, nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione przez wykonawcę i budzą wątpliwości Zamawiającego.

Przepisy ustawy Pzp nie ustalają liczby wezwań do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, które mogą zostać przekazane wykonawcy. W orzecznictwie Izby akcentuje się, że brak jest przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie, jeśli pierwotne wyjaśnienia wykonawcy nie rozwiąły wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną lub gdy istnieje w danym zakresie potrzeba uzyskania bardziej szczegółowych wyjaśnień albo gdy wystosowane przez zamawiającego wezwanie miało charakter na tyle ogólny, że nie można z jego treści wyczytać, które elementy kalkulacyjne winny zostać przez wykonawcę wyjaśnione, czy też budziły wątpliwości zamawiającego. Mogą również zdarzyć się sytuacje, kiedy bardziej szczegółowe wyjaśnienia okażą się konieczne także w przypadku wezwania szczegółowego.

Generalnym ograniczeniem dla kolejnych wezwań wykonawcy do wyjaśnień ceny oferty jest sytuacja, gdy uprzednio złożone przez wykonawcę wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne, a wykonawca nie podjął nawet próby udowodnienia, że skalkulowana przez niego cena jest ceną realną oraz rynkową i gwarantuje prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, w sytuacji gdy wykonawca nie dołoży należytej staranności przy składaniu wyjaśnień poziomu ceny, nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie wysokości ceny, to brak jest po stronie zamawiającego obowiązku ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Zamawiający wystosował Wezwanie 1 i Wezwanie 2 w zakresie rażąco niskiej ceny, ale nie były one na tyle precyzyjne, aby Odwołujący zdołał odszyfrować wszystkie intencje Zamawiającego. Mimo to Wyjaśnienia 1 i Wyjaśnienia 2 nie są ogólnikowe i są poparte dowodami. Dlatego odrzucenie oferty Odwołującego jest przedwczesne. Zamawiający w sposób niepełny przeprowadził postępowanie wyjaśniające sposób skalkulowania ceny oferty. Tym samym Zamawiający naruszył art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i przedwześnie zakończył postępowanie wyjaśniające cenę zaoferowaną przez Odwołującego.

Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny należało kontynuować, celem jednoznacznego wykazania realności zaoferowanej kwoty albo stwierdzenia, że jest ona rażąco niska.

W opisanym bowiem stanie faktycznym, Zamawiający powinien co najwyżej dojść do wniosku, że na obecnym etapie nie istnieją jednoznaczne podstawy do uznania,

że zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co natomiast jest konieczne do zastosowania sankcji odrzucenia oferty na podstawie art. 228 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp. Podobnie nie miał podstaw do uznania, że złożone wyjaśnienia wraz

z dowodami wypełniały art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający powinien być więc dopytać Odwołującego o okoliczności dotyczące wyceny oferty i w sposób konkretny ustalić, czy cena zaoferowana przez Odwołującego jest realna, czy powoduje konieczność odrzucenia oferty (tak wyrok z dnia 17.04.2023 r., sygn. akt KIO 880/23, wyrok KIO z 30.01.2020 r., sygn. akt KIO 82/20).

Z tego względu przerwanie przez Zamawiającego procesu wyjaśnień rażąco niskiej ceny i odrzucenie oferty Odwołującego Odwołujący uznaje za naruszenie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Mając na względzie powyższe Odwołujący wnosil jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór oferty innego wykonawcy i odrzucenie oferty Odwołującego godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Infra – Centrum Doradztwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”). Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego. Przystępujący wnosil o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o jego oddalenie w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego na nośniku elektronicznym Izba ustaliła, że w dniu 5 września 2023 roku Odwołujący otrzymał wezwanie na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty złożonej w postępowaniu, bowiem cena oferta jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Zamawiający, zgodnie z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp, żądał aby złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia dotyczyły co najmniej:

1) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Ponadto, wyjaśnienia mogły dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem świadczonych usług;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług;

3) oryginalności usług oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

5) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

6) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W przedłużonym przez Zamawiającego terminie Odwołujący przedstawił następujące wyjaśnienia:

- Odwołujący oświadczył, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, tj. takiej, która nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia lub prowadzi do wykonania zamówienia poniżej kosztów rentowności.

- całkowita cena oferty Odwołującego wraz z opcją wynosi 5 062 500,00 PLN netto i znajduje się na drugiej pozycji rankingowej pod względem zaoferowanej ceny, jest to cena rynkowa;

- spółki wchodzące w skład Konsorcjum są spółkami ze 100% udziałem kapitału polskiego dzięki czemu nie ponoszą dodatkowych kosztów związanych z funkcjonowaniem swoich central poza granicami Polski;

- zespół specjalistów będących w bezpośredniej dyspozycji Konsorcjum (umowy o pracę, jak również wieloletnie umowy cywilno - prawne) gwarantuje szybkie i rzetelne wykonanie przedmiotu zamówienia oraz ograniczenie kosztów wynagrodzenia personelu do niezbędnego minimum.

- przeciętna wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2024 r. wyniesie 4271 zł. Szacując cenę oferty uwzględniona została planowana przeciętna wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2024 r. (nie niższa)

- Załącznik nr 1 do wyjaśnień stanowi kalkulacja elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny, w której przyjęto dla poszczególnych specjalistów czas zaangażowania wynikający z SWZ dla zakresu podstawowego, tj. okres 38 miesięcy oraz uwzględnione zostały wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę przewidziane w 2024 r. Przez cały ten czas każdy ze specjalistów pozostawał będzie do dyspozycji Zamawiającego

i stosownie do potrzeb realizował będzie swój wkład do zamówienia, tak aby zachować przyjęte w harmonogramie terminy. (...) zapisy w Załączniku 1A do IDW mówią o terminie uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę określonym na 1034 dni od zawarcia Umowy, zaś zakończenie Fazy I określone zostało na 1147 dni od podpisania Umowy.

Z powyższego wynika, że szacując cenę oferty należało przyjąć zaangażowania poszczególnych członków zespołu w całym przyjętym przez Zamawiającego okresie tj. 38 miesięcy. Takie też założenie zostało przyjęte w ofercie. Zapewnione jest zaangażowanie pełnego składu zespołu wynikającego z OPZ oraz przyjęte zostały stawki zgodne z aktualnymi i przyszłymi przepisami w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę.

- na cenę oferty składają się m.in. następujące elementy:

- koszty osobowe, odnoszące się zarówno do zespołu wymienionego w SWZ - zgodnego z OPZ oraz do zespołu dodatkowego (ewentualny zespół dodatkowy, specjalista ds. przeprowadzenia oceny zmiany),

- koszty wadium oraz gwarancji należytego wykonania umowy,

- koszty polisy OC,

- koszty wykonania badań materiałowych obiektów inżynierskich zgodnie z OPZ pkt 4.4.1.1 - Ocena obiektów inżynierskich. Ocenę stanu obiektów przeprowadza Projektant branżowy na podstawie wyników badania materiałów, pobranych i zbadanych przez akredytowane laboratoria budowlane. Koltech Infra na stałe współpracuje z akredytowanymi laboratoriami w tym zakresie, realizując umowy nadzoru nad inwestycjami jako Inżynier Projektu. Wieloletnia i stała współpraca oraz duży zakres nadzorowanych inwestycji zapewniają nam preferencyjne koszty wykonania badań laboratoryjnych.

- koszty podwykonawstwa - kwestie środowiskowe zgodnie z OPZ (zapewnienie niezbędnego personelu zgodnie z OPZ: specjalista ds. ochrony środowiska, akustyk, ekspert GIS, specjalista przyrodnik, specjalista ds. ochrony wód/hydrologii, dodatkowo: botanik, herpetolog, dendrolog, ornitolog, chiropterolog, teriolog, entomolog),

- koszty podwykonawstwa - Opracowanie dokumentacji geotechnicznej i geologiczno-inżynierskiej zgodnie z OPZ (zapewnienie personelu zgodnie z OPZ: specjalista w dziedzinie geologii, specjalista w dziedzinie geotechniki)

- koszty podwykonawstwa w zakresie prac geodezyjnych: sporządzenie dokumentacji geodezyjnej zgodnie z wymogami OPZ wraz z zapewnieniem niezbędnego personelu zgodnie z OPZ,

- koszty wizualizacji zgodnie z OPZ,

- koszty podwykonawstwa w zakresie certyfikacji,

- koszty komunikacji, transportu i łączności, ewentualnego dodatkowego wyposażenia technicznego,

- koszty reprodukcji i partycypacji w utrzymaniu biura,

- koszty zapewnienia obsługi sekretariatu,

- koszty zarządzania projektem,

- ryzyko, i nieprzewidziane ewentualne dodatkowe wydatki,

- zysk firmy.

- główny element cenotwórczy stanowią koszty osobowe. (...) personel do przedstawienia na etapie oferty są to osoby będące w dyspozycji (zasób własny) Konsorcjum, co w znacznym stopniu wpływa na ograniczenie kosztów (w szczególności kosztów związanych

z podwykonawstwem w zakresie projektowania). Firmy wchodzące w skład Konsorcjum, to podmioty posiadające długoletnie doświadczenie w zakresie projektowania kolejowego, posiadające duży potencjał kadrowy oraz wypracowane relacje biznesowe w branży projektowania kolejowego z podmiotami specjalizującymi się w tej tematyce. Średnie stawki miesięczne wynagrodzeń dla poszczególnych specjalistów są stawkami realnymi, na potwierdzenie czego dołączono zanonimizowaną umowę o pracę dla osoby (starszy projektant ds. kolejowych) spełniającej warunki przewidziane dla Głównego Projektanta/Koordynatora Projektu, która z racji wymaganego doświadczenia i zakresu niezbędnego zaangażowania winna pobierać odpowiednie wynagrodzenie. Kwota przyjęta w ofercie uzasadniona jest przedstawioną Umową o pracę. Stawki przyjęte dla pozostałych projektantów i specjalistów odpowiednio odbiegają (in plus) od obecnego minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz uwzględniają przewidywane minimalne wynagrodzenie za pracę w 2024 r.;

- w cenę ofertową w kalkulowany został również koszt wadium, zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej oraz koszt dedykowanej, kontraktowej polisy OC, zgodnie z terminami i założeniami przewidzianymi w SWZ (Warunki Umowy, Opis Przedmiotu Zamówienia).

- Oferta uwzględnia również rynkowy koszt podwykonawstwa w zakresie kwestii środowiskowych, geologiczno-geotechnicznych, geodezyjnych, badań materiałowych oraz certyfikacji. Na okoliczność zaangażowania podwykonawców do pisma dołączono również ich oferty na wykonanie swojego zakresu zamówienia wraz z zapewnieniem niezbędnego personelu;

- W ofercie uwzględnione są zryczałtowane koszty obsługi sekretariatu (w zakresie w jakim osoba zatrudniona do pracy w sekretariacie zajmować się będzie przedmiotowym zamówieniem).

- Kalkulacja cenowa obejmuje środki na sfinansowane specjalisty ds. oceny zmiany (zasób własny), oraz wizualizacji

zgodnie z OPZ.

- Kolejnym elementem cenotwórczym są koszty komunikacji, transportu, łączności oraz zakupu ewentualnego dodatkowego wyposażenia. (...) firmy wchodzące w skład Konsorcjum, z racji charakteru prowadzonej od wielu lat działalności projektowej posiadają pełne wyposażenie techniczne oraz zaplecze logistyczne dla zrealizowania przedmiotowych usług: siedziba firm w Katowicach, doświadczenie w wykonywaniu prac projektowych na terenie lokalizacyjnie zbliżonym do lokalizacji zamówienia;
- Obydwa biura projektowe dysponują pełnym wyposażeniem składającym się z odpowiednich stanowisk biurowych oraz komputerowych wraz z licencjonowanym oprogramowaniem, profesjonalnym sprzętem, służącym do drukowania dokumentacji, co znacznie pozwala ograniczać koszty poligrafii;
- pracownicy (w tym projektanci) dysponują służbowymi telefonami komórkowymi.
- Cena oferty zawiera również koszty zarządu. W ramach tej pozycji uwzględnione zostały koszty ogólne firmy, w tym w szczególności place i narzuty na place pracowników zarządu, w zakresie, w którym dotyczyć to będzie realizacji przedmiotowego zamówienia.
- Zysk przedsiębiorstwa został w kalkulowany w cenę oferty.
- Ryzyko oraz rezerwa na nieprzewidziane dodatkowe wydatki zostały również przewidziane w całkowitej cenie ofertowej oferty.
- Odnosząc się do kwoty z tytułu nadzoru autorskiego na poziomie 506 250,00 zł, wskazano, że kwota ta jest wynikową wartością narzuconych przez Zamawiającego zasad obliczeniowych.

Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wystosował do Odwołującego dodatkowe wezwanie, wzywając do doprecyzowania wyjaśnień udzielonych na okoliczność wykazania, że zaoferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej.

Zamawiający prosił o wyjaśnienie jaki jest faktyczny czas pracy personelu przeznaczonego do realizacji zamówienia, wyszczególnionego w przedłożonej kalkulacji.

Odwołujący składając wyjaśnienia podkreślić, że Zamawiający nie narzucił Wykonawcom jednego modelu kształtowania ceny całkowitej, w szczególności nie wymagał w SWZ-IDW, aby całą cenę oferty kalkulować w oparciu o jedną zunifikowaną jednostkę czasu zaangażowania personelu niezbędnego do wykonania zamówienia.

Jak wynika z pkt 12.2 [Sposób obliczenia cen] SWZ-IDW, podana cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania SWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia oraz podatek od towarów i usług, zaś sposób przedstawienia ceny ofertowej określony został w Formularzu Ofertowym oraz w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego. W Załączniku 1A do Formularza Ofertowego należało dokonać rozbicia procentowego ceny oferty zgodnie z podziałem dokonanym przez Zamawiającego.

Wykonawca wyjaśnił, że kalkulując cenę oferty oparł się na postanowieniach SWZ, w tym w szczególności na wymaganiach realizacyjnych sformułowanych w SWZ-WU i SWZ-OPZ. Na tej podstawie przyjął, że faktyczny czas pracy personelu przeznaczonego do realizacji zamówienia musi gwarantować należyłą realizację zamówienia w terminach wskazanych przez Zamawiającego w SWZ.

Zgodnie z § 6 ust. 3), pkt. 3 SWZ-WU, Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia personelu w liczbie i o kwalifikacjach wskazanych w OPZ, gwarantującego wykonanie Umowy z należyłą starannością, na zasadach określonych w Umowie i OPZ. (...) Brak zapewnienia personelu zgodnego z wymaganiami SWZ stanowi rażące naruszenie postanowień Umowy.

Zgodnie z SWZ (Zmiana treści nr 2 z dnia 07.08.2023 r.): okres realizacji Zamówienia wynosi:

Faza I (zakres podstawowy) – 38 miesięcy od dnia podpisania umowy;

Faza II (Prawo Opcji) - od dnia następnego po dniu zawarcia przez Zamawiającego umowy z wykonawcą robót budowlanych do czasu dokonania ostatniego odbioru końcowego; czas ten określa się na 25 miesięcy; pomiędzy Fazą I a Fazą II odbędzie się procedura przetargowa, której zakładany czas trwania to 4 miesiące.

Ponadto w Załączniku 1A do SWZ-IDW (element oferty) sam Zamawiający określił, że zakończenie Fazy (zakresu podstawowego, obejmującego etapy 1-8) nastąpi w 1147 dniu po podpisaniu przedmiotowej umowy (co odpowiada w przybliżeniu 38 miesiącom od zawarcia umowy). Uzyskanie ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę winno nastąpić

w 1034 dniu od podpisania umowy, zaś do upływu 1147 dnia od podpisania umowy winien być jeszcze zakończony Etap 8 obejmujący: Opracowanie materiałów przetargowych (Opracowanie Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych) oraz opracowanie odpowiedzi/wyjaśnień na pytania zadawane na etapie postępowania przetargowego. Oznacza to, że Główny Projektant/Koordynator Projektu oraz Koordynatorzy/Projektanci branżowi nie kończą swej pracy wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę (określonego na 1034 dzień po podpisaniu umowy). Ich zaangażowanie winno być zapewnione przez Wykonawcę również na etapie opracowywania materiałów przetargowych, jak również w zakresie opracowywania odpowiedzi/wyjaśnień na pytania zadawane na etapie postępowania przetargowego na wybór wykonawcy robót. Natomiast specjalista w dziedzinie dokumentacji kosztorysowej, specjalista ds. przygotowania dokumentacji przetargowej, czy specjalista ds. inżynierii ruchu kolejowego i organizacji transportu nie mogą być zaangażowani tylko w końcowej fazie realizacji umowy, gdyż w całym okresie opracowywania dokumentacji projektowej (już na etapie opracowywania Koncepcji programowo - przestrzennej) winni oni współdziałać z projektantami branżowymi i koordynatorem projektu.

Z powyższego wynika, że w całym wskazanym przez Zamawiającego okresie 38 miesięcy (1147 dni) należy zapewnić dyspozycyjność zespołu specjalistów Wykonawcy. Wykonawca założył powyższe przy kalkulacji ceny oferty i wykazał w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 11.09.2023 r. Wykonawca w wyjaśnieniach tych zaznaczył, że zapewni wymagany zespół specjalistów w liczebności i składzie zgodnym z SWZ – OPZ. Wszyscy specjaliści zaangażowani będą w realizację przedmiotowego zamówienia przez okres zgodny z zapisami SWZ. Stawki przyjęte przez Wykonawcę przy kalkulacji ceny oferty przekraczają wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę, minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.

W wyjaśnieniach Wykonawcy przekazanych w dniu 11.09.2023 r. wskazano, że w dniu 2 sierpnia 2023r. Rada Ministrów opublikowała projekt minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. W myśl projektowanych przepisów minimalne wynagrodzenie za pracę w 2024 r.

miało wynieść:

- od dnia 1 stycznia 2024 r. – 4242 zł,
- od dnia 1 lipca 2024 r. – 4300 zł.

Biorąc pod uwagę proponowane kwoty przeciętna wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2024 r. miała wynieść 4271 zł. Szacując cenę oferty uwzględniona została planowana przeciętna wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2024 r., która jest znacznie wyższa od wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego w czasie kalkulowania ceny oferty.

Powyższe założenie znalazło swe potwierdzenie w praktyce, gdyż w dniu 14 września 2023 r. Rada Ministrów przyjęła rozporządzenie, zgodnie z którym od 1 stycznia 2024 r. minimalne wynagrodzenie ma wynosić 4242 zł, natomiast od 1 lipca 2024 r. - 4300 zł.

Uwzględniając powyższe, Wykonawca wskazał, że przez cały określony przez Zamawiającego okres realizacji zamówienia personel pozostawał będzie do dyspozycji Zamawiającego i realizował będzie swój wkład do zamówienia, tak aby zapewnić odpowiednią jakość dokumentacji projektowej i przyjęte w harmonogramie terminy.

Z wymogów nałożonych przez Zamawiającego w SWZ wynika, że personel wymagany w Fazie I realizacji umowy winien być dostępny przez okres realizacji tej Fazy.

Zaangażowanie czasowe wynikające z realizacji Fazy II omówiono w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 11.09.2023 r. jest ono również ujęte w Załączniku 1B do SWZ-IDW (element oferty).

Zamawiający ostatecznie uznał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 i art. 226 ust.1 pkt. 8 ustawy Pzp jako oferta z rażąco niską ceną, ponieważ złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej ceny.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający zaznaczył, że wyjaśnienia Wykonawcy dot. rażąco niskiej ceny z dnia 11 września 2023r. zawierają zapewnienie, że:

„Całkowita cena ofertowa została oszacowana z uwzględnieniem posiadanych przez nas zasobów ludzkich, wiedzy i doświadczenia poszczególnych ekspertów dedykowanych do realizacji zamówienia oraz narzędzi i materiałów niezbędnych do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Zespół specjalistów będących w bezpośredniej dyspozycji Konsorcjum (umowy o pracę, jak również wieloletnie umowy cywilno - prawne) gwarantuje szybkie i rzetelne wykonanie przedmiotu zamówienia oraz ograniczenie kosztów wynagrodzenia personelu do niezbędnego minimum.”

Dalej Wykonawca pisze, że:

„Załącznik nr 1 do przedmiotowych wyjaśnień stanowi kalkulacja elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny, w której przyjęliśmy dla poszczególnych specjalistów czas zaangażowania wynikający z SWZ dla zakresu podstawowego tj. okres 38 miesięcy oraz uwzględnione zostały wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę przewidziane w 2024 r. Przez cały ten czas każdy ze specjalistów pozostawał będzie do dyspozycji Zamawiającego i stosownie do potrzeb realizował będzie swój wkład do zamówienia, tak aby zachować przyjęte w harmonogramie terminy.”

„Średnie stawki miesięczne wynagrodzeń dla poszczególnych specjalistów są stawkami realnymi, na potwierdzenie czego załączamy zanonimizowaną umowę o pracę dla osoby (starszy projektant ds. kolejowych) spełniającej warunki przewidziane dla Głównego Projektanta/Koordynatora Projektu (załącznik nr 2), która z racji wymaganego doświadczenia i zakresu niezbędnego zaangażowania winna pobierać odpowiednie wynagrodzenie. Kwota przyjęta w ofercie uzasadniona jest przedstawioną Umową o pracę. Stawki przyjęte dla pozostałych projektantów i specjalistów odpowiednio odbiegają (in plus) od obecnego minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz uwzględniają przewidywane minimalne wynagrodzenie za pracę w 2024 r.”

„Główny element cenotwórczy, zgodnie z załączoną do niniejszego pisma kalkulacją, przy realizacji przez nas niniejszego zamówienia stanowią koszty osobowe.”

Wykonawca w treści swoich wyjaśnień pisze m.in., że głównym elementem cenotwórczym są koszty osobowe, o zatrudnieniu Zespołu specjalistów będących w bezpośredniej dyspozycji Konsorcjum przez cały okres realizacji zamówienia, jednak do wyjaśnień Wykonawca załączył jedynie umowę o pracę dla głównego projektanta/koordynatora projektu z 31 grudnia 2015 r..

Z przedłożonych wyjaśnień Wykonawcy nie wynika, jaki jest faktyczny czas pracy personelu przeznaczonego do realizacji zamówienia, w związku z czym Wykonawca został wezwany do doprecyzowania swoich wyjaśnień w tej kwestii.

Z treści tych wyjaśnień z dnia 21 września 2023r. wynika wyłącznie, że Wykonawca kalkulując cenę oferty:

„(...) oparł się na postanowieniach SWZ, w tym w szczególności na wymaganiach realizacyjnych sformułowanych w SWZ-WU i SWZ-OPZ. Na tej podstawie przyjął, że faktyczny czas pracy personelu przeznaczonego do realizacji zamówienia musi gwarantować należyłą realizację zamówienia w terminach wskazanych przez Zamawiającego w SWZ”

„(...) Z powyższego wynika, że w całym wskazanym przez Zamawiającego okresie 38 miesięcy (1147 dni) należy zapewnić dyspozycyjność zespołu specjalistów Wykonawcy. Wykonawca założył powyższe przy kalkulacji ceny oferty i wykazał w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 11.09.2023 r. Wykonawca w wyjaśnieniach tych zaznaczył, że zapewni wymagany zespół specjalistów w liczebności i składzie zgodnym z SWZ – OPZ. Wszyscy specjaliści zaangażowani będą w realizację przedmiotowego zamówienia przez okres zgodny z zapisami SWZ. Stawki przyjęte przez Wykonawcę przy kalkulacji ceny oferty przekraczają wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę, minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie”.

Z przedstawionych wyjaśnień nie wynika jaki jest faktyczny czas pracy personelu przeznaczonego do realizacji zamówienia przy zastosowanych stawkach, czym innym jest okres realizacji zamówienia czym innym faktyczny czas pracy.

Z przedstawionej kalkulacji nie wynika również czy do kalkulacji został wliczony koszt pracodawcy, jaki pracodawca będzie musiał ponieść, a wręcz przeciwnie można wywieść, że w przedłożonej kalkulacji nie zostało to skalkulowane, a zastosowane stawki są nierynkowe.

W treści wyjaśnień Wykonawca nie przedstawił żadnych informacji, w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, Wykonawca przedstawił bardzo ogólne wyjaśnienia, które nawet nie sprowadzają się do stwierdzenie, że ich przestrzega. Nie wskazał jaki mają wpływ na cenę oferty chociażby koszty zastępstw wynikających z nieobecności pracowników (zwolnienia lekarskie i urlopy) oraz składka zdrowotna, emerytalna, rentowa, wypadkowa, PPK, czy też składka na Fundusz Pracy leżące po stronie pracodawcy.

Zamawiający stwierdził, że Wykonawca nie wyjaśnił jaki jest faktyczny czas pracy personelu w okresie realizacji

zamówienia, w związku z czym Wyjaśnienia w zakresie kosztów pracy są niewystarczające.

Na powyższą czynność Odwołujący złożył odwołanie.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Według art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 239 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W orzecznictwie wskazuje się również, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Analiza przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami. W ramach wyjaśnień, o których mowa w art. 224 Pzp, wykonawca zobligowany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu ofert, ale także do przedstawienia dowodów, dzięki którym zamawiający będzie miał możliwość zweryfikowania złożonych wyjaśnień (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 817/16, LEX nr 2054658; podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie dnia 13 marca 2015 r., sygn. akt: IX Ca 39/15, LEX nr 1835972).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, w ocenie Izby Odwołujący składając Zamawiającemu wyjaśnienia nie sprostali ciężarowi dowodowemu i nie uczynili zadość treści otrzymanych wezwań do złożenia wyjaśnień, a stanowiska przedstawione w wyjaśnieniach nie można uznać za wyczerpujące.

Izba podziela stanowiska wyrażone w odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym Przystępującego.

Jak celnie podkreślił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, argumentacja przedstawiona w odwołaniu różni się od tej wyrażonej w wyjaśnieniach w kwestiach odnoszących się do zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Odwołujący posługiwał się w wyjaśnieniach pojęciami charakterystycznymi głównie dla umowy o pracę. W żadnym miejscu wyjaśnień Odwołujący nie wskazał, w przypadku umów cywilnych, które również zamierza zawrzeć ze specjalistami z niezbędnych branż, że formuła współpracy będzie oparta na zasadzie B2B. W wyjaśnieniach Odwołujący nie nawiązuje także do elementów związanych z zastępstwami urlopowymi, zastępstwami na czas choroby, czy innych kosztów, które zobowiązany jest ponosić pracodawca. Warto również podkreślić, że w przypadku zatrudnienia osoby na umowę o pracę, także do ponoszenia kosztów zastępstw i innych kosztów spoczywających na pracodawcy, Odwołujący nie wspomina. Odwołujący w wyjaśnieniach nie precyzuje, że wykonywał będzie przedmiot zamówienia przy pomocy osób prowadzących działalność gospodarczą, a wszelkimi kosztami spoczywającymi na Odwołującym są wielkości zamieszczone w kalkulacji stanowiącej załącznik do wyjaśnień. Również w zakresie przestrzegania warunku związanego

z uwzględnieniem co najmniej wynagrodzenia minimalnego, to Odwołujący w wyjaśnieniach jedynie przywołuje te wielkości i oświadcza, że wszystkie umowy, które zawiera są zgodne z przywołanymi regulacjami prawa. Dowodów w tym zakresie nie przedstawiono.

Izba pominęła jako spóźnione dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie, ponieważ oświadczenia osób współpracujących z Odwołującym mógł on przedstawić już wcześniej, składając wyjaśnienia Zamawiającemu.

O ile można zgodzić się z tezą, że pierwsze z wezwań skierowanych do Odwołującego powieliło przepisy ustawy Pzp, nie odnosiło się do konkretnych kwestii ceny ofertowej i nie wskazywało na wątpliwości Zamawiającego, to już drugie z wezwań Zamawiającego było szczegółowe i Zamawiający wprost prosił o wyjaśnienie jaki jest faktyczny czas pracy personelu przeznaczanego do realizacji zamówienia, wyszczególnionego w przedłożonej kalkulacji. Odwołujący w drugich ze złożonych wyjaśnień element faktycznego czasu pracy personelu zrównał z czasem trwania umowy i realizacją zamówienia publicznego. Tymczasem pytanie Zamawiającego miało zupełnie inny wydźwięk. Jak wynika natomiast z treści odwołania i stanowiska Odwołującego z rozprawy, zrozumiał on o wyjaśnienie jakich elementów wnioskował Zamawiający. Zamawiający nie wiedząc ile wynosiły będą okresy zaangażowania poszczególnych specjalistów oraz jakie inne założenia przyjął Odwołujący w zakresie czasu pracy, nie był w stanie ustalić, czy stawki przedstawione w kalkulacji złożonej wraz z wyjaśnieniami odpowiadają cenom rynkowym i czy przede wszystkim zgodne są z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę a czy w związku z powyższym cena oferty nie ma rażąco niskiego charakteru. Założenia Zamawiającego w ocenie Izby były o tyle celne, że Odwołujący w drugich

wyjaśnieniach pisał o zaangażowaniu przez cały okres realizacji zamówienia.

Gdyby w wyjaśnieniach Odwołujący pokazał na każdym etapie jakie jest zaangażowanie poszczególnych specjalistów, konieczne dla prawidłowego wykonania zamówienia, to Zamawiający powyższe mógłby zestawić ze stawkami zaproponowanymi w kalkulacji jako wynagrodzenie dla poszczególnych specjalistów.

W ramach materiału dowodowego wraz z wyjaśnieniami Odwołujący złożył tylko jedną umowę o pracę, dla głównego projektanta i koordynatora projektu. Odwołujący nie przedstawia, a tym samym nie wykazuje, prawidłowości założeń wynagrodzeń dla osób wykonujących prace biurowe, gdzie SWZ również zawierała obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę. Natomiast Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu choćby wyciągów z umów cywilnych, choć wskazuje, że z zespołem dedykowanym do tego zamówienia łączy go wieloletnia współpraca.

Odnosząc się do zarzutów, że Zamawiający w innych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, przyjmował jako prawidłowe, wyjaśnienia o zbliżonym stopniu szczegółowości, jak złożył Odwołujący, Izba pragnie podkreślić, że każde postępowanie należy oceniać odrębnie, każde postępowanie charakteryzuje się odmiennością, choćby związaną z przedmiotem zamówienia. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień, bazując na treści złożonej oferty i opisie przedmiotu zamówienia, musi zestawić te dwa elementy i przedstawić danemu zamawiającemu wyjaśnienia. W każdym przypadku szczegółowość tych wyjaśnień może być inna, a zamawiający zobowiązany jest ocenić wyjaśnienia stosownie do warunków zamówienia. W każdym też postępowaniu zamawiający może mieć inne wątpliwości w stosunku do ceny ofertowej. W przedmiotowym postępowaniu istotne jest to, że Zamawiający kierując drugie wezwanie do wyjaśnień, jasno i precyzyjnie wskazał jakie posiada wątpliwości w stosunku do stanowiska przedstawionego w pierwszych wyjaśnieniach Odwołującego.

Prawdą jest, że Zamawiający w SWZ nie określił minimalnego poziomu zaangażowania dla poszczególnych specjalistów, także w przypadku zatrudniania osób na umowę o pracę, ani nie wymagał zaangażowania na pełnym etacie. Kierując jednak do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień, Zamawiający nie chciał badać zgodności treści oferty z treścią SWZ ale chciał zbadać, czy Odwołujący odpowiednio zabezpieczył ofertę dla ponoszenia kosztów spoczywających na pracodawcy. Przy czym Zamawiający powyższe odnosił do danych przedstawionych przez Odwołującego w złożonych wyjaśnieniach. Sam zaś Odwołujący w wyjaśnieniach podkreślał, że głównym składnikiem kosztotwórczym dla złożonej oferty są koszty osobowe.

Reasumując, w treści wyjaśnień Wykonawca nie przedstawił żadnych informacji, w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, Wykonawca przedstawił bardzo ogólne wyjaśnienia, sprowadzając swoje oświadczenia do stanowiska, że przepisy te są przestrzegane.

W zakresie argumentacji Odwołującego wskazującej na możliwość ponownego wezwania do wyjaśnień, Izba pragnie podkreślić, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnień. Rozwiązanie to nie może zatem sprowadzać się do stworzenia wykonawcy drugiej szansy na udzielenie wyjaśnień w zakresie spełniającym oczekiwania zamawiającego w sytuacji,

gdy wykonawca złożył wyjaśnienia nierzetelne, niekompletne lub niepotwierdzające prawidłowości ceny (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2017 r., sygn. akt: KIO 686/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 23/22).

Czyli otrzymanie kolejnej szansy na przedstawienie stanowiska Zamawiającemu poprzedzić muszą co najmniej nowe wątpliwości Zamawiającego i nowe kwestie do wyjaśnienia. Przy czym te okoliczności powinny wynikać z otrzymanych już wyjaśnień.

W przedmiotowej sprawie, w ocenie Izby, treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień nie rodzi żadnych nowych okoliczności, które wymagałyby przedstawienia dodatkowego stanowiska. Izba uważa także, że nie istnieją dalsze kwestie, które wymagałyby złożenia ponownie wyjaśnień. Odwołujący odpowiadając na wezwanie Zamawiającego wskazał czynniki, które w jego ocenie uzasadniają poziom cen danych elementów. Złożone wyjaśnienia mają na tyle niedoskonały charakter i nie są poparte wystarczającym materiałem dowodowym, że otrzymanie ponownego wezwania do wyjaśnień oznaczałoby umożliwienie Wykonawcy przedstawienia stanowiska od nowa, a nie jego uzupełnienie w kwestiach niejasnych dla Zamawiającego. Dostarczenia również wymaga, iż Odwołującemu dwukrotnie umożliwiono wypowiedzenie się co do prawidłowości ceny ofertowej.

W ocenie Izby w zaistniałym stanie faktycznym skierowanie do Odwołującego ponownego wezwania do wyjaśnień sprowadzało się do żądania od wykonawcy przedstawienia nowych dowodów i informacji, podczas gdy, takie ponowne wezwanie, powinno służyć jedynie doprecyzowaniu wyjaśnień, które już w pierwotnej wersji były szczegółowe, spójne, logiczne i poparte stosownymi dowodami.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania i oddaliła odwołanie, nie dopatrując się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 16 ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie dokonał oceny ofert w sposób arbitralny i prawidłowo ocenił wyjaśnienia Odwołującego, a ich ocena prowadzić musiała do odrzucenia oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....