Sygn. akt: KIO 1277/23

WYROK
z dnia 26 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk
Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Osiecka - Baran
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2023 r. przez wykonawcę **Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach**
przy udziale wykonawcy **eR GRUPA Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy eR GRUPA Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.
3. Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę wnoszącego sprzeciw i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Wykonawcy wnoszącego sprzeciw na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późń. zm.) 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: ……..

……..

Sygn. akt: KIO 1277/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad
w Warszawie, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach[dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na *pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Rozbudowa Drogi Krajowej nr 46 odc. Lelów - Nakło* (znak postępowania: O/KA.D-3.2411.37.2022).
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 listopada 2022 r. pod numerem 2022/S 219-629304.

W dniu 5 maja 2023 r. wykonawca Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty eR GRUPA w sytuacji, w której Wykonawca ten zaoferował wykonanie zamówienia za rażąco niską cenę i nie udzielił w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 marca 2023 r. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i sposobu kalkulacji ceny oferty;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty er GRUPA w sytuacji, w której eR GRUPA w dniu 6 lutego 2023 r. złożyła ogólne i lakoniczne wyjaśnienia RNC, które nie potwierdzają, że zaoferowana przez tego Wykonawcę cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej;

3. art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia eR GRUPA z Postępowania w sytuacji, w której Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących doświadczenia (i) p. G. M. wskazanego na stanowisko Specjalisty ds. roszczeń oraz p. (ii) A. P.-G. wskazanej na stanowisko Specjalisty ds. rozliczeń na potrzeby uzyskania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert określonego w pkt 21.1.2.2. IDW, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;

4. art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia eR GRUPA z Postępowania w sytuacji, w której Wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd dotyczące doświadczenia (i) p. G. M. wskazanego na stanowisko Specjalisty ds. roszczeń oraz p. (ii) A. P.-G. wskazanej na stanowisko Specjalisty ds. rozliczeń na potrzeby uzyskania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert określonego w pkt 21.1.2.2 IDW, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

a)unieważnienia czynności wyboru oferty eR GRUPA jako oferty najkorzystniejszej;

b)powtórzenia czynności badania oraz oceny ofert;

c)wykluczenia eR GRUPA z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp;

d)odrzucenia oferty eR GRUPA z Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu nr 1 i 2 Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy. Uzasadniał, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przyjmując, że (i) udzielone przez tego Wykonawcę wyjaśnienia obalają domniemanie zaoferowania przez tego Wykonawcę ceny rażąco niskiej oraz (ii) zaoferowana przesz eR GRUPA cena oferty została skalkulowana prawidłowo.

Odwołujący wskazał na art. 224 ust. 6 ustawy Pzp i podkreślał, że eR GRUPA nie udzieliła wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 marca 2023 r., pozostawiając bez odpowiedzi pismo Zamawiającego, w którym zwrócił się on o doszczegółowienie oświadczeń zawartych w wyjaśnieniach eR GRUPA z dnia 6 lutego 2023 r. Odwołujący wskazał, że eR GRUPA nie wniosła odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej na przedmiotowe wezwanie do złożenia wyjaśnień kwestionując jego celowość, a Zamawiający nie unieważnił czynności wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień (np. w wyniku oceny, że było ono nadmiarowe lub błędnie sformułowane). Zatem wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 16 marca 2023 r. ma charakter wiążący i wywołuje skutki prawne w stosunku do eR GRUPA. Przepis art. 224 ust. 4 ustawy Pzp ma charakter imperatywy (bezwzględnie obowiązujący) zatem Zamawiający, po upływie terminu na złożenie wyjaśnień, wyznaczonego wykonawcy eR GRUPA w treści wezwania - był obowiązany do odrzucenia jego oferty. Odwołujący wskazał, że podstawy faktyczne odrzucenia oferty Wykonawcy mają charakter obiektywny (nie podlegają ocenie Zamawiającego) i wynikają wprost z akt Postępowania. Podkreślał, że wyjaśnienia wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny nie mogą być zastępowane innymi dokumentami takimi jak np. wewnętrzne opinie wydane przez pracowników/prawników Zamawiającego czy ponowna analiza oferty wykonawcy. Tego rodzaju dokumenty nie stanowią dokumentacji postępowania przetargowego i nie mogą zastępować czynności wykonawcy, do których był on obowiązany zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w skierowanym do eR GRUPA pytaniu dążył jednoznacznie do wyjaśnienia, czy osoby, które eR GRUPA zamierza skierować do realizacji zamówienia na podstawie samozatrudnienia, spełniają kryteria do uznania je za „przyjmującego zlecenie lub świadczącego usługi" w rozumieniu ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207)", bowiem gdyby osoby te nie spełniały tych kryteriów to należałoby je uznać za osoby zatrudnione na podstawie stosunku pracy. Wówczas eR GRUPA, nie tylko naruszyłaby przepisy kodeksu pracy, ale przedstawione przez eR GRUPA kalkulacje byłyby w sposób oczywiste błędne i potwierdzające zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Jak wskazał radca prawny Zamawiającego: „Tut. Wydział nie posiada informacji pozwalających na przyjęcie, że osoby prowadzące działalność gospodarczą, które Wykonawca zamierza skierować do realizacji zamówienia kwalifikują się do uznania je za przyjmującego zlecenie lub świadczącego usługi" w rozumieniu ustawy z dnia 10 października 2022 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę".

Odwołujący podniósł, że wobec braku wskazania przez eR GRUPA w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, stosownych informacji — ani Zamawiający, ani pozostali wykonawcy biorący udział w Postępowaniu, nie posiadają informacji pozwalających na uznanie, że przedstawione przez eR GRUPA kalkulacje są prawidłowe i zgodne z przepisami prawa. Uznając wyjaśnienia eR GRUPA za wyczerpujące, a brak udzielenia wyjaśnień

na drugie wezwanie za irrelewantne, Zamawiający musiał natomiast przyjąć założenie, że osoby skierowane przez eR GRUPA do realizacji zamówienia i zatrudnione w formie umowy cywilno-prawnej, nie spełniają kryteriów powyższej ustawy lub ich zatrudnienie nie stanowi *de facto* stosunku pracy. Powyższe założenie nie wynika jednak z wyjaśnień eR GRUPA, ale założenia przyjętego przez Zamawiającego nie na podstawie jakichkolwiek danych, ale na podstawie braku informacji przeciwnych.

Uzasadniał, że skoro jednak Zamawiający miał wątpliwości w zakresie udzielonych przez eR GRUPA pierwotnie wyjaśnień i zdecydował się je wyartykułować w formie wezwania do udzielenia wyjaśnień, to eR GRUPA była zobowiązana do ich udzielenia,

a Zamawiający nie może zastępować Wykonawcy w udzieleniu tych wyjaśnień. Znamienne, że eR GRUPA nie udzieliła wyjaśnień w ogóle, a nie z uchybieniem terminu co mogłoby wskazywać na niefrasobliwość wykonawcy. Zatem przyjąć należy, że eR GRUPA

z niewyjaśnionych powodów podjęła świadomą decyzję o zignorowaniu wezwania Zamawiającego, co świadczyć może o chęci uniknięcia konieczności udzielenia zgodnych

z prawdą odpowiedzi w obawie o konsekwencje wynikające z podania prawdziwych danych.

Odwołujący wskazał, że konieczność odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił odpowiedzi na wezwanie do udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zdaje się potwierdzać ugruntowane orzecznictwo KIO. Odwołujący przywołał wyrok KIO 290/22, KIO 441/22. W konsekwencji nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że oferta eR GRUPA powinna zostać odrzucona na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

<u>Zaoferowanie przez Wykonawcę stawek dziennych niższych niż wynikające przepisów o minimalnym wynagrodzeniu o pracę</u>

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią wyjaśnień Wykonawcy z dnia 6 lutego 2023 r. zamierza on zatrudnić na podstawie umowy o pracę m.in. Specjalistę ds. kontaktów

i promocji oraz Specjalistę ds. podwykonawców i gestorów sieci. Jednocześnie eR GRUPA przyjęła dla tych członków personelu stawkę 1 roboczodnia na poziomie 150 zł netto. Odwołujący wskazał, że przyjęta przez Wykonawcę kwota jest niższa niż wynikająca

z rozporządzenia określającego minimalne wynagrodzenie o pracę co zobrazował w tabeli.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca jednocześnie nie wyjaśnił czy, i dlaczego, udało mu się zmniejszyć koszty zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Wobec braku takich wyjaśnień przyjąć należy, że Wykonawca nie wdrożył żadnych mechanizmów umożliwiających optymalizację kosztów w tym zakresie. W konsekwencji uznać należy, że przyjęte przez eR GRUPA koszty zatrudnienia pracowników są niższe aniżeli wynikające

z przepisów obowiązującego prawa co powoduje, że zaoferowana przez Wykonawcę cena nie uwzględnia wszystkich kosztów, jakie będzie ponosił Wykonawca w trakcie realizacji zamówienia. Zaoferowana przez Wykonawcę cena została zatem skalkulowana w sposób nieprawidłowy i nosi znamiona ceny dumpingowej (stawka poniżej kosztów wynagrodzenia). Odwołujący wskazał, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO niezgodność zaoferowanych stawek z przepisami dot. minimalnego wynagrodzenia, stanowi podstawę do odrzucenia oferty. Przywołał wyrok KIO 1241/22, KIO 1742/20 oraz KIO 912/21. Wskazał, iż tezy zacytowanych wyżej orzeczeń KIO jednoznacznie potwierdzają, że w przypadku, gdy

z oferty lub wyjaśnień dot. zaoferowanej ceny ofertowej lub jej części składowej, wynika, iż dany wykonawca skalkulował wynagrodzenie osób skierowanych do realizacji zamówienia poniżej stawek minimalnych wynikających z odrębnych przepisów — to Zamawiający powinien odrzucić taką ofertę, bowiem zawiera ona rażąco niską cenę. Przy czym bez znaczenia dla decyzji Zamawiającego powinny być oświadczenia wykonawcy wskazujące na prawidłowość kalkulacji ofertowej — jeśli nie zostały one poparte dowodami lub dowody nie potwierdzają w sposób pewny, iż zastosowano stawki równe bądź wyższe stawkom minimalnym.

<u>Zaoferowanie przez Wykonawcę stawek dziennych niższych niż wynikające z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu — dla osób samozatrudnionych (prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą)</u>

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią wyjaśnień Wykonawcy z dnia 6 lutego 2023 r. zamierza on zatrudnić osoby prowadzące jednoosobowe działalności gospodarcze na stanowiskach m.in.: Specjalista ds. kontaktów i promocji oraz Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej, Asystent Technologa, Specjalista ds. nadzoru przyrodniczego, ochrony środowiska i zieleni, Specjalista ds. inżynierii ruchu, Archeolog oraz Asystent Geodety. Jednocześnie eR GRUPA przyjęła dla tych członków personelu stawkę 1 roboczodnia na poziomie 150 zł netto.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozporządzeniem w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. stawka minimalna począwszy od 01.01.2023 wynosi 22,80 zł za godzinę, a więc w sumie, minimalna kwota za pracę przez 8h, tzw. dniówka dla samozatrudnionego, wynosi 182,40 zł. Z kolei zgodnie z tłumaczeniem Wykonawcy osoba prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą, współpracująca z Wykonawcą na podstawie umowy cywilnoprawnej, za jedną dniówkę pracy na pozycji Asystent Inspektora Nadzoru

specjalności inżynieryjnej drogowej, Asystenta Technologa, Specjalisty ds. nadzoru przyrodniczego, ochrony środowiska i zieleni, Specjalista ds. inżynierii ruchu, Archeolog oraz Asystent Geodety, powinna złożyć Wykonawcy: „fakturę na kwotę 182,40 złote + VAT (przy czym dla Wykonawcy VAT jest neutralny), a zatem rzeczywisty „koszt" takiej osoby dla Wykonawcy wynosi 182,40 złote". Wyliczona zgodnie z systemem opisanym przez Wykonawcę kwota wynagrodzenia za tzw. dniówkę jest więc znacznie wyższa niż zaproponowana przez Wykonawcę kwota wynagrodzenia 150 zł, w formularzu cenowym w pozycjach Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej, Asystenta Technologa, Specjalisty ds. nadzoru przyrodniczego, ochrony środowiska i zieleni, Specjalista ds. inżynierii ruchu, Archeolog oraz Asystent Geodety oraz w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny.
W świetle powyższego oferowane przez Wykonawcę członkom personelu stawki godzinowe (a co za tym idzie również stawki dzienne) nie mogą być niższe niż określone
w przepisach o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Co ważne w sprawie: eR GRUPA oświadczyła w wyjaśnieniach wprost, że członkowie personelu nie stanowią podwykonawców Wykonawcy, ale będą świadczyć usługi w ramach umów cywilno — prawnych. Zatem Wykonawca powinien uwzględnić przepisy powyższej ustawy oraz rozporządzeń wykonawczych przy kalkulacji ceny oferty.
Odwołujący wskazał, że ze złożonych przez eR GRUPA wyjaśnień nie wynika ile wynosi oferowana członkom personelu stawka godzinowa. Podkreślić bowiem należy, że zgodnie z art. 8b ust. 1 i ust. 2 przywołanej powyżej ustawy wynika obowiązek wskazania wysokości stawki godzinowej oraz sposobu ustalania wynagrodzenia zleceniobiorcy lub usługobiorcy w oparciu o tę stawkę. W wyjaśnieniach przyjęto natomiast, że wynagrodzenie poszczególnych członków zespołu Wykonawcy będzie mieć charakter ryczałtowy, niezmienny od ilości godzin świadczonych usług. Przyjęte przez Wykonawcę założenia są zatem niezgodne z przepisami obowiązującego prawa. Dodatkowo z ustawy wynika, że nawet jeśli w umowie ze zleceniobiorcą / usługodawcą określono niższą stawki to i tak Wykonawca będzie obowiązany do zapłaty wynagrodzenia w oparciu o minimalną stawkę godzinową obowiązującą w dacie wykonania usługi. Zatem Wykonawca będzie zmuszony dopłacić wyrównanie do ustalonych wynagrodzeń lub narazić się na konsekwencje związane z niezastosowaniem się do przepisów ustawy (ryzyko kary pieniężnej do 30,000.00 zł).
Odwołujący na poparcie stanowiska przywołał wyrok KIO 1742/20 oraz KIO 2111/22.
Zaoferowanie przez Wykonawcę stawek dziennych niższych niż wynikające z przepisów
#x200eo minimalnym wynagrodzeniu o pracę - personel biurowy i pomocniczy
Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią wyjaśnień Wykonawcy z dnia 6 lutego 2023 r. zamierza on zatrudnić na podstawię umowy o pracę dwie osoby personelu biurowego, za wynagrodzeniem nie niższym niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Jednocześnie eR GRUPA przyjęła dla tych członków personelu stawkę wynagrodzenia za miesiąc pracy na poziomie 3600 zł netto. Odwołujący podniósł, że Wykonawca w swoich wyjaśnieniach na stronie 4 zaznacza, że zatrudniając na podstawie umowy o pracę, koszt pracodawcy (Wykonawcy) stanowi nie kwota netto dla pracownika, ani kwota brutto dla pracownika ale całkowity koszt pracodawcy (Wykonawcy) uwzględniający dodatkowe, obowiązkowe składki. Jako przykład Wykonawca przytacza wynagrodzenie 4000 złotych „na rękę" gdzie korzystając ze strony https://wynagrodzenia.pl/kalkulator-wynagrodzen Wykonawca wylicza całkowity koszt pracodawcy (Wykonawcy) na poziomie 6 487,06 złotych. Odwołujący wskazał, iż stosując obliczenia przywołane przez Wykonawcę w jego własnych wyjaśnieniach, należy w kalkulacji wynagrodzenia personelu biurowego uwzględnić wszystkie koszty pracodawcy (Wykonawcy) i dla minimalnego wynagrodzenia na umowie
o pracę od 1 stycznia 2023 roku (dodatkowo od 1 lipca 2023 r. minimalna stawka godzinowa ma wzrosnąć do 3 600 zł brutto), całkowity koszt pracodawcy (Wykonawcy) to 4 204,75 zł — i koszt ten powinien zostać ujęty w kalkulacji ceny ofertowej.
Uwzględniając koszt dwóch osób personelu biurowego zatrudnionych na podstawie umowy o pracę na poziomie 8 409,50 zł, w kalkulacji ceny ofertowej przedstawionej przez Wykonawcę, cały koszt pozycji Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do Odbioru Ostatecznego Robót to 195 352,00 zł. Zgodnie z zapisami formularza cenowego, całość pozycji: Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do Odbioru Ostatecznego Robót - nie może przekroczyć 15% wartości wyliczonej w pozycji A niniejszego formularza czyli: 1 216 840,00 zł x 15% = 182 526,00 zł. Nawet zakładając zmniejszenie nieobligatoryjnej rezerwy Wykonawcy (4 800 zł), cały koszt pozycji Koszty administracyjne, od rozpoczęcia Usługi do Odbioru Ostatecznego Robót to 190 552,00 zł co stanowi przekroczenie maksymalnej kwoty w tej pozycji dopuszczonej przez Zamawiającego w formularzu cenowym. Powyższe dodatkowo potwierdza, że kalkulacja ofertowa Wykonawcy jest nieprawidłowa, a jego oferta zawiera rażąco niską cenę.
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 maja 2023 r. oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania w całości.
W toku rozprawy Zamawiający poparł argumentację prezentowaną przez Odwołującego i wniósł o uwzględnienie odwołania.
Przystępujący w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron oświadczył, iż wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania. W piśmie z dnia 22 maja 2023 r. Przystępujący przedstawił stanowisko procesowe.

Jednocześnie w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron Odwołujący oświadczył, iż cofa zarzuty odwołania zawarte w punkcie oznaczonym literą c) i d) *petitum*.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,
o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę eR GRUPA
Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach [dalej „Przystępujący" lub „eR GRUPA"] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że wykonawca PROKOM Construction Sp. z o.o. z siedzibą
w Sosnowcu nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, bowiem nie zostały spełnione przesłanki określone w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Z ww. przepisu wynika, iż do postępowania odwoławczego może przystąpić tylko wykonawca. Z kolei stosownie do art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, pod pojęciem wykonawcy należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Jak wynika zatem z treści powyższego przepisu, status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania, czy też z realizacją zamówienia publicznego. Rozróżnić należy w szczególności etap postępowania mający miejsce przed upływem terminu składania ofert, kiedy to status wykonawcy może posiadać szeroki krąg podmiotów zainteresowanych uzyskaniem zamówienia, od etapu po upływie terminu składania ofert, kiedy status wykonawcy przysługuje podmiotom, które złożyły ofertę
w postępowaniu. Status wykonawcy traci także wykonawca, który został przez zamawiającego wykluczony z postępowania lub jego oferta została odrzucona, a czynności te stały się ostateczne.

Powyższa sytuacja miała miejsce w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Oferta wykonawcy PROKOM Construction Sp. z o.o. w dniu 25 kwietnia 2023 r. została odrzucona z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Od ww. czynności Przystępujący nie wniósł odwołania, co potwierdził Zamawiający w toku posiedzenia z udziałem Stron, wobec czego czynność Zamawiającego stała się niewzruszalna. Wykonawca PROKOM Construction Sp. z o.o. pozbawił się zatem statusu wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, co przekłada się na nieskuteczność zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego. Jednocześnie Izba wskazuje, iż wykonawca PROKOM Construction Sp. z o.o. w zgłoszeniu przystąpienia nie odniósł się do przesłanki interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu wraz ze zmianami, specyfikację warunków zamówienia wraz
z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, informację z otwarcia ofert, ofertę Przystępującego wraz z wyjaśnieniami, wezwania kierowane do Przystępującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron
i Uczestnika złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 24 maja 2023 r., w tym odpowiedź na odwołanie oraz pismo procesowe Przystępującego z dnia 22 maja 2023 r.
Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego w toku rozprawy, tj. wydruk z platformy zakupowej dotyczący korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z Wykonawcami oraz dowód złożony przez Zamawiającego, tj. wyciąg
z regulaminu platformy zakupowej.

Jednocześnie w poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła dowody złożone przez Przystępującego przy piśmie procesowym oraz w toku rozprawy, tj.:

1. oświadczenie p. G. D.;
2. oświadczenie p. M. K.;
3. oświadczenie p. A. R.;

4. oświadczenie p. R. W.;

5. oświadczenie p. R. Z.;

6. oświadczenie p. M. K.

Pozostałe dowody załączone do pisma Przystępującego Izba uznała za nieprzydatne do rozpoznania sprawy, bowiem dotyczyły zarzutów wycofanych przez Odwołującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi w zakresie zarządzania i kontroli oraz nadzoru nad realizacją umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której przedmiotem jest: „Rozbudowa drogi krajowej nr 46 odc. Lelów - Nakło" na warunkach określonych w Umowie z Konsultantem oraz zgodnie z zapisami Kontraktowymi dla zadania inwestycyjnego.

Zgodnie z punktem 14.2. IDW, w postępowaniu komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w tym składanie ofert oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń odbywa się przy użyciu Platformy. Za datę wpływu oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przyjmuje się datę ich wczytania do Platformy.

Stosownie do pkt. 14.3. IDW, Zamawiający wyznacza Panią A. K. do kontaktowania się z Wykonawcami.

Zgodnie z punktem 17.3. IDW, każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym.

Zgodnie z § 1 projektowanych postanowień umowy (PPU) dniówka: jednostka rozliczeniowa czasu świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta wskazana w Formularzu Cenowym, stanowiąca podstawę rozliczania Usługi zgodnie z Umową, przy czym pod pojęciem dniówki rozumie się przepracowanie w danej dobie co najmniej 8 godzin, przy czym przepracowanie dodatkowej godziny lub godzin ponad obowiązujący dobowy wymiar 8 godzin pracy nie będzie wpływał na zwiększenie wynagrodzenia Konsultanta.

Zgodnie z § 13 ust. 4 PPU: Zamawiający wymaga aby zatrudnione na podstawie umowy o pracę były następujące osoby:

- Główny Inspektor Nadzoru Robót Drogowych – Koordynator Nadzoru,
- wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących Personel Biurowy, tj.: czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w pkt. 2.1. OPZ.

Stosownie do ust. 5: Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, przez okres świadczenia Usługi, do odbioru ostatecznego robót, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu. Konsultant zobowiązuje się przez cały okres świadczenia Usługi, do odbioru ostatecznego robót, utrzymywać ciągłość zatrudnienia w wymiarze pracy nie mniejszym niż wynikającym z niniejszej Umowy (dot. Głównego Inspektora Nadzoru Robót Drogowych – Koordynatora Nadzoru oraz Personelu Biurowego). W przypadku rozwiązania stosunku pracy w trakcie obowiązywania niniejszej Umowy z którąkolwiek z osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, Konsultant będzie zobowiązany niezwłocznie do wyznaczenia na to miejsce nowej, innej osoby zatrudnionej na podstawie umowy o pracę, w wymiarze nie mniejszym niż wynikający z zasad określonych w niniejszej umowie.

W przypadku zmiany, o której mowa wyżej, wyznaczenie danej osoby do świadczenia Usługi musi nastąpić w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia wystąpienia zakończenia umowy z poprzednio zatrudnioną osobą.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło dwunastu wykonawców, w tym Przystępujący z ceną 1 496 713,20 zł. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi: 1 863 352,20 zł (brutto). Wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego powiększona o należny podatek VAT wynosi: 2 005 809,36 zł.

Z powyższego wynika, że cena oferty Przystępującego jest niższa o 19,68 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz niższa o 25,38 % od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego powiększonej o należny podatek VAT.

Wykonawca eR GRUPA wraz z ofertą złożył Formularz Cenowy obejmujący wyszczególnienie elementów rozliczeniowych. W Formularzu Cenowym dla Ekspertów wskazanych w pozycji 2.2.4, 2.2.5, 2.2.8-2.2.12 oraz 2.2.14 podał cenę jednostkową netto stanowiącą 150 zł. Jednostką czasu/ilości rozliczenia dla ww. pozycji była dniówka. Z kolei pozycję 1.1 Koszty administracyjne (m.in. Biuro Konsultanta, Środki transportu Konsultanta, Personel Biurowy) Przystępujący wycenił na 11 000 zł netto/miesiąc.

W dniu 25 stycznia 2023 r. Zamawiający w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wezwał eR GRUPA do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zgodnie z warunkami zamówienia. W wezwaniu Zamawiający wskazał na wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymogami

określonymi
w SWZ i możliwości zatrudnienia poszczególnychosób (Ekspertów) za zaoferowane stawki zgodnie z przepisami dotyczącymi kosztów pracy. Zamawiający podkreślił, że zaoferowana przez Wykonawcę cena budzi wątpliwości oraz jej istotne części składowe w szczególności Ceny jednostkowe netto dotyczące pozycji 2.2.8- 2.2.12. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że ustalił w ramach szacowania wartości zamówienia stawki dzienne dla Specjalistów (i) ds. nadzoru przyrodniczego, ochrony środowiska i zieleni, (ii) inżynierii ruchu (w tym organizacji ruchu), (iii) kontaktów ze społecznością, promocji, (iv) umów z podwykonawcami, dostawcami i usługodawcami oraz umów z gestorami sieci oraz (v) Archeologa odpowiednio na poziomie 255,18 zł netto, 250,31 zł netto, 229,79 zł netto oraz 255,18 zł netto. Przyjęta przez Wykonawcę stawka wynosi natomiast 150.00 zł netto dla każdej osoby.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z SWZ TOM I pkt. 17.3. IDW, Zamawiający wymagał: „Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym." Zgodnie z definicją „dniówki" określoną w SWZ TOM II § 1 Umowy (PPU), jako dniówkę należy rozumieć: „jednostkę rozliczeniową czasu świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta wskazaną w Formularzu Cenowym, stanowiącą podstawę rozliczania Usługi zgodnie z Umową, przy czym pod pojęciem dniówki rozumie się przepracowanie
w danej dobie co najmniej 8 godzin, przy czym przepracowanie dodatkowej godziny lub godzin ponad obwiązujący dobowy wymiar 8 godzin pracy nie będzie wpływał na zwiększenie wynagrodzenia Konsultanta".

Jednocześnie wskazano, iż zgodnie z SWZ TOM II § 26 Umowy (PPU): „Konsultant jest zobowiązany tak zorganizować codzienną pracę Personelu, aby uwzględnić czas pracy Wykonawców w stopniu zapewniającym należyte wykonywanie przez Konsultanta obowiązków wynikających zarówno z Umowy, obowiązującego prawa, jak i Kontraktu".

W SWZ TOM IV Formularzu cenowym, w uwagach, Zamawiający wskazał, że każda pozycja w dziale "Usługi nadzoru" powinna obejmować całość kosztów zatrudnienia
i wynagrodzenia poszczególnych rodzajów Ekspertów niezbędnych do prawidłowego wykonania Usługi zgodnie z Umową i OPZ, oraz że Oferent wycenia koszt pełnienia Usługi przez Innych Ekspertów określonego rodzaju bez względu na liczbę osób, a liczba osób będzie wynikać z faktycznego zapotrzebowania, które będzie określone na podstawie harmonogramu sporządzanego przez Konsultanta (HPPK) i zatwierdzonego przez KP
w trakcie realizacji Usługi - zgodnie z Umową.

W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty i jej istotnych części składowych,
w szczególności:
1/ Jakie elementy/czynniki miały wpływ na ukształtowanie się wysokość ceny oferty i jej istotnych części składowych w tym cen jednostkowych w zakresie pozycji od 2.2.8 - 2.2.12 Formularza Cenowego? Zamawiający wzywa do przedstawienia szczegółowej kalkulacji cenowej w rozbiciu na poszczególne elementy składowe uwzględniające w szczególności przyjętą przez Wykonawcę wysokość kosztów zatrudnienia i wysokość wynagrodzenia za pracę dla poszczególnych osób wchodzących w skład personelu Konsultanta, przyjęty wymiar czasu pracy, narzuty, przewidywany zysk, biuro Konsultanta i etc., w konsekwencji wykazania, że przyjęte ceny są wystarczające do pokrycia kosztów związanych
z zatrudnieniem Innych Ekspertów i realizacją zamówienia.
2/ Jakie założenia przyjął i w jaki sposób Wykonawca skalkulował cenę oferty w kosztach „dniówki" każdej z osób wchodzących w skład Innych Ekspertów, biorąc pod uwagę wymagania postawione przez Zamawiającego a także czy i w jakiej wysokości zostały wzięte pod uwagę przez Wykonawcę takie czynniki jak m.in: szkolenia, zakwaterowanie i delegacje, wyposażenie bhp, urlopy i wszelkie inne koszty związane z zatrudnieniem i pracą poszczególnych osób, niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia?
3/ Mając na uwadze wymogi zawarte w SWZ w jaki sposób Wykonawca zamierza zorganizować pracę personelu wchodzącego w skład Innych Ekspertów oraz jaki Wykonawca przyjął harmonogram pracy.
4/ Czy i w jakim zakresie na wyliczenie ceny oferty i jej istotnych części składowych miały wpływ w szczególności takie elementy jak:
(a) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie (wraz ze wskazaniem w jaki sposób ww. aspekty wpłynęły w niniejszym przypadku na wyliczenie ceny);
(b) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (wraz ze wskazaniem
w jaki sposób ww. aspekty wpłynęły w niniejszym przypadku na wyliczenie ceny);

(c) wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo korzystne warunki realizacji usługi (wraz ze wskazaniem na czym polegają ww. rozwiązania/korzystne warunki i w jaki sposób wpłynęły na wyliczenie ceny).

W dniu 6 lutego 2023 r. Przystępujący złożył stosowne wyjaśnienia wraz z kalkulacją cenową oraz załączył dowody.

Pismem z dnia 8 marca 2023 r. Zamawiający zawiadomił Przystępującego o odtajnieniu całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny zawartych w piśmie z dnia 6 lutego 2023 r., co zostało potwierdzone przez Zamawiającego w toku rozprawy.

Pismem z dnia 16 marca 2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę na podstawie art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia czy osoby, które Wykonawca zamierza skierować do realizacji zamówienia, a które zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy z dnia 06.02.2023 r. współpracują z Wykonawcą w formie samozatrudnienia (tj. osoby prowadzące działalność gospodarczą w formie jednoosobowej działalności gospodarczej), zatrudniają pracowników lub zawierają umowy ze zleceniobiorcami (a w konsekwencji czy spełniają przesłanki nakazujące uznanie ich za „przyjmującego zlecenie lub świadczącego usługi" w rozumieniu ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207).

Przystępujący nie udzielił odpowiedzi na powyższe wezwanie do wyjaśnień.

W dniu 25 kwietnia 2023 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę wykonawcy eR GRUPA. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestnika postępowania Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie, w zakresie zarzutów oznaczonych literą c) oraz d) *petitum* odwołania. Mając na uwadze złożone przez Wykonawcę oświadczenie Izba uznała, że postępowanie odwoławcze dotyczące naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp podlega umorzeniu.

W pozostałym zakresie, biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty eR GRUPA jako zawierającej rażąco niską cenę.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje treść przepisów ustawy Pzp będących podstawą rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Stosownie do ust. 2 ww. przepisu, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) 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.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym
w ust. 3 pkt 4 i 6 (art. 224 ust. 4 ustawy Pzp). W myśl art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 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 (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie Izby poglądem 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. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Tym samym efektem złożonych wyjaśnień winno być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie w zakresie rażąco niskiej ceny nie było uzasadnione. Jednocześnie wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama.
W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Uwzględniając powyższe rozważania prawne Izba wskazuje, iż dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień poziomu ceny złożonych przez eR GRUPA była nieprawidłowa z dwóch przyczyn. Po pierwsze, Wykonawca nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 marca 2023 r. dotyczące uszczegółowienia pierwotnie złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Po drugie, Wykonawca nieprawidłowo skalkulował cenę oferty w zakresie wynagrodzenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, ponieważ zostały one oszacowane poniżej stawek minimalnych wynikających z odrębnych przepisów dotyczących kosztów pracy.

Odnosząc się do pierwszej okoliczności Izba stwierdziła, iż wniesione odwołanie zasługiwało na uwzględnienie już tylko z tej przyczyny, że wykonawca eR GRUPA nie odpowiedział na skutecznie przekazane za pomocą platformy zakupowej pismo Zamawiającego z dnia 16 marca 2023 r. stanowiące wezwanie do uszczegółowienia wyjaśnień ceny oferty przedstawionych pismem z dnia 6 lutego 2023 r. Podkreślić należy, iż przedmiotowe wezwanie miało charakter wiążący dla Przystępującego, bowiem nie zostało wzruszone przez Wykonawcę za pomocą środków ochrony prawnej. Czynność wezwania Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień poziomu ceny nie została także unieważniona przez Zamawiającego w ramach autokontroli. Niewątpliwie zatem przedmiotowe wezwanie miało charakter wiążący i wywoływało doniosłe skutki prawne
w świetle art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Z przywołanego przepisu jednoznacznie wynika, że odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczony terminie, co miało miejsce w okolicznościach niniejszej sprawy. Wobec powyższego za irrelewantne na obecnym etapie postępowania Izba uznała rozważania Przystępującego dotyczące braku podstaw do skierowania do Wykonawcy wezwania z dnia 16 marca 2023 r. Podkreślenia wymaga, iż skoro Zamawiający miał wątpliwości w zakresie udzielonych przez eR GRUPA pierwotnie wyjaśnień i zdecydował się je wyartykułować w formie wezwania, to Przystępujący był zobowiązany do ich udzielenia, czego bezspornie w niniejszej sprawie zaniechał. W konsekwencji nie sposób uznać, iż złożone przez wykonawcę eR GRUPA wyjaśnienia ceny oferty miały charakter pełny.

Izba nie mogła wziąć pod uwagę załączonych przez Przystępującego do pisma procesowego oraz złożonych podczas rozprawy oświadczeń członków personelu na okoliczność wykazania, że określone osoby nie są osobami „przyjmującymi zlecenie lub świadczącymi usługi" na gruncie ustawy z dna 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207). Wskazać należy, że postępowanie odwoławcze przed Izbą stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny. W związku z tym, w przedmiotowym zakresie, Izba ocenia treść wyjaśnień oraz dowodów, jakimi dysponował zamawiający oraz czynność ich oceny przez zamawiającego, nie zaś dodatkowe wyjaśnienia czy dowody przedstawione przez wykonawcę dopiero na etapie postępowania odwoławczego.

Izba, w świetle materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, nie miała wątpliwości, iż wezwanie z dnia 16 marca 2023 r. zostało skutecznie wczytane na platformę zakupową i przekazane Przystępującemu. Ze złożonego przez

Odwołującego wydruku
z platformy zakupowej dotyczącego korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z eR GRUPA m.in. w zakresie rażąco niskiej ceny, jednoznacznie wynika, że w dniu 17 marca 2023 r. o godz. 7:22 p. A. K. (pytanie nr 9) przekazała Przystępującemu wezwanie do uszczegółowienia pierwotnych wyjaśnień poziomu ceny zgodnie z regułami komunikacji w postępowaniu określonymi w punkcie 14.2. i 14.3. IDW. Innymi słowy, wezwanie z dnia 17 marca 2023 r. do doprecyzowania pierwszych wyjaśnień rażąco niskiej ceny zostało skutecznie wprowadzone do środka komunikacji elektronicznej, a Przystępujący nie wykazał, że nie miał możliwości zapoznania się z jego treścią, np. z uwagi na nieprawidłowe funkcjonowanie platformy. Dowodu takiego, w ocenie Izby, nie stanowi zrzut
z ekranu (str. 3 pisma procesowego eR GRUPA) obrazujący wyłącznie główne wątki
w korespondencji między Zamawiającym a Wykonawcą, a nie szczegółową korespondencję między ww. podmiotami.

Przechodząc do drugiej okoliczności uzasadniającej odrzucenie oferty Przystępującego dotyczącej nienależytego oszacowania kosztów personelu wymaga podkreślenia, że wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SWZ i zatrudnienia poszczególnychosób (Ekspertów) za zaoferowane stawki zgodnie z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, zostały wyartykułowane w szczegółowym wezwaniu z dnia 25 stycznia 2023 r. Tym samym należało rozstrzygnąć, czy wykonawca eR GRUPA złożonymi wyjaśnieniami popartymi dowodami oraz kalkulacją rozwiał wątpliwości Zamawiającego, obalając tym samym podejrzenie rażącego zaniżenia ceny oferty. W ocenie Izby dokonana przez Zamawiającego analiza wyjaśnień ceny oferty Przystępującego w zakresie wynagrodzenia personelu była nieprawidłowa.

W kontekście powyższego Izba wskazuje, że stanowisko Wykonawcy zaprezentowane w piśmie procesowym zostało oparte na błędnej, bowiem oderwanej od brzmienia postanowień specyfikacji, definicji „dniówki". Wskazać należy, iż zgodnie z § 1 projektowanych postanowień umowy (PPU), pod pojęciem dniówki należało rozumieć jednostkę rozliczeniową czasu świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta wskazaną
w Formularzu Cenowym, stanowiącą podstawę rozliczania usługi zgodnie z Umową, przy czym pod pojęciem dniówki rozumiano przepracowanie w danej dobie co najmniej 8 godzin, przy czym przepracowanie dodatkowej godziny lub godzin ponad obowiązujący dobowy wymiar 8 godzin pracy nie wpływał na zwiększenie wynagrodzenia Konsultanta. Z powyższej definicji niezaprzeczalnie wynika, że pod pojęciem dniówki należało rozumieć przepracowanie w danej dobie co najmniej 8 godzin. Podkreślenia wymaga, iż na rozumienie ww. pojęcia w sposób określony w dokumentach zamówienia wskazał Zamawiający
w wezwaniu do wyjaśnień treści oferty i poziomu ceny z dnia 25 stycznia 2023 r. Tym samym rozważania Przystępującego zawarte na str. 5 – 8 pisma procesowego dotyczące pojęcia „dniówki" oraz kwestia optymalizacji dziennej normy czasu pracy na poziomie 70% nie znajdują uzasadnienia w definicji przyjętej na gruncie niniejszego postępowania i stanowią próbę obrony oferty Wykonawcy, który przyjął nieprawidłowe założenia dotyczące kosztów pracy.

W tym miejscu zauważyć również należy, iż Zamawiający wymagał, aby każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie obejmowała całkowity koszt wykonania danej pozycji
w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym (punkt 17.3 IDW). Jednocześnie w uwagach w Formularzu cenowym wskazano, że każda pozycja w dziale „Usługi nadzoru" obejmuje całość kosztów zatrudnienia i wynagrodzenia poszczególnych rodzajów ekspertów niezbędnych do prawidłowego wykonania Usługi zgodnie z Umową i OPZ. Analogiczne postanowienia zawarto w uwagach dotyczących działu „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do Odbioru Ostatecznego Robót". Powyższe z kolei oznacza, że po stronie wykonawcy istniał obowiązek ujęcia w kalkulacji ceny pełnych kosztów realizacji danej pozycji z uwzględnieniem przyjętej jednostki czasu/ilości rozliczenia, a zatem w przypadku Innych ekspertów (poz. 2.2) z uwzględnieniem tzw. dniówki rozumianej jako co najmniej 8h/dobę. W przypadku natomiast Personelu biurowego wchodzącego
w skład pozycji 1. Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do Odbioru Ostatecznego Robót jednostką rozliczenia był miesiąc.

Przechodząc do kwestii wynagrodzenia osób prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą tzw. samozatrudnionych wskazać należy, iż trafnie podniósł Odwołujący, że zgodnie z przepisami rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinnego w 2023 r. (Dz. U. z 2022 r. poz. 1952) tzw. dniówka samozatrudnionego wynosi 182,40 zł (stawka minimalna od 1 stycznia 2023 r. wynosi 22,80 zł, natomiast od 1 lipca 2023 r. 23,50 zł). Powyższe oznacza, że skalkulowana przez Przystępującego kwota wynagrodzenia za dniówkę na poziomie 150 zł dla osoby dedykowanej na stanowisko Asystenta Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej, Asystenta Technologa, Specjalisty ds. nadzoru przyrodniczego, ochrony środowiska i zieleni, Specjalisty ds. inżynierii ruchu (w tym organizacji ruchu), Archeologa oraz Asystenta Geodety została określona na poziomie niższym niż określony w przepisach przywołanego wyżej rozporządzenia, a zatem niezgodnym z jego przepisami. Zauważyć także należy, iż Przystępujący w złożonych

wyjaśnieniach nie wskazał wprost oferowanej członkom swojego personelu stawki godzinowej, mimo że wyjaśnił, że z 12 osobami współpracuje stale w formie samozatrudnienia tych osób, co oznacza, iż w łączącej strony umowie winny znaleźć się stosowne postanowienia dotyczące wysokości wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia lub świadczenia usług (por. art. 8a ust. 1 ustawy
o minimalnym wynagrodzeniu za pracę).

Odnosząc się z kolei do kwestii wynagrodzenia personelu biurowego (2 osoby) oraz Specjalisty ds. kontaktów i promocji i Specjalisty ds. podwykonawców i gestorów sieci, tj. osób, które Wykonawca zamierzał skierować do realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 6 lutego 2023 r. wskazać należy, iż także
w tym zakresie koszty pracy zostały skalkulowane w sposób niezgodny z przepisami rozporządzenia w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinnego w 2023 r. Jak wynika bowiem z przywołanego rozporządzenia minimalne wynagrodzenie za pracę od 1 stycznia 2023 r. wynosi 3 490 zł, a od 1 lipca 2023 r. 3 600 zł. Tymczasem jak wynika z wyjaśnień Przystępującego koszt wynagrodzenia personelu biurowego (2 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę) oszacowano na kwotę 7 200 zł. Niewątpliwie kwota ta nie obejmuje całkowitego kosztu pracodawcy związanego z zatrudnieniem pracownika na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, jak wymagał tego Zamawiający (§ 13 ust. 5 PPU), a która w przypadku wynagrodzenia minimalnego obowiązującego w pierwszym półroczu 2023 r. wynosi 4 204,75 zł, a w drugim półroczu 4 337,28 zł. Za nieznajdujące podstaw w dokumentach zamówienia Izba uznała założenia Przystępującego dotyczące świadczenia przez personel biurowy usług w wymiarze odpowiadającym ½ etatu czy też w wymiarze pełnego etatu, w tym powierzenia w ramach ½ etatu innych prac. Za niewiarygodne Izba uznała stanowisko Przystępującego dotyczące „fikcyjnego ubruttowienia" kwoty 3 600 zł o wysokość podatku VAT (23%) dla obliczenia rzeczywistych kosztów pracodawcy przyjętych przez eR GRUPA.

Analogicznie rzecz ma się w przypadku wynagrodzenia wskazanych powyżej specjalistów. Jakkolwiek w odwołaniu wskazano, iż do ww. osób zastosowanie znajduje minimalna stawka godzinowa na poziomie 22,80 zł, z czym nie sposób się zgodzić, gdyż jak wynika z treści wyjaśnień eR GRUPA (str. 3) oraz samego odwołania osoby te Wykonawca zamierzał zatrudnić na podstawie umowy o pracę, a zatem zastosowanie znajdą właściwe przepisy dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę, to niemniej przyjęta przez Przystępującego kwota 150 zł dniówki jest niższa niż obliczona z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenie o pracę obowiązującego w pierwszym półroczu roku 2023
i pełnych kosztów pracodawcy (4 204,75 zł/168=25,03 zł/h).

Podsumowując powyższe Izba uznała, że przyjęte przez eR GRUPA koszty zatrudnienia personelu są niższe niż wynikające z przepisów obowiązującego prawa dotyczących minimalnego wynagrodzenia oraz minimalnej stawki godzinowej w roku 2023, co wskazuje, że zaoferowana przez Wykonawcę cena nie uwzględnia wszystkich kosztów, jakie Wykonawca obowiązany był wycenić w poszczególnych pozycjach Formularza cenowego, będących podstawą rozliczeń za Usługi. Zaoferowana cena nie została zatem skalkulowana w sposób prawidłowy w zakresie kosztów pracy, a ponadto Wykonawca nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego w przedmiocie doprecyzowania wyjaśnień ceny oferty. Tym samym oferta wykonawcy eR GRUPA winna zostać odrzucona na podstawie
art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Za niezasadny Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu; w takim przypadku Izba zasądza od uczestnika wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty,
o których mowa w . W niniejszej sprawie odwołanie zostało przez Izbę uwzględnione w zakresie zarzutów niewycofanych przez Odwołującego, a zatem kosztami postępowania należało obciążyć Wykonawcę wnoszącego sprzeciw i zasądzić na rzecz Odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……...

Członkowie: ……...

……...