

WYROK
z dnia 14 października 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2022 r. przez wykonawcę Transprojekt Gdański Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Transprojekt Gdański Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego Transprojekt Gdański Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu 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) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku (dalej jako „Zamawiający”), prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. Rozbudowa drogi krajowej nr 22 na odcinku Królewo – granica województwa” (nr postępowania: O.Gd.D-3.2411.08.2022). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 kwietnia 2022 r. pod numerem 2022/S 070-185265. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 30 września 2022 r. wykonawca Transprojekt Gdański Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący” lub „BBC”) jako najkorzystniejszej w ww. postępowaniu oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty BBC, pomimo że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, o których mowa w pkt. 2.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia, gdzie Zamawiający wymagał, aby personel biurowy zapewniał pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 7.00-15.00 na wszystkich etapach Kontraktu, gdy tymczasem oferta BBC nie spełnia tego wymagania w odniesieniu do okresu od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 oraz art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty BBC, pomimo że wykonawca ten nie udzielił wyjaśnień, które uzasadniałyby podaną w ofercie cenę (pomimo obciążającego go ciężaru wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny) i kierowanie do BBC kolejnych wezwań do złożenia wyjaśnień w tym zakresie;
a w konsekwencji

3. art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty BBC jako najkorzystniejszej w postępowaniu, odrzucenia oferty złożonej przez BBC, dokonania ponownego badania i oceny ofert, uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący wskazał na pkt 2.1 OPZ, przywołując jego treść. Podkreślił, iż Zamawiający opisał wymagania związane z personelem nie tylko w sposób szczegółowy, ale i postawił przed tym personelem daleko idące oczekiwania, które wymagają ciągłego (w godzinach pracy Zamawiającego) zaangażowania osób wchodzących w jego skład. Odwołujący wyjaśnił, iż jeśli chodzi o warunki i sposób funkcjonowania biura, to Zamawiający zdecydował się pozostawić wykonawcom sporą swobodę, nałożył jednak wymóg przestrzegania godzin pracy, o których mowa w umowie na roboty budowlane oraz zobowiązał do dostosowania zakresu i intensywności prac w okresie zimowym. Niezależnie jednak od tego jak zostanie zorganizowane funkcjonowanie biura, bezwzględny obowiązek każdego wykonawcy jest zapewnienie minimalnego poziomu (godzinowego) obsługi. Szczegóły tej obsługi przedstawia ostatnie zdanie ujęte w pkt. 2.1 OPZ. Odwołujący wskazał, iż personel biurowy zobowiązany jest do zapewnienia realizacji czynności przez co najmniej 8 godzin (7.00-15.00) przez 5 dni w tygodniu, przez cały okres („na wszystkich etapach”) realizacji Kontraktu. Odwołujący podkreślił, iż zadanie realizowane będzie w podziale na dwa okresy: od rozpoczęcia usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia; od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w treści Formularza Cenowego, gdzie w Dziale 1 i 2 zawarta miała zostać wycena pierwszego zakresu, w Dziale 3 drugiego zakresu. Wskazał, że pierwszy zakres realizowany ma być przez okres 25 miesięcy, drugi przez 15 miesięcy. Odwołujący zauważył również, że w projekcie umowy Zamawiający postawił precyzyjne wymagania w zakresie formy zatrudnienia. Odwołujący przywołał treść § 13 ust. 4 i § 13 ust. 5 projektu umowy, wskazując, iż Zamawiający wymaga, aby przez cały okres realizacji usługi (40 miesięcy) zapewniona została praca i dostępność biura Konsultanta w zakresie godzinowym, o którym mowa w pkt. 2.1 OPZ, przez pierwsze 25 miesięcy (okres do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia) Personel biurowy zatrudniony był w oparciu o umowę o pracę (zgodnie z kodeksem pracy), przez pozostałe 15 miesięcy dopuszczalne jest zapewnienie obsługi biura przez osoby niebędące zatrudnione w oparciu o umowę o pracę (co nie zmienia jednak tego, że zapewniona musi być obsługa biura Konsultanta). Z ostrożności Odwołujący zauważył, że wymagania Zamawiającego co do

zapewnienia pełnej (w godzinach pracy Zamawiającego) obsługi przez cały okres realizacji zadania (w tym w okresie następującym po wystawieniu ostatniego Świadczenia Przejęcia) jest zupełnie zrozumiałe. Otóż w okresie pomiędzy wydaniem ostatniego Świadczenia Przejęcia a wydaniem Ostatecznego Świadczenia Płatności, zgodnie z § 23 Umowy, obowiązki Konsultanta opisane są bardzo szeroko. Oczywiście jest zatem, że tak szeroko zdefiniowane obowiązki Konsultanta wymagają odpowiedniej obsługi ze strony biura.

Dalej Odwołujący wskazał na treść wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego. Podniósł, iż Zamawiający trzykrotnie pytał BBC o wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Już w Wezwaniu 1 Zamawiający poprosił BBC o wyjaśnienie uwzględnionych w ofercie kosztów zatrudnienia personelu zarówno na okres 25 miesięcy (Dział 1), jak i dalsze 15 miesięcy (Dział 3). Szczegółowe pytania Zamawiającego były uzasadnione – koszty, które BBC ujął w swojej ofercie są bowiem niższe od minimalnego wynagrodzenia przewidzianego przez polskie przepisy (BBC ujął koszt miesięczny na poziomie 3200 zł, gdy tymczasem całkowity koszt, który ponosi pracodawca zatrudniając pracownika za minimalne dopuszczalne wynagrodzenie wynosi nieco ponad 3600 zł). W Wyjaśnieniach 1 BBC odniósł się do treści Wezwania 1, wskazując, że przewidział zatrudnienie osoby niepełnosprawnej. W takim przypadku, uwzględniając, że w kosztach zatrudnienia takiego pracownika partycypuje Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, koszty ponoszone przez pracodawcę są istotnie niższe (i pozwalają „zmieścić się” BBC w kwocie 3200 zł miesięcznie). Odwołujący podkreślił, iż w Wyjaśnieniach 1 Przystępujący nie odniósł się do kosztów dotyczących Działu 3, pomimo że Zamawiający wprost sformułował również w tym zakresie swoje wątpliwości. BBC stwierdził jedynie: „Szczegóły dotyczące kosztów związanych zatrudnieniem Personelu Pomocniczego oraz Personelu Biurowego zostały wyjaśnione bardzo dokładnie w punkcie 1.3 niniejszego opracowania” (str. 13 Wyjaśnień 1). Biorąc jednak pod uwagę, że koszt miesięcznego zatrudnienia pracownika w ofercie BBC ujęty w Dziale 3 jest dokładnie dwukrotnie niższy od tego z Działu 1 (1600 zł miesięcznie a 3200 zł miesięcznie), oczywiście jest, że wyjaśnienia dla Działu 1 nie mają zastosowania do Działu 3. Zdaniem Odwołującego już z tego powodu Zamawiający powinien odrzucić ofertę Przystępującego uznając, że wykonawca ten nie sprostął wymaganiom, jakie związane są z udzielaniem wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (art. 224 ust. 6 Pzp). Na str. 5-6 Wezwania 1 Zamawiający bardzo precyzyjnie opisał swoje wątpliwości związane z wyceną BBC w poz. 3.2. Do wątpliwości tych BBC w ogóle się jednak nie odniósł. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zdecydował się jednak na wezwanie BBC do uszczegółowienia wyjaśnień (Wezwanie 2). W piśmie tym Zamawiający ponownie prosi o wyjaśnienie czy wycena BBC w odniesieniu do personelu biurowego (poz. 3.2) uwzględnia wszystkie koszty związane z zatrudnieniem na umowę o pracę i minimalnym wynagrodzeniem. Odwołujący

zauważył, iż odpowiedź (Wyjaśnienia 2) w niezwykle lakoniczny sposób ogranicza się do stwierdzenia: „BBC potwierdza, iż w wycenie Oferty w zakresie pozycji 3.2 Formularza Cenowego dot. Personelu biurowego w okresie od wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności, zostały uwzględnione wszystkie koszty związane z zatrudnieniem na umowę o pracę i minimalnym wynagrodzeniem”. Następnie (Wezwanie 3) Zamawiający zdecydował się ponownie poprosić o te same informacje. Dopiero w Wyjaśnieniu 3 Przystępujący precyzyjnie odnosi się do wątpliwości Zamawiającego i wskazuje składniki kosztotwórcze, które zostały ujęte w wycenie ofertowej. Wyjaśnienia te jednak potwierdzają, że oferta Przystępującego jest niezgodna z SWZ.

Odwołujący podniósł, iż z Wyjaśnień 3 wynika, że Przystępujący przyjmuje, że wymóg zatrudnienia personelu biura w oparciu o umowę o pracę dotyczy jedynie okres do wystawienia Świadcstwa Przejęcia. Zgodził się w tym zakresie z BBC (wynika to wprost z przywołanych powyżej postanowień projektu umowy). Zdaniem Odwołującego znamienne jest jednak, że stanowisko BBC w tym zakresie mocno ewoluowało, otóż w Wyjaśnieniach 1 wykonawca ten wskazywał, że: „Informujemy, że zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wszystkie osoby tworzące Personel Biurowy przez cały okres realizacji usługi będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu”. Jak zatem widać na etapie opracowywania Wyjaśnień 1 BBC postrzegał obowiązki odnośnie zatrudnienia na umowę o pracę odmiennie (dopatrując się takiego obowiązku przez cały okres realizacji usługi), co już powinno Zamawiającego nastawić krytycznie do prawidłowości wyceny ofertowej BBC. Wracając do Wyjaśnień 3 Odwołujący zauważył, iż analizy wymaga następujący ich fragment (wytluszczenia Odwołującego): „(...) od wydania ostatecznego Świadcstwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności osoba stanowiąca Personel Biurowy musi być zatrudniona w oparciu o stosunek pracy, lecz nie musi ona być zatrudniona w pełnym wymiarze godzin. Zamawiający nie specyfikuje wielkości etatu w okresie od ostatniego Świadcstwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności. Wykonawca w oparciu o własne doświadczenia założył, iż Personel Biurowy w tym okresie będzie pracował w wymiarze maksymalnie do połowy etat. Powyższe koresponduje z zapisami Formularza Ofertowego w pozycji 3.2 oraz jest również uzasadnione faktem, iż w rozpatrywanym okresie faktyczne zaangażowanie Personelu Biurowego w zakresie obsługi sekretariatu i spraw administracyjno-technicznych nie przekracza 50% zaangażowania Personelu Biurowego w okresie realizacji robót”. Po pierwsze Przystępujący myli się stwierdzając, że po wystawieniu Świadcstwa Przejęcia nadal wymagane jest zatrudnienie w oparciu o umowę o pracę. Okoliczność ta ma jednak drugorzędne znaczenie, wszak wykonawcy wolno jest zatrudniać pracowników na umowę o

pracę również wtedy, gdy taki obowiązek nie został na niego nałożony. Kluczowa jest jednak dalsza część przywołanego fragmentu. Otóż wynika z niej jednoznacznie, że BBC zakłada, że w okresie po wystawieniu Świadczenia Przejęcia personel nie musi być zatrudniony w pełnym wymiarze godzin. Otóż taka konstrukcja stanowi o ewidentnej sprzeczności z postanowieniem pkt. 2.1 OPZ, zgodnie z którym personel biurowy musi być bezwzględnie zatrudniony w pełnym wymiarze godzin (od poniedziałku do piątku w godzinach 7.00-15.00). A zatem, w trzeciej procedurze wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny BBC jednoznacznie oświadczył, że zamierza przez 15 miesięcy wykonywać usługę w sposób niezgodny z OPZ, to jest jedynie przez okres 50% wymiaru godzin oczekiwanego przez Zamawiającego.

Dla Odwołującego niezrozumiałe jest stanowisko Zamawiającego, który akceptuje tak oczywistą niezgodność z wymogami ujętymi w OPZ. Zastanawiające jest również to, że Zamawiający godzi się na to, że przez tak długi czas (15 miesięcy) biuro Konsultanta będzie czasowo sparaliżowane w zakresie bieżącej obsługi. Już z powyższego powodu Zamawiający powinien odrzucić ofertę BBC. Ostatecznym potwierdzeniem tego, że wykonawca ten nie zastosował się do wymagań OPZ jest ostatni fragment Wyjaśnień 3, gdzie BBC stwierdza: „W tabeli, wskazanej w pkt 5 wyjaśnień z dnia 23.06.2022r., Wykonawca założył koszt miesięczny 1.300 zł dla personelu biurowego, przyjmując, że w pewnych okresach czasu z uwagi na spiętrzenie obowiązków i ilość spraw do załatwienia może zająć konieczność oddelegowania dodatkowego pracownika do pomocy w zakresie wykonywania obowiązków personelu biurowego. W ocenie Wykonawcy, założona rezerwa kosztowa, pozwala w zupełności na prawidłową realizację zamówienia”. Otóż również w tym fragmencie BBC potwierdza, że zamierza obsługiwać biuro przez okres 15 miesięcy w niepełnym wymiarze czasowym. Wprost wskazuje jednocześnie, że konieczność świadczenia usługi w wymiarze większym niż 4 godzin dziennie traktuje jako wyjątek i co najwyżej potencjalną możliwość (a nie jako zasadę, co wynika z OPZ). Na marginesie Odwołujący podkreślił, że nawet gdyby Przystępujący zechciał ponownie zmienić swoje stanowisko i twierdzić, że jednak ujął w swojej ofercie koszty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, to nie jest to obiektywnie możliwe. Otóż jak wynika z Formularza Cenowego Przystępującego w poz. 3.2 ujęty został miesięczny koszt na poziomie 1600 zł. W Wyjaśnieniach 3 BBC stwierdza, że koszt zatrudnienia osoby w wymiarze 4 godzin dziennie to 990,78 zł (str. 3). W tym samym piśmie BBC stwierdza, że koszt miesięczny dla personelu biurowego to 1300 zł (a więc 990,78 zł plus nadwyżki na świadczenie usługi w godzinach wykraczających poza wymiar 4 godzin). Biorąc jednak pod uwagę konieczność bezwzględnego zapewnienia obsługi biura przez 8 godzin dziennie, nie jest możliwe sfinansowanie kosztów osoby świadczącej usługę za niecałe 310 zł miesięcznie (tyle pozostaje pod odjęciu kwoty 990,78 zł od 1300 zł). Nawet gdyby przyjąć, że BBC ma do

zagospodarowania całą kwotę stanowiącą różnicę pomiędzy 990,78 zł a 1600 zł, a więc nieco ponad 600 zł, to również ta kwota nie daje fizycznie możliwości sprostania oczekiwaniom Zamawiającego. Jak stwierdził bowiem sam Przystępujący, minimalny koszt zatrudnienia osoby na pół etatu to 990,78 zł (i to przy założeniu zatrudnienia osoby niepełnosprawnej). Również w przypadku nawiązania z taką osobą umowy o współpracę konieczne będzie poniesienie kosztów znacznie wyższych niż 600 zł. Sam Przystępujący w Wyjaśnieniach 1 (odnosząc się do wynagrodzenia Ekspertów) kalkuluje, że minimalna dzienna stawka osoby wykonującej umowę zlecenie to 157,60 zł, co przy założeniu świadczenia usługi przez 4 godziny dziennie daje kwotę prawie 1600 zł miesięcznie.

Odwołujący podkreślił, że powyższe kalkulacje mają, wobec jednoznacznej deklaracji BBC co do sposobu przygotowania oferty i zakresu, jaki został w tej ofercie ujęty, znaczenie drugorzędne. Kluczowe jest bowiem, że Przystępujący złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia (a więc zastosowanie powinien znaleźć art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Dopełnieniem wadliwości konstrukcji wyceny ofertowej, jaką zaprezentował Przystępujący jest przedstawiona w poz. 3.1 wycena biura Konsultanta oraz w poz. 3.3 wycena biura Zamawiającego. Otóż podobnie jak w przypadku obsługi biura, również w odniesieniu do tych kosztów BBC przyjął wycenę na poziomie 50% wyceny z Działu 1. Taka konstrukcja jest jednak pozbawiona logiki. BBC zdaje się bowiem zakładać (a koncepcję taką akceptuje Zamawiający), że wynajmie biuro na połowę „dniówki”, a w drugiej połowie dnia kosztów nie będzie już ponosić. Jest to koncepcja absurdalna. Nawet bowiem jeśli BBC po 4 godzinach zamknie biuro i nie będzie ponosić kosztów pracownika (co, jak wykazano, jest niezgodne z OPZ), to ponosić będzie nadal koszty najmu, które kalkulowane są w cyklach miesięcznych. Oczywiście można wyobrazić sobie, że BBC znajdzie po prostu 50% tańsze biuro, ale jeśli takie jest założenie wykonawcy, to argument ten powinien zostać prawidłowo wykazany (a więc również udowodniony) w treści złożonych wyjaśnień. Podsumowując, zdaniem Odwołującego, Zamawiający dopuścił się ewidentnego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BBC, mimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej zastosowanie sankcji odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia jest możliwe w sytuacji, gdy niezgodność ta jest bezsporna i niebudząca wątpliwości. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku Postępowania. Zamawiający sformułował bardzo precyzyjne wymaganie odnośnie zapewnienia obsługi biura Konsultanta. Z kolei Przystępujący kilkakrotnie w swoich wyjaśnieniach potwierdził, że Jego oferta nie obejmuje zakresu wymaganego przez Zamawiającego. Mamy więc do czynienia z niezgodnością ewidentną, możliwą do ustalenia w sposób niebudzący najmniejszych wątpliwości.

Uzasadniając drugi z podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, iż źródłową wadliwością procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego było jej kontynuowanie po złożeniu Wyjaśnień 1, pomimo braku podstaw do kierowania do Przystępującego kolejnych wezwań do złożenia wyjaśnień. W Wezwaniu 1 Zamawiający precyzyjnie określił swoje oczekiwanie w odniesieniu do Działu 3. Odwołujący przywołał treść wezwania oraz odpowiedź Przystępującego, a następnie podniósł, iż uwzględniając, że wycena ujęta w pkt. 1.3 Wyjaśnień 1 istotnie różni się od wyceny z poz. 3.2 Formularza Cenowego, nie sposób uznać, że rzeczywiście w pkt. 1.3 Wyjaśnień 1 znaleźć można odpowiedź na wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż skierowanie przez zamawiającego do wykonawcy wezwania do wyjaśnień oferty pod kątem rażąco niskiej ceny generuje domniemanie zaistnienia ceny rażąco niskiej. Może być ono obalone przez wykonawcę wyjaśniającego swoją kalkulację cenową (uwzględniając ciężar dowodzenia, o którym mowa w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). W analizowanej sprawie Przystępujący nie sprostął obciążającemu go ciężarowi. Już zatem na etapie analizy Wyjaśnień 1 Zamawiający powinien uznać, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu, wszak złożone Wyjaśnienia 1 nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). Odwołujący wskazał, iż ma świadomość, że „gospodarz postępowania” jest uprawniony kierowania więcej niż jednego zapytania w zakresie rażąco niskiej ceny do wykonawcy, którego oferta jest badana. Biorąc jednak pod uwagę regułę równego traktowania wykonawców, taka sytuacja jest dopuszczalna jedynie wtedy, gdy konieczność kontynuowania wyjaśnień nie jest konsekwencją zaniechań wykonawcy, lecz stanowi rezultat np. nowych (nieartykułowanych na etapie pierwszego wezwania) wątpliwości, które zrodziły się po stronie zamawiającego. Znajduje to potwierdzenie w jednolitym orzecznictwie KIO.

Zdaniem Odwołującego, w analizowanej sytuacji z takim przypadkiem nie mamy do czynienia. Zamawiający wykazał się, formułując Wezwanie 1, precyzją w stopniu wystarczającym do zdefiniowania jasnych oczekiwań formułowanych w stosunku do Przystępującego. Co prawda w treści Wezwania 2 Zamawiający nawiązuje do okoliczności związanej z zamiarem zatrudnienia osoby niepełnosprawnej (która ujawniona została w treści Wyjaśnień 1), ale nadal treść pytania zmierza do tego samego celu, jakim jest wyjaśnienie wyceny w poz. 3.2 Formularza Cenowego. W odpowiedzi Przystępującego (Wyjaśnienia 2) ponownie mamy natomiast do czynienia z przypadkiem rażącego zaniechania wykonawcy, polegającego na braku jakiegokolwiek wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego. Z niezrozumiałych dla Odwołującego przyczyn Zamawiający kieruje do Przystępującego kolejne wezwanie (Wezwanie 3) w tym samym zakresie (Odwołujący przywołał treść wezwań i odpowiedzi). Dodał, iż najlepszym dowodem na to, że Zamawiający musiał zdawać sobie sprawę z wadliwości składanych dotychczas wyjaśnień jest fakt, że w

powyższym fragmencie Zamawiający podkreśla, że prosi o „ostateczne” wyjaśnienie. Dopiero w treści Wyjaśnień 3 BBC szczegółowo odnosi się do wątpliwości Zamawiającego (odrębną kwestią jest, że czyni to w sposób potwierdzający niezgodność oferty z SWZ). W ocenie Odwołującego przeprowadzona przez Zamawiającego procedura wyjaśniająca przebiegała w sposób rażąco odbiegający od obowiązujących (kształtowanych przez orzecznictwo KIO) standardów. Zamawiający pytał Przystępującego o interesujące go szczegóły tak długo, aż w końcu Przystępujący je przedstawił. Trudno oprzeć się wrażeniu, że gdyby Wyjaśnienia 3 nie zawierały odpowiednich informacji, to prowadziłby tę procedurę nadal.

Zamawiający w dniu 11 października 2022 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Ustosunkowując się do zarzutu nr 1 Zamawiający wskazał na § 13 ust. 4-5 IPU oraz pkt 2.1. OPZ. Ponadto wskazał, iż czas pracy Personelu ewidencjonowany będzie w oparciu o § 11 ust. 23 IPU. Wyjaśnił, iż w „Formularzu Cenowym” należało podać cenę jednostkową za każdy miesiąc pracy Personelu Biurowego, osobno dla różnych okresów realizacji zamówienia – w pkt. 1.2 oraz 3.2. Ponadto w „Formularzu Cenowym” pod tabelą zamieszczono jako drugą następującą uwagę: „Pozycja "Personel biurowy" obejmuje całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta.” Zamawiający wskazał też na definicję Personelu biurowego zawartą w § 1 IPU. Następnie Zamawiający wskazał na poglądy doktryny i orzecznictwa dotyczące rażąco niskiej ceny, podnosząc, iż jego zdaniem cena zaoferowana przez Przystępującego nie odpowiada definicji rażąco niskiej ceny, nie odbiega od poziomu cen rynkowych i w żaden sposób nie może być uznana za niewiarygodną. Dodał, iż cena ofertowa Przystępującego nie odbiega znacząco od ceny ofertowej Odwołującego. Porównując koszty administracyjne wskazane w Ofercie od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia (Dział 1 Formularza Cenowego) Przystępującego oraz Odwołującego, również nie odbiegają znacząco od kolejnej droższej oferty. Taką samą różnicę można zauważyć analizując koszty Działu 3 Formularza Cenowego tj. koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności, z uwagi na limit Zamawiającego dotyczący podziału kosztów. Zamawiający zauważył też, że porównując ceny personelu biurowego w dziale 1 „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia” koszty Przystępującego kształtują się na niskim poziomie, aczkolwiek koszty Odwołującego są niewspółmiernie wysokie w stosunku do niektórych innych oferentów. Zamawiający powołał się w tym zakresie na zestawienie będące częścią protokołu z prac komisji przetargowej z przeprowadzonego badania. Dodał, iż tak samo kształtują się koszty z Działu 3 „Koszty

administracyjne od wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności” tylko odpowiednio zredukowane zgodnie z normą, gdzie cena jednej jednostki czasu nie może stanowić więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.2.

Zamawiający opisał następnie przebieg procedury wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, przywołując treść wezwań i udzielanych przez Przystępującego odpowiedzi. Wskazał m.in., iż pierwsze wezwanie obejmowało łącznie 21 pozycji Formularza Cenowego, w tym m.in. 17 pozycji dotyczących Działu 2 Formularza Cenowego dotyczących kosztów zatrudnienia i wynagrodzenia poszczególnych rodzajów ekspertów niezbędnych do prawidłowego wykonania Usługi zgodnie z Umową i OPZ oraz 2 pozycje dotyczące Personelu Biurowego (poz. 1.2. z Działu 1 Formularza Cenowego oraz jej odpowiednik z Działu 3 poz. 3.2.). Zamawiający podkreślił, iż przedmiotem zamówienia jest usługa zarządzania i nadzoru inwestorskiego, do której umownie należy skierować wysoko wykwalifikowany personel posiadający doświadczenie i kwalifikacje wskazane w SWZ i w kryteriach pozacenowych oraz posiadający odpowiednie uprawnienia zawodowe, przynależność do właściwej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa itp. Zatem kluczowymi elementami w cenie złożonej oferty są koszty osób świadczących te usługi stanowią Eksperci Kluczowi jak również inni eksperci. Wykonawca BBC złożył szczegółowe wyjaśnienia wraz z przedstawieniem stosownych dokumentów potwierdzających prawidłowość dokonanych obliczeń w odniesieniu do kwestionowanych przez Odwołującego pozycji dot. zatrudnienia Personelu Biurowego. Zamawiający zauważył też, że w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie, Przystępujący przedstawił również m.in. przykładowe oświadczenie pracownika wraz z dokumentami poświadczającymi stopień niepełnosprawności, z którego wynika poparta dowodami możliwość otrzymania dofinansowania ze środków PFRON w roku 2022 r. w wysokości 1 950,00 zł, co w istocie gwarantuje realizację powierzonego zadania za kwotę zaproponowaną w złożonej ofercie w postpowaniu przetargowym. Przedstawiona przez Przystępującego oferta zawiera cenę zatrudnienia 1 osoby jako Personel Biurowy zarówno w okresie realizacji robót (25 miesięcy) jak i w okresie przeglądu i rozliczeń (15 miesięcy). Przedstawione przez Przystępującego wyliczenie kosztów zatrudnienia osoby jako Personelu Biurowego w wyjaśnieniach z dnia 23.06.2022 r. obejmuje takie składowe jak: koszt zatrudnienia osoby na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu przez okres 40 miesięcy (w okresie przez okres świadczenia Usługi, do wydania ostatniego Świadcstwa Przejęcia) oraz (w okresie od wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności), koszty absencji chorobowej, kosztu absencji urlopowej, koszty badań lekarskich,

koszty szkoleń BHP na łączną kwotę 84 508,68 zł ze wskazaniem rezerwy w wysokości 19 491,32 zł netto.

Zamawiający wskazał też, iż drugie wezwanie do zawierania zawierało ogólne pytanie, na które Przystępujący udzielił odpowiedzi. W celu rozwiania wątpliwości co do kalkulacji kosztów zatrudnienia Personelu biurowego w ostatnim okresie realizacji usługi (przewidywanym na przeglądy i rozliczenia), który ma trwać 15 miesięcy, Zamawiający zwrócił się o udzielenie dodatkowych wyjaśnień, które otrzymał wraz z dowodami. Wskazał, iż Przystępujący przedstawił kalkulację kosztów zatrudnienia 1 osoby na stanowisku Personel biurowy w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności, zakładając tak jak w pierwszych wyjaśnieniach zatrudnienie osoby niepełnosprawnej, co po uwzględnieniu dofinansowania przez PFRON daje możliwość obniżenia kosztów zatrudnienia takiej osoby. Jednocześnie przedstawione przez Przystępującego wyliczenie kosztów zatrudnienia osoby jako Personelu Biurowego w drugim okresie obejmuje takie składowe jak: koszt zatrudnienia osoby na podstawie umowy o pracę w wymiarze ½ etatu, koszty absencji chorobowej, kosztu absencji urlopowej, itp. na łączną kwotę 14 861,82 zł ze wskazaniem rezerwy w wysokości 9 138,18 zł netto. Zamawiający dodał, iż wyszczególnione przykładowe zadania (pkt. 2.1. OPZ) są typowymi, prostymi pracami z zakresu obsługi biura, do których wykonywania nie są potrzebne specjalne kwalifikacje. Już z tego względu, osoby przewidziane do wykonywania prac biurowych w biurze Wykonawcy Konsultanta mają zapewnić jego funkcjonowanie w każdy dzień powszedni przez 8 godzin od poniedziałku do piątku w godzinach 07.00 – 15.00 na każdym etapie realizacji Kontraktu.

Zamawiający wskazał też, iż biorąc pod uwagę, że według reguły wynikającej z Formularza Cenowego koszt miesiąca pracy Personelu Biurowego w ostatnim okresie ma wynosić co najwyżej połowę kosztu miesiąca w okresie zasadniczym, oczywiste jest, że nie tylko zachęca, ale wręcz wymusza to na Wykonawcach, aby na końcowym etapie osobą tą zatrudnić w wymiarze odpowiadającej połowie etatu (Zamawiający wskazał tu na wyrok KIO z dnia 31 lipca 2020 r. o sygn. akt KIO 1443/20). Jednocześnie, co do pozycji 3.2. Formularza Cenowego, jeżeli chodzi o okres przeglądów i rozliczenia kontraktu, Zamawiający nie określił w jakim wymiarze czasu pracy mają być zatrudniony personel biurowy. Ponadto, w związku z powyższym skalkulowane przez Przystępującego zatrudnienie Personelu biurowego w ww. okresie w wymiarze 1/2 etatu jest zgodnie z zapisami SWZ i koszt zatrudnienia pracownika nie jest niższy niż określony w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 1690). Jednocześnie w odniesieniu do kwestii zapewnienia

dostępności biura Zamawiający wskazał na wyrok KIO o sygn. akt 1564/21. Dalej zwrócił uwagę, iż Przystępujący już w pierwszych wyjaśnieniach przedstawił kalkulację kosztów zatrudnienia Personelu Biurowego w całym okresie trwania usługi tj. 40 miesięcy świadczenia usługi (czyli zarówno dla okresu realizacji robót jak w okresie przeglądu i rozliczeń), a jedynie wskutek wątpliwości Zamawiającego Przystępujący uszczegółowił, iż zamierza zatrudnić Personel Biurowy na 1/2 etatu w okresie przeglądu i rozliczeń, co w ocenie Zamawiającego jest wynikiem podziału kosztów, które narzucają zapisy Formularza Cenowego (wartość netto pozycji 3.2. nie powinna przekraczać 50% wartości netto pozycji 1.2. Formularza cenowego). Rolą Zamawiającego nie jest interpretacja oświadczeń Wykonawcy, lecz ich zgodność z zapisami SWZ. W tym wypadku Zamawiający nie doszukał się żadnej sprzeczności. Jednocześnie Zamawiający zauważył, iż w równoległym prowadzonym postępowaniu przetargowym przez Oddział w Białymstoku, gdzie zapisy SWZ dotyczące wymogu zatrudnienia Personelu biurowego (pkt 2.1. OPZ) są takie same (z wyjątkiem zatrudnienia 2 osób, a nie 1 jak w przedmiotowym postępowaniu), Przystępujący w przedmiotowych pozycjach Formularza cenowego przyjął wartości porównywalne z wyliczeniami w przedmiotowym postępowaniu. W ww. postępowaniu, oferta Wykonawcy podlegała również badaniu pod kątem zaniżenia ceny oferty jak zgodności z SWZ i złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie stanowiły podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego (Zamawiający wskazał na wyrok o sygn. akt KIO 1969/22). W ocenie Zamawiającego są to wartości w całości pokrywające wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotowych pozycji, co tylko potwierdza, iż Przystępujący skalkulował te pozycje w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosząc się do drugiego zarzutu Zamawiający wskazał na orzecznictwo dotyczące wzywania wykonawców do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, podnosząc, iż zobowiązany był do wezwania Przystępującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie, w którym Zamawiający w dalszym ciągu posiadał wątpliwości, był zobowiązany do ustalenia faktów mających znaczenie dla sprawy, nie był on uprawniony do pozostawania w sferze domysłów i podejrzeń. Wskazał, iż brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia nie rozwiąły wątpliwości Zamawiającego związanych z rażąco niską ceną – taka okoliczność miała miejsce w niniejszym postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający podniósł, że nie można czynić zarzutu rażącego zaniżenia ceny całej oferty czy jej istotnej części składowej Przystępującego, ponieważ wartość kwestionowanej przez Odwołującego wyceny pozycji 3.2. Formularza Cenowego stanowi zaledwie 1,41 % całej oferty ww. Wykonawcy. Zamawiający nie jest przekonany czy działanie Odwołującego koncentrującego siły i środki na elementach w zasadzie nieistotnych (w każdym razie nie najważniejszych) z punktu widzenia przedmiotu zamówienia, jest

rzeczywiście działaniem podyktowanym dbałością o równe traktowanie wykonawców. Dodał, iż zarówno etap przygotowania, jak i przeprowadzenia postępowania realizowane były zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, tj. w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a wszelkie czynności wykonywały osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

11 października 2022 r. pismo w sprawie złożył także Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał na błędną wykładnię postanowień § 13 ust. 5 projektu Umowy prezentowaną przez Odwołującego. W jego ocenie twierdzenie Odwołującego, iż z postanowienia tego wynika, że w okresie po wystawieniu Świadectwa Przejęcia, osoby z Personelu biurowego nie muszą być zatrudnione na podstawie umowy o pracę, stoi w oczywistej sprzeczności z samym brzmieniem przywołanego postanowienia, jak również z postanowieniem § 13 ust. 4 IPU. Zdaniem Przystępującego prawidłowa interpretacja postanowień IPU winna prowadzić do wniosku, że osoby z personelu biurowego przez cały okres realizacji Usługi winny być zatrudnione na podstawie umowy o pracę, natomiast w okresie po wydaniu Świadectwa Przejęcia nie muszą one być zatrudnione na cały etat. Zamawiający dodatkowo -zdaniami Przystępującego - potwierdził prawidłowość takiego rozumienia postanowień, wskazując w Formularzu cenowym, że w okresie po wydaniu Świadectwa Przejęcia, wynagrodzenie za personel biurowy będzie wynosić połowę wynagrodzenia w okresie realizacji robót. Zestawienie więc postanowień IPU oraz formularza cenowego prowadzi do wniosku, że w okresie po wystawieniu Świadectwa Przejęcia, osoba z personelu biurowego nadal ma być zatrudniona na podstawie umowy o pracę lecz z uwagi na oczywiście mniejszy zakres pracy w tym okresie, nie jest wymagane zatrudnienie jej w wymiarze pełnego etatu. Powyższe nie stoi również w sprzeczności z wymaganiem zawartym w PFU w pkt 2.1, gdzie Zamawiający wskazał, iż personel biurowy ma za zadanie zapewnić prace i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 7.00-15.00 na wszystkich etapach Kontraktu. Przystępujący, na potrzeby przedmiotowego zamówienia zapewnił dostępność biura w godz. 7:00 - 15.00 oraz pracę personelu w wymiarze pozwalającym na realizację zakresu przypisanego dla personelu biurowego w OPZ, co w żadnym razie nie oznacza, że osoba ta będzie w okresie po wystawieniu Świadectwa Przejęcia świadczyć pracę w wymiarze 8 godzin dziennie na rzecz tej Usługi. Gdyby wolą Zamawiającego było takie rozumienie OPZ jak sugeruje to Odwołujący, to nie zamieszczałby w § 13 ust. 5 IPU oraz Formularzu cenowym wskazania, że personel biurowy nie musi być zatrudniony w wymiarze pełnego etatu. Przystępujący dodał, że dla personelu biurowego nie jest nawet wymagane zastępstwo na czas urlopu czy choroby, co w sposób oczywisty oznacza, że obowiązek zapewnienia pracy i dostępności

biura Konsultanta w godz. 7.00-15.00 nie jest wymaganiem oznaczającym, że każdego dnia osoba taka musi być 8 godzin w biurze bądź musi być zapewnione zastępstwo takiej osoby, ale mówi jedynie tyle że personel biurowy ma zapewnić pracę i dostępności Biura Konsultanta we wskazanym wyżej czasie, nie zaś że sam personel biurowy ma pracować od poniedziałku do piątku w godzinach 7.00-15.00. To biuro Konsultanta ma być dostępne w tym czasie nie zaś personel biurowy. Pojęcie biuro Konsultanta jest pojęciem znacznie szerszym niż pojęcie personel biurowy.

Dalej Przystępujący podniósł, iż Odwołujący w sposób nieuprawniony, próbuje stworzyć wrażenie, że obowiązki wskazane w § 23 będzie wykonywał personel biurowy, co - jak się wydaje - ma uzasadniać tezę, że na etapie po wystawieniu Świadectwa Przejęcia niezbędne będzie zaangażowanie pracownika biurowego w wymiarze 8 godzin dziennie, podczas, gdy obowiązku personelu biurowego zostały wskazane w pkt 2.1 OPZ i sprowadzają się wyłącznie do czynności biurowych, jak przyjmowanie i wysyłanie korespondencji. Wbrew sugestii Odwołującego z obowiązków wskazanych w § 23, do obowiązków personelu biurowego będą należeć co najwyżej czynności wskazane w pkt 10) i 12). Przystępujący zwrócił ponadto uwagę, że przyjęcie twierdzeń Odwołującego i zastosowanie się do nich, spowodowałoby w gruncie rzeczy złożenie oferty niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego. W tym zakresie wskazał na pkt 13.3 i 14.4 IDW. Aby „uczynić zadość” tezom Odwołującego, każdy z wykonawców musiałby „ukryć” koszty związane z zatrudnieniem personelu biurowego w innych pozycjach Formularza ofertowego, co byłoby niezgodne z postanowieniem pkt 17.3 IDW lub przekroczyć narzucony przez Zamawiającego poziom wynagrodzenia, co z kolei skutkowałoby odrzuceniem oferty z uwagi na niezgodność z pkt 17.4. Wskazał, że tak prawdopodobnie - tzn. ukrywając koszty w poz. 1.2 - uczynił Odwołujący, gdyż wynagrodzenie jednej osoby z personelu biurowego przewyższa wynagrodzenie praktycznie każdego z ekspertów, za wyjątkiem tych, których dniówkę określono na poziomie 400 zł i więcej. Jak wynika z powyższego, oferta Przystępującego jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w dokumentach zamówienia.

Następnie Przystępujący podniósł, iż w swoich wyjaśnieniach z dnia 23.06.2022r. na str. 13, odniósł się w poz. 3.2 do kosztów Personelu biurowego. Z uwagi na fakt, że dokładną kalkulację kosztów zatrudnienia osoby do personelu biurowego przedstawił powyżej w pkt 1.3 wyjaśnień, zbędne wydawało się ponowne przytaczanie tych wyjaśnień w tym punkcie, a wystarczającym było odwołanie się do właściwego fragmentu wyjaśnień. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, stanowisko Przystępującego nie ewaluowało w toku udzielania wyjaśnień. Dla Przystępującego było oczywistym, że w świetle przywołanych powyżej postanowień SWZ, na etapie po wystawieniu Świadectwa Przejęcia nie będzie potrzeby zatrudniania osoby stanowiącej personel biurowy w wymiarze pełnego etatu, a Formularz

cenowy wręcz narzucał, aby koszty odnosiły się do pracy w wymiarze połowy etatu, stąd proste działanie matematyczne - jak był przekonany Przystępujący - wskazywało na kalkulację w pozycji 3.1. Sformułowanie do którego odnosi się Odwołujący w pkt 25 odwołania w sposób oczywisty odnosiło się do okresu do wystawienia Świadczenia Przejęcia i być może Przystępujący zbyt daleko posłużył się pewnym skrótem myślowym w toku udzielania wyjaśnień, co jednak nie oznacza, że jego stanowisko zmieniało się w toku wyjaśnień. Przystępujący podkreślił, że Odwołujący stawia całkowicie błędna tezę, że na etapie po wystawieniu Świadczenia Przejęcia, postanowienia SWZ nakazywały zapewnienie osoby z personelu biurowego przez 8 godzin dziennie, pięć dni w tygodniu. Nic takiego nie wynika z dokumentów zamówienia, a pkt 2.1 OPZ nie odnosi się do obowiązku zatrudnienia tylko do zapewnienia dostępności, co nie jest równoznacznym pojęciem. Jak wskazywano powyżej, Przystępujący zapewnił dostępność zarówno biura, jak i personelu w wymaganym wymiarze czasowym, ale nakład pracy na potrzeby tej konkretnej usługi, nie będzie przekraczał połowy wymiaru pełnego etatu. Odnosząc się do zarzutów dotyczących biura, Przystępujący wskazał, że Odwołujący albo nie zapoznał się wnikliwie z wyjaśnieniami Przystępującego albo celowo pomija pewne fragmenty tych wyjaśnień i złożone dowody. Z załączonych bowiem dowodów tj. oferty biura nieruchomości wynika wprost, że w okresie po wystawieniu Świadczenia Przejęcia kwota najmu zostanie obniżona, co zostało uwzględnione w kalkulacji cenowej.

Uzupełniając, Przystępujący wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego dalsze wezwania do wyjaśnień miały na celu wyłącznie rozwianie wątpliwości Zamawiającego w zakresie złożonych uprzednio wyjaśnień, co do których zastosowano pewien skrót myślowy. Nie jest więc tak, jak usiłuje wywieść Odwołujący, że kwestia kosztów personelu biurowego w pkt 3.2 nie została pierwotnie wyjaśniona, a co najwyżej można stwierdzić, że Zamawiający nie „odczytał” intencji Przystępującego w zakresie tej części wyjaśnień, co wzbudziło jego wątpliwości, które następnie zostały wyjaśnione. Przystępujący w sposób konkretny i rzeczowy (i tego Odwołujący nie kwestionuje) złożył wyjaśnienia w odniesieniu do poz. 1.2, które przecież były tożsame w odniesieniu do poz. 3.2 z uwzględnieniem wymagań Zamawiającego.

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

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących

odrzucając odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Przystępującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, oferty wykonawców, wezwania kierowane do Przystępującego w przedmiocie ceny oferty oraz udzielone na nie odpowiedzi, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, protokół postępowania, protokół z prac komisji przetargowej z przeprowadzonego badania wstępnego ofert.

Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie w postaci wyciągów z dokumentów zamówienia (OPZ oraz Formularz cenowy) w postępowaniach na usługi: „Zarządzanie Kontraktem i pełnienie nadzoru nad zadaniem pn. Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania Budowa drogi S1 Kosztowy – Bielsko-Biała. Odcinek IV Obwodnica Oświęcimia (DK 44 klasy GP)” oraz „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. Budowa obwodnicy Opatowa w ciągu S74 i DK9” na okoliczności wskazane przez Odwołującego na rozprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa pełnienia nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Rozbudowa drogi krajowej nr 22 na odcinku Królewo – granica województwa.” Przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności: zarządzanie, pełnienie nadzoru inwestorskiego oraz kontrolę nad realizacją robót aż do daty wystawienia płatności końcowej; weryfikację dokumentacji projektowej, jej kompletności, wzajemnej zgodności, weryfikację wyników dokonania kontrolnych obliczeń w celu znalezienia ewentualnych błędów; prowadzenie działań informacyjnych związanych z realizacją projektu i współpracę w tym zakresie z Zamawiającym; świadczenie usług Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych oraz udział w przeglądach gwarancyjnych i nadzorowania usunięcia ewentualnych usterek / wad stwierdzonych w przeglądach gwarancyjnych, w ramach zawartego Kontraktu; wspieranie Zamawiającego jako lojalny i sumienny doradca we wszystkich czynnościach związanych z realizacją Zadania; sprawowanie nadzoru

robotami w zakresie Zadań dodatkowych, niezbędnych do wykonania Projektu, wynikłymi w trakcie realizacji Kontraktu – udzielonych na podstawie ustawy Prawo Zamówień Publicznych stałe monitorowanie, prowadzenie i rozstrzyganie spraw związanych z właściwym wykonaniem przez Wykonawcę, robót budowlanych. (pkt 6.1. TOM I SWZ – IDW). Szczegółowo przedmiot zamówienia został opisany w Tomie II SWZ – IPU oraz w Tomie III SWZ – OPZ.

Zgodnie z pkt 16.5 IDW ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz niżej wymienione wypełnione dokumenty: 1) Formularz cenowy (Tom IV SWZ). W pkt 17. 1 IDW wskazano, iż cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz cenowy sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SWZ - Tom IV. Formularz cenowy, zgodnie z pkt 17.2, należało wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym (pkt 17.3). Zamawiający wskazał ponadto w pkt 17.4, iż przekroczenie któregokolwiek z ustanowionych w Formularzu cenowym limitów spowoduje odrzucenie oferty. W Formularzu cenowym (Tom IV SWZ) wyszczególniono elementy rozliczeniowe wskazując w poz. 1 „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia: 1.1. Biuro Konsultanta, 1.2. Personel biurowy, 1.3. Biuro Zamawiającego. Poz. 2 tabeli zawierała szczegółowe wyliczenie elementów rozliczeniowych usługi nadzoru i zarządzania, z wyodrębnieniem kosztów4. zaangażowania poszczególnych ekspertów. W poz. 3 tabeli ujęto koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności, w tym w pkt 3.1 Biuro Konsultanta (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu dla poz. 1.1.), 3.2. Personel biurowy (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu dla poz. 1.2.), 3.3. Biuro Zamawiającego (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu dla poz. 1.3.). W poz. 4 tabeli zawarto koszty majątkowych praw autorskich. Dodatkowo w Formularzu znalazła się uwaga, iż pozycja "Personel biurowy" obejmuje całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta.

W pkt 2.1 Tomu III SWZ – OPZ wskazano, iż nadzór nad realizacją Kontraktu będzie powierzony osobom wskazanym w Ofercie Konsultanta oraz osobom zaakceptowanym przez Kierownika Projektu zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami kontraktowymi. Głównym miejscem świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta będzie biuro Konsultanta, o którym mowa w pkt. 2.2.1 OPZ i Plac Budowy. Konsultant na każdym etapie trwania Kontraktu zapewni Personel niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu

zamówienia. W celu realizacji zamówienia Konsultant zapewni odpowiedni: 1) Personel Konsultanta (Eksperti Kluczowi, Inni Eksperti), 2) Personel biurowy: Dla okresu realizacji robót budowlanych min 1 osoby, np.: sekretariat, obsługa techniczno - administracyjna itp.; Dla okresu przeglądnów i rozliczenia Kontraktu min 1 osoby, np.: sekretariat, obsługa techniczno - administracyjna itp.). W zakres obowiązków osób tworzących Personel Biurowy wchodzi w szczególności:

- Przyjmowanie korespondencji i potwierdzanie tego faktu
- Prowadzenie rejestrów korespondencji przychodzącej i wychodzącej
- Nadawanie numerów korespondencji wychodzącej
- Obsługa urzędzeń biurowych
- Odbieranie telefonów zewnętrznych i łączenie rozmów z poszczególnymi pracownikami Biura Inżyniera
- Systematyczna obsługa poczty e-mail Konsultanta
- Archiwizowanie korespondencji i dokumentów kontraktowych w tym wykonywanie kopii (scany) zgodnie z przyjętym systemem
- Wydawanie pism i dokumentów Wykonawcom, Zamawiającemu i stronom trzecim
- Przygotowanie pism i dokumentów do wysyłki za pośrednictwem poczty lub kuriera (pakowanie, adresowanie, opłacenie, nadanie)
- Przyjmowanie wszystkich interesantów, informowanie ich o możliwościach załatwienia sprawy i skierowanie do właściwej osoby
- Dostarczanie Inżynierowi Kontraktu bieżącej korespondencji
- Przekazywanie zadekretowanych pism i dokumentów poszczególnym osobom
- Współpraca z personelem w zorganizowaniu Rad Budowy i innych spotkań
- Prowadzenie spraw związanych z utrzymaniem i funkcjonowaniem Biura i jego wyposażenia technicznego.

Personel Konsultanta będzie biegle posługiwał się językiem polskim w zakresie ogólnym i technicznym. Jeśli taka sytuacja nie będzie miała miejsca, Konsultant zapewni przez cały czas pracy odpowiednio wykwalifikowanego tłumacza dysponującego zarówno wiedzą ogólną w zakresie tłumaczenia, jak i wiedzą techniczną. Inżynier Kontraktu będzie odpowiedzialny za pracę swojego Personelu oraz Personelu biurowego. Konsultant powinien tak zorganizować pracę Personelu Konsultanta oraz Personelu biurowego, aby uwzględnić godziny pracy określone w Umowie, postanowienia dotyczące godzin pracy zawarte w Warunkach Kontraktu na roboty, nad którymi sprawowany będzie nadzór oraz ryzyko związane z dostosowaniem pracy do potrzeb między innymi z rzeczywistym czasem pracy Wykonawcy Robót, dostosowaniem zakresu i intensywności prac w okresach zimowych itp. Inżynier Kontraktu oraz pozostałe osoby powinny być dostępne na każde wezwanie

Zamawiającego lub Wykonawcy Robót. Konsultant na każdym etapie trwania Kontraktu zapewni Personel niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia. Personel biurowy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 7.00-15.00 na wszystkich etapach Kontraktu.

W § 1 Tom II SWZ - IPU zawarto definicję Personelu biurowego: jest to personel, skierowany przez Konsultanta do realizacji Umowy, zapewniający działanie Biura Konsultanta w pełnym zakresie opisanym w Umowie i Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ). Zgodnie z § 13 ust. 4 IPU Zamawiający wymaga aby zatrudnione na podstawie stosunku pracy były osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących Personel biurowy tj.: czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w pkt. 2.1. OPZ. W ust. 5 wskazano zaś, że wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, przez okres świadczenia Usługi, do wydania ostatecznego Świadectwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie stosunku pracy w wymiarze pełnego etatu. Konsultant zobowiązuje się przez cały okres świadczenia Usługi, do wydania ostatecznego Świadectwa Przejęcia, utrzymywać ciągłość zatrudnienia w wymiarze pracy nie mniejszym niż wynikającym z niniejszej Umowy (dot. Personelu Biurowego). W przypadku rozwiązania stosunku pracy w trakcie obowiązywania niniejszej Umowy z którąkolwiek z osób zatrudnionych na podstawie stosunku pracy, Konsultant będzie zobowiązany niezwłocznie do wyznaczenia na to miejsce nowej, innej osoby zatrudnionej na podstawie stosunku pracy, 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 § 23 IPU przedstawiono obowiązki Konsultanta w zakresie czynności podejmowanych po wystawieniu Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności, wskazując na obowiązek:

- 1) wnioskowania o zwrot części Zabezpieczenia Należytego Wykonania przedłożonego przez Wykonawcę;
- 2) finalizacji zadań wynikających z obowiązków na etapie budowy;
- 3) nadzoru nad robotami niezbędnymi do usunięcia wad i prac zaległych;
- 4) poświadczenia usunięcia wad przez Wykonawców;
- 5) dokonywania miesięcznych przeglądów inwestycji i sporządzanie comiesięcznej aktualizacji listy wad w formie uzgodnionej z Kierownikiem Projektu wraz z przekazaniem Raportów z przeglądów zgodnie z Załącznikiem nr 1 pkt 4.
- 6) udziału i wsparcia merytorycznego Zamawiającego w przeprowadzaniu przeglądów gwarancyjnych;

- 7) wspierania merytorycznego Zamawiającego w postępowaniach dotyczących nierozstrzygniętych roszczeń i sporów;
- 8) dokonania rozliczenia ostatecznego i wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności;
- 9) sprawdzenia i potwierdzenia gotowości obiektu do dokonania przez Zamawiającego komisyjnego odbioru ostatecznego wraz z przygotowaniem wszelkich niezbędnych dokumentów;
- 10) dostarczenia Zamawiającemu wszelkich dokumentów przygotowanych przez Wykonawcę po zakończeniu Robót;
- 11) wystawienia Świadczenia Wykonania;
- 12) przekazania Zamawiającemu zarchiwizowanej Dokumentacji Kontraktowej z podziałem na grupy korespondencji (w wersji papierowej oryginalnej lub w sytuacji nieposiadania oryginału dokumentacji, kopii dokumentacji potwierdzonej za zgodność z oryginałem – 1 egz., w wersji elektronicznej – 2 egz. każdy na osobnym nośniku pamięci USB).

Zgodnie z § 27 IPU 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.

Wartość szacunkowa zamówienia, powiększona o podatek od towarów i usług, ustalona została na 3 004 139,70 zł brutto (bez zamówień uzupełniających).

W postępowaniu wpłynęło 12 ofert, w tym oferta Przystępującego z najniższą ceną 1 697 356,95 zł brutto oraz oferta Odwołującego z drugą w kolejności ceną 2 067 015,00 zł brutto. Przystępujący w Formularzu cenowym w poz. 1.2 wskazał cenę jednostkową netto 3 200 zł, w poz. 3.2 wskazał zaś cenę 1 600 zł.

Zamawiający pismem z dnia 7 czerwca 2022 r. wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny - w celu ustalenia czy zaoferowana cena oraz jej istotne części składowe, zawierają rażąco niską cenę oraz czy uwzględniają wszystkie wymagania zawarte w SWZ. Zamawiający wskazał, iż powziął podejrzenie rażącego zaniżenia ceny w oparciu o arytmetyczne kryterium, dla którego punktem odniesienia jest ustalona przez Zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT oraz średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż cena oferty Przystępującego wynosi 1 697 356,95 zł brutto. W porównaniu z szacowaną przez Zamawiającego wartością przedmiotu zamówienia (powiększoną o podatek VAT) stanowi 56,50% jej wartości. Ponadto cena oferty w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert jest niższa o 832 699,66 zł. Taka różnica w stosunku do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o

podatek VAT oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert daje Zamawiającemu podstawę do przyjęcia, iż oferta mogła zostać przez Państwa nienależycie skalkulowana lub zaniżona w stosunku do kosztów zamówienia. Zamawiający zwrócił a się o przedstawienie szczegółowej i wyczerpującej informacji na temat sposobu skalkulowania ceny całej oferty w zakresie szeregu pozycji zawartych w Formularzu cenowym, w tym m.in.:

- Poz. 1.2 Formularza Cenowego – „Personel biurowy” – Zamawiający wskazał, iż zaoferowana cena za 1 miesiąc wynosi 3 200,00 zł, co w porównaniu z szacunkową wyceną Zamawiającego za daną pozycję w wysokości 6 000,00 zł stanowi 53,33% jej wartości, a w porównaniu ze średnią arytmetyczną wszystkich cen jednostkowych za daną pozycję w wysokości 5 983,05 zł stanowi 53,48% jej wartości. Przedmiotowa pozycja ma być świadczona przez okres 25 m-cy. Zgodnie z zapisami SWZ, Wykonawca winien zatrudnić, na podstawie stosunku pracy w wymiarze pełnego etatu, przez okres świadczenia Usługi, do wydania ostatecznego Świadczenia Przejęcia, min. 1 osobę na stanowisko Personelu biurowego, wykonującą czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w pkt. 2.1. OPZ. Konsultant powinien tak zorganizować pracę Personelu biurowego, aby uwzględnić godziny pracy określone w Umowie, zapisy dotyczące godzin pracy zawarte w Warunkach Kontraktu na roboty, nad którymi sprawowany będzie nadzór oraz ryzyko związane z dostosowaniem pracy do potrzeb między innymi z rzeczywistym czasem pracy Wykonawcy Robót, zmniejszeniem intensywności prac w okresach zimowych itp. Personel biurowy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biur Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 8-16 na wszystkich etapach Kontraktu. W związku z powyższym Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie, czy Wykonawca, w pozycji 1.2 Personel biurowy, ujął wszelkie koszty związane z zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy w wymiarze pełnego etatu min. 1 osoby niezbędnej do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta, w przyjętej jednostce czasu, w tym przepisy ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Ponadto, czy Wykonawca, przy wycenie pozycji 1.2 Personel biurowy, wziął pod uwagę Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 1690). Jednocześnie, Zamawiający poprosił o wyjaśnienie sposobu wyceny oraz wskazanie, czy i w jaki sposób oferta Wykonawcy uwzględnia wszystkie koszty związane z zatrudnieniem na umowę o pracę i minimalnym wynagrodzeniem np. koszty zastępstw podczas nieobecności pracowników lub ich urlopów, koszty pozapłacowe itp.
- Poz. 3.2 Formularza Cenowego - „Personel biurowy” – Zamawiający wskazał, iż oferowana przez Wykonawcę cena za 1 miesiąc wynosi 1 600,00 zł. co w porównaniu z szacunkową wyceną Zamawiającego za daną pozycję w wysokości 3 000,00 zł stanowi

53,33% jej wartości, a w porównaniu ze średnią arytmetyczną wszystkich cen jednostkowych za daną pozycję w wysokości 2 940,25 zł stanowi 54,42% jej wartości. Zgodnie z SWZ Konsultant w celu realizacji zamówienia zapewni odpowiedni Personel Biurowy dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu min 1 osobę, np.: sekretariat, obsługa techniczno - administracyjna itp. Konsultant powinien tak zorganizować pracę Personelu biurowego, aby uwzględnić godziny pracy określone w Umowie, zapisy dotyczące godzin pracy zawarte w Warunkach Kontraktu na roboty, nad którymi sprawowany będzie nadzór oraz ryzyko związane z dostosowaniem pracy do potrzeb między innymi z rzeczywistym czasem pracy Wykonawcy Robót, zmniejszeniem intensywności prac w okresach zimowych itp. Personel biurowy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biur Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 8-16 na wszystkich etapach Kontraktu.

Zamawiający poprosił o przedstawienie szczegółowych i wyczerpujących wyjaśnień, dotyczących sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na cenę ofertową ogółem, jak również innych, które wykonawca uważa za istotne, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe, finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku. Zamawiający poprosił o wyjaśnienie, czy zgodnie z SWZ Tom I pkt 17.3, cena jednostkowa zawarta w ofercie obejmuje całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu Cenowym. Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena skalkulowana była rzetelnie i czy Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Zamawiający poprosił o wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość oferty, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, potwierdzających, że zaoferowana w ofercie cena jest skalkulowana prawidłowo i nie budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Jednocześnie prosimy o precyzyjne wykazanie, jakie czynniki spowodowały możliwość obniżenia ceny i w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona. Zamawiający wskazał, iż przy ocenie wyjaśnień będzie brał pod uwagę w szczególności czynniki wskazane w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający zwrócił się o przesłanie wszelkich informacji oraz dowodów, które wykonawca uzna za istotne, na temat sposobu obliczania ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyższej. Pouczył o treści art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

W odpowiedzi Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których w zakresie pkt 1.2 Formularza cenowego wskazał, iż zamierza realizować usługę w znaczącej części personelem lokalnym. Wykonawca wskazał również, iż personel oświadczył, że ich cena zawiera dojazdy i powroty z pracy. Zatem nie przewiduje się dodatkowych kosztów zakwaterowania. Równocześnie wskazano, że na innych naszych kontraktach także nie ponosi kosztów zakwaterowań. Przystępujący poinformował, że zgodnie z zapisami SWZ wszystkie osoby tworzące Personel Biurowy przez cały okres realizacji usługi będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu. W okresie prac projektowych oraz robót budowlanych personel ten składać się będzie z jednej osoby, zaś w okresie przeglądów i rozliczenia Kontraktu będzie to również jedna osoba. Firma BBC od lat postrzegana jest jako jednostka „społecznie świadoma”. W szeregach Organizacji na stałe zatrudnione są osoby niepełnosprawne, dla których praca, poza wymiarem stricte finansowym, ma szczególne znaczenie w zakresie integracji społecznej oraz podniesienia własnej wartości. W załączniku nr 9, 9a, wskazano przykładowe oświadczenie pracownika wraz z dokumentami poświadczającymi stopień niepełnosprawności (pracownik zgodził się na ujawnienie danych). Dla Wykonawcy, poza satysfakcją wynikającą z umożliwienia osobom niepełnosprawnym samodzielnego utrzymania, istotne są również korzyści finansowe przewidziane przez Ustawodawcę. Otóż zatrudnienie osoby niepełnosprawnej na pełen etat wiąże się z możliwością otrzymania dofinansowania, które znacząco zmniejsza koszty pracodawcy. Do każdej zatrudnionej osoby o znacznym stopniu niepełnosprawności wysokość dofinansowania ze środków Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych wynosi w 2022 roku to 1 950,00 zł. Zatem koszt zatrudnienia takiej osoby na pełen etat (przyjmując koszt pracodawcy dla minimalnej krajowej w 2022 roku 3 626,46 PLN) to kwota od 1 676,46 PLN – Koszt przy zatrudnieniu osoby z niepełnosprawnością w stopniu znacznym. Założona więc w ofercie kwota łączna 3 200,00 PLN netto (miesięcznie) jest w pełni wystarczająca, biorąc pod uwagę planowane powierzenie zadań osobie niepełnosprawnej. Przedstawione wyżej informacje ukazują, iż jest niższy koszt zatrudnienia pracowników niż zakładano w ofercie. Dokumenty dotyczące osoby niepełnosprawnej zostały przedłożone na potwierdzenie prawidłowości kalkulacji ceny i poczynionych przez Wykonawcę założeń. Dalej Przystępujący wyjaśnił szczegółowo przyjęte do kalkulacji poz. 1.2 koszty, przedstawiając wyliczenia. Wskazał też, że z ostrożności przyjął do wyliczeń okres 48 miesięczny, a różnica w kwocie 19 491,32 zł netto, stanowi nie tylko realny zysk Konsultanta, lecz również zapewnia znaczącą rezerwę na dodatkowe koszty, które mogą pojawić się w trakcie trwania inwestycji.

W odniesieniu do pkt 3.2 Formularza cenowego Przystępujący wyjaśnił, iż szczegóły dotyczące kosztów związanych zatrudnieniem Personelu Pomocniczego oraz Personelu

Biurowego zostały wyjaśnione bardzo dokładnie w punkcie 1.3 niniejszego opracowania.

Zamawiający pismem z dnia 11 lipca 2022 r. zwrócił się o uszczegółowienie otrzymanych wyjaśnień w trzech aspektach, w tym w pkt 2 wskazał, iż W związku z wyjaśnieniami dotyczącymi obniżenia kosztów zatrudnienia Personelu Biurowego z uwagi na planowane zatrudnienie osoby z niepełnosprawnością z stopniu znacznym oraz wskazaniem że przez cały okres realizacji usługi osoba ta będzie zatrudniona na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, Zamawiający poprosił o wyjaśnienie, czy wycena Państwa Oferty w zakresie pozycji 3.2 Formularza Cenowego dot. Personelu biurowego w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności, uwzględnia wszystkie koszty związane z zatrudnieniem na umowę o pracę i minimalnym wynagrodzeniem. Jednocześnie, Zamawiający zwrócił uwagę, że w treści wyjaśnień wskazano oświadczenie pracownika, które mówi iż nie nabył jeszcze uprawnień do urlopu w wysokości 26 dni – załącznik nr 10. Zamawiający nie znalazł jednak tego załącznika. W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący wskazał, że potwierdza, iż w wycenie Oferty w zakresie pozycji 3.2 Formularza Cenowego dot. Personelu biurowego w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności, zostały uwzględnione wszystkie koszty związane z zatrudnieniem na umowę o pracę i minimalnym wynagrodzeniem. Odnosząc się do braku załącznika nr 10 do wyjaśnień z dnia 23.06.2022 r. poinformował, iż nastąpiła omyłka i przez przypadek nie został on załączony do wcześniejszych wyjaśnień. Przystępujący załączył ten dokument.

Zamawiający pismem z dnia 28 lipca 2022 r. wezwał Przystępującego do uszczegółowienia wyjaśnień. W pkt 2 wezwania wskazał, iż w związku z wyjaśnieniami Wykonawcy dotyczącymi wyceny pozycji 3.2 Formularza Cenowego dot. Personelu biurowego w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności, zawierającymi ogólną deklarację, że wycena tej pozycji uwzględnia wszystkie koszty związane z zatrudnieniem na umowę o pracę i minimalnym wynagrodzeniem, Zamawiający poprosił o ostateczne wyjaśnienie sposobu wyceny tej pozycji oraz konkretne wskazanie (poparte kalkulacją), czy i w jaki sposób oferta w pozycji 3.2. Formularza Cenowego uwzględnia wszystkie koszty związane z zatrudnieniem na umowę o pracę i minimalnym wynagrodzeniem np. koszty zastępstw podczas nieobecności pracowników lub ich urlopów, koszty pozapłacowe, itp. koszty, które pracodawca jest zobowiązany ponosić. W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący wyjaśnił, iż zgodnie z postanowieniami § 13 ust. 4 i 5 projektu umowy, Zamawiający wymagał, aby w okresie realizacji zamówienia w okresie do wystawienia Świadczenia Przejęcia, wykonawca zatrudnił na podstawie umowy pracy w pełnym wymiarze czasu pracy na stanowisko pracownika biurowego, a od wydania ostatecznego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego

Świadczenia Płatności osoba stanowiąca Personel Biurowy musi być zatrudniona w oparciu o stosunek pracy, lecz nie musi ona być zatrudniona w pełnym wymiarze godzin. Zamawiający nie specyfikuje wielkości etatu w okresie od ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności. Wykonawca w oparciu o własne doświadczenia założył, iż Personel Biurowy w tym okresie będzie pracował w wymiarze maksymalnie do połowy etatu. Powyższe koresponduje z zapisami Formularza Ofertowego w pozycji 3.2 oraz jest również uzasadnione faktem, iż w rozpatrywanym okresie faktyczne zaangażowanie Personelu Biurowego w zakresie obsługi sekretariatu i spraw administracyjno-technicznych nie przekracza 50% zaangażowania Personelu Biurowego w okresie realizacji robót. Przystępujący w wyliczeniach dotyczących miesięcznych kosztów zatrudnienia 1 osoby na stanowisku Personel biurowy w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności wskazał m.in., iż koszt zatrudnienia w okresie 15 miesięcy wyniesie $1\ 676,46 \times 15 \text{ miesięcy} = 25\ 146,90 \text{ zł}$, przy czym jest to koszt pełnego etatu, a jak wskazano powyżej na okres od ostatecznego Świadczenia Przejęcia do ostatecznego Świadczenia Płatności zakres obowiązków dla tej osoby będzie wymagał jedynie pracy w wymiarze $\frac{1}{2}$ etatu, co powoduje, że całkowity koszt pracodawcy z tytułu samego zatrudnienia to kwota 12.573,45 zł przez 15 miesięcy świadczenia usługi. Przedstawiono też wyliczenia w zakresie kosztów urlopu, absencji chorobowej, Przystępujący wskazał, iż z przedstawionych wyliczeń wynika, że całkowity koszt na pracownika w okresie od ostatecznego Świadczenia Przejęcia do ostatecznego Świadczenia Płatności wynosi 14.861,82 zł co oznacza, że miesięczny koszt we wskazanym okresie to 990,78 zł. W tabeli, wskazanej w pkt 5 wyjaśnień z dnia 23.06.2022 r., Wykonawca założył koszt miesięczny 1.300 zł dla personelu biurowego, przyjmując, że w pewnych okresach czasu z uwagi na spiętrzenie obowiązków i ilość spraw do załatwienia może zajść konieczność oddelegowania dodatkowego pracownika do pomocy w zakresie wykonywania obowiązków personelu biurowego. W ocenie Wykonawcy, założona rezerwa kosztowa, pozwala w zupełności na prawidłową realizację zamówienia.

Treść wszystkich ww. wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego została odtajniona przez Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 20 września 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Drugą ofertą w rankingu oceny ofert była oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, o których mowa w pkt. 2.1 OPZ, nie potwierdził się.

Zgodnie z 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 zaś z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przez warunki zamówienia rozumie się warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego; (por. art. 7 pkt 29 ustawy Pzp).

Rozpoznawany zarzut został oparty na tezie, iż oferta Przystępującego jest niezgodna z pkt 2.1. OPZ, w którym Zamawiający wymagał, aby Personel biurowy zapewniał pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 7.00-15.00 na wszystkich etapach Kontraktu. Treść ww. punktu OPZ była bezsporna, istnienie takiego obowiązku po stronie wykonawcy nie budziło wątpliwości żadnej ze Stron. Odwołujący wywodził niezgodność oferty swojego konkurenta z ww. warunkami zamówienia z faktu, iż w toku procedury wyjaśniającej wyliczenie ceny ofertowej Przystępujący oświadczył, że w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności zamierza zatrudnić Personel biurowy (1 osobę) na umowę o pracę w wymiarze połowy etatu.

W treści odwołania pominięto jednak istotny dla oceny aspekt, tj. treść Formularza cenowego, w którym Zamawiający narzucił wykonawcom określoną konstrukcję wyceny. W pkt 3.2. tego Formularza wskazano wprost, iż cena jednej jednostki czasu pracy Personelu biurowego w okresie przeglądów i rozliczeń (od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności) ma wynosić nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu tego personelu w okresie realizacji robót budowlanych (od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia). Równocześnie z pkt 2.1. OPZ wynika, iż Zamawiający w okresie realizacji robót budowlanych oraz w okresie przeglądów i rozliczeń wymagał zaangażowania minimum jednej osoby. Tym samym obligatoryjna liczba Personelu biurowego na obu tych etapach została przez Zamawiającego określona na identycznym poziomie, przy czym koszt zaangażowania tego Personelu na etapie przeglądów i rozliczeń uwzględniany w cenie oferty miał być co najmniej o połowę niższy niż koszt zaangażowania na etapie realizacji robót budowlanych. Zamawiający ocenił zatem czasochłonność pracy Personelu biurowego

podczas drugiego etapu umowy na dużo niższą, nie większą niż połowa pracy niezbędnej do wykonania podczas etapu pierwszego.

Powyższe w ocenie Izby koreluje z postanowieniami IPU. Zamawiający w § 13 ust. 4 IPU zawarł wymóg, aby Personel biurowy był zatrudniony na podstawie stosunku pracy. Jednocześnie w ust. 5 wskazał, iż osoby te (Personel biurowy) przez okres świadczenia Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie stosunku pracy w wymiarze pełnego etatu. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego jakoby wzajemna relacja § 13 ust. 4 i 5 IPU wskazywała, iż w okresie od wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia brak było obowiązku zatrudnienia Personelu biurowego na umowę o pracę. Taki obowiązek wynika literalnie z § 13 ust. 4 IPU. Ust. 5 precyzuje jedynie, iż do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia Personel biurowy musi być zatrudniony w pełnym wymiarze etatu, brak jest zaś takich wymagań co do okresu następującego po wystawieniu ostatniego Świadectwa Przejęcia. Jest to zbieżne z wyżej wskazanym założeniem przyjętym przez Zamawiającego w Formularzu cenowym co do poziomu zaangażowania Personelu biurowego po wystawieniu ostatniego Świadectwa Przejęcia, które oszacowano na nie większe niż 50% w stosunku do pierwszego etapu realizacji umowy.

Mając na uwadze powyższe nie sposób stwierdzić, że oferta Przystępującego, który założył zatrudnienie Personelu biurowego w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności na umowę o pracę w wymiarze połowy etatu, miałyby być niezgodna z warunkami zamówienia, skoro Zamawiający nie nałożył na wykonawców obowiązku zatrudnienia tego Personelu w ww. okresie na umowę o pracę na cały etat. Przyjęte przez Przystępującego założenie co do czasochłonności pracy Personelu biurowego w okresie przeglądów i rozliczeń i ustalenie zaangażowania na połowę zaangażowania wymaganego na etapie realizacji robót, jest zgodne z modelem przyjętym przez Zamawiającego, wobec czego trudno z takiego działania wywodzić względem Przystępującego negatywne konsekwencje. Odwołujący – poza wskazaniem jedynie na godziny otwarcia biura – nie wykazywał, aby faktyczna czasochłonność zadań Personelu biurowego miała przekraczać pełny etat. Nie odniósł się też do okoliczności, iż Przystępujący przewidział rezerwę na wypadek konieczności oddelegowania dodatkowej osoby do pomocy w zakresie realizacji obowiązków nałożonych na Personel biurowy. Ponadto jak podniósł Zamawiający, spośród obowiązków wymienionych w §23 IPU jedynie pkt 12 może odnosić się do udziału Personelu biurowego (przekazanie zarchiwizowanej Dokumentacji Kontraktowej), zaangażowanie tego Personelu nie będzie więc duże, niewątpliwie będzie zdecydowanie niższe niż w pierwszym etapie realizacji umowy. Zauważyć też należy, iż Odwołujący nie kwestionował realności wyceny dokonanej przez Przystępującego w poz. 1.2 Formularza cenowego, uznać zatem należy, iż

wycena ta została dokonana prawidłowo i odpowiadała faktycznemu zaangażowaniu Personelu biurowego w realizację tego etapu umowy (Zamawiający wymagał dla tej pozycji cenowej jedynie jednej osoby zatrudnionej na cały etat). Przyjmując zatem optykę Odwołującego Przystępujący - aby uniknąć odrzucenia jego oferty – musiałby zawyżyć koszty wskazane w poz. 1.2 w stopniu nieuzasadnionym rzeczywistym nakładem pracy.

Dalej należy wskazać, iż Odwołujący istnienie obowiązku zaangażowania Personelu biurowego w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności w wymiarze 8 godzin wywodził jedynie w sposób pośredni - z faktu, iż wykonawca zobowiązany jest zapewnić dostępność Biura Konsultanta w określonym przedziale czasowym (8 godzin). Wyłącznie na tej podstawie Odwołujący opierał swoje twierdzenia o niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia. Izba oceniła to stanowisko za zbyt daleko idące. W doktrynie i orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, iż odrzucenie oferty powinno mieć miejsce wtedy, gdy podstawy odrzucenia są możliwe do stwierdzenia w sposób jednoznaczny i niewątpliwy. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku. Z pkt 2.1. OPZ, poza obowiązkiem zapewnienia dostępności biura Konsultanta w określonych godzinach, nie wynikają inne szczegółowe wytyczne w tym zakresie, w szczególności w jaki sposób tę dostępność należy zapewnić. Jak wskazał sam Odwołujący, Zamawiający pozostawił wykonawcom w tym zakresie dużą swobodę. Wykonawcy co do zasady mogą więc zapewnić spełnienie wymogu z pkt 2.1. OPZ w inny sposób, niż zatrudniając personel biurowy w okresie przeglądów i rozliczeń na pełny etat. Oszacowanie zaangażowania czasowego Personelu biurowego na pół etatu nie przesądza *per se*, że Biuro Konsultanta nie będzie dostępne w określonym przedziale czasowym. Odwołujący stawianą tezę oparł jedynie na własnym przekonaniu, podczas gdy tak naprawdę nie posiadał wiedzy, jak Przystępujący zamierza zapewnić dostępność biura. Jak sam wskazał na rozprawie „nie sposób stwierdzić, w jaki sposób Przystępujący zamierza zapewnić funkcjonowanie biura w wymaganych przez Zamawiającego godzinach.”

I tutaj należy wskazać na okoliczność kluczową - kwestia zapewnienia dostępności biura Konsultanta nie była w ogóle przedmiotem wyjaśnień w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Co prawda Zamawiający w postępowaniu odwoławczym wskazał, iż określone przez Przystępującego zaangażowanie czasowe oraz założona rezerwa kosztowa pozwolą na realizację umowy zgodnie z wymaganiami wynikającymi z OPZ, a zatem po stronie Zamawiającego nie zaistniały wątpliwości w tym zakresie, niemniej nawet gdyby uznać, że wątpliwości te powinny pojawić się u Zamawiającego, to byłby on zobowiązany nie – jak wnosi Odwołujący - do odrzucenia oferty Przystępującego, lecz do uprzedniego wezwania go do wyjaśnień. Zamawiający, decydując się na odrzucenie oferty, musi być bowiem w stanie stwierdzić, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia jest jednoznaczna i nie powinien

poprzestawać jedynie na subiektywnej ocenie. Odwołujący nie objął jednak zakresem odwołania zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie obowiązku zapewnienia dostępności Biura Konsultanta. Izba zaś nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (por. art. 555 ustawy Pzp). Mając to na uwadze Izba uznała złożone przez Odwołującego dowody w postaci dokumentów pochodzących z innych prowadzonych przez Zamawiającego postępowań za irrelevantne dla rozstrzygnięcia. Faktem jest, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przewidywał obowiązku zatrudnienia personelu pomocniczego, niemniej okoliczność ta nie wpływa na dokonaną przez Izbę ocenę, opisaną powyżej.

Izba za nieuzasadniony uznała także drugi z zarzutów odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 oraz art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że wykonawca ten nie udzielił wyjaśnień, które uzasadniałyby podaną w ofercie cenę i kierowanie do Przystępującego kolejnych wezwań do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś zgodnie z ust. 6 tego przepisu 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. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdziła, iż zarzut naruszenia ww. przepisów Odwołujący oparł na przyczynach czysto formalnych – przede wszystkim na tym, że Zamawiający w sposób nieuprawniony trzykrotnie wzywał Przystępującego do wyjaśnień. Jak wskazał Odwołujący źródłową wadliwością procedury wyjaśniającej było jej kontynuowanie przez Zamawiającego po złożeniu przez Przystępującego pierwszych wyjaśnień. Skład orzekający nie podzielił tego stanowiska. Podkreślić należy, iż ustawodawca wyposażył instytucje zamawiające w narzędzia pozwalające w przypadku powstania wątpliwości uzyskać od wykonawcy informacje niezbędne do dokonania kompleksowej oceny oferty, takie jak wyjaśnienia treści oferty (art. 223 ust. 1 ustawy Pzp), czy wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny ofertowej lub jej istotnych części (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp). Ustawa Pzp nie zawiera szczegółowych regulacji ani co do liczby wezwań, jakie można skierować do wykonawcy, ani co do sposobu formułowania tych wezwań. W orzecznictwie ukształtowany jest pogląd, iż dokonywana przez Izbę ocena prawidłowości działań Zamawiającego polegających na kierowaniu do wykonawcy kolejnych wezwań, determinowana jest treścią tych wezwań oraz udzielanych na nie odpowiedzi. Jest to zatem ocena indywidualna, uzależniona od okoliczności stanu

faktycznego konkretnej sprawy. Możliwe jest skierowanie wezwania do dodatkowych wyjaśnień na przykład w sytuacji, gdy sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie konkretnie elementy oferty budzą jego wątpliwości co do wyceny, czy też gdy wykonawca złożył rzetelne wyjaśnienia, lecz na ich gruncie pojawiły się dalsze pytania czy wątpliwości wymagające doprecyzowania. Podkreślić jednak należy, że wezwanie wykonawcy do doprecyzowania wyliczeń ceny ofertowej czy uszczegółowienia wyjaśnień nie musi świadczyć o tym, że udzielone już wyjaśnienia były zbyt ogólnikowe czy niekonkretne (tak m.in. Sąd Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 15 grudnia 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 116/21, 121/21).

Analizując wezwania, jakie Zamawiający skierował do Przystępującego Izba stwierdziła, iż w zasadzie w treści żadnego z wezwań Zamawiający precyzyjnie nie wyartykułował swoich wątpliwości w odniesieniu do poz. 3.2 Formularza cenowego. Jeśli chodzi o pierwsze wezwanie, to należy zwrócić uwagę na to, iż Zamawiający w różny sposób sformułował pytanie w zakresie poz. 1.2 Formularza cenowego i poz. 3.2 Formularza cenowego. W odniesieniu do poz. 1.2 Zamawiający podkreślił obowiązek zatrudnienia minimum jednej osoby na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, wskazując na konieczność wyjaśnienia sposobu wyceny m.in. w zakresie uwzględnienia wszelkich kosztów związanych z zatrudnieniem na umowę o pracę i minimalnym wynagrodzeniem oraz zapewnieniem zastępstw, kosztów pozapłacowych itp. Nie było przedmiotem sporu, iż wyjaśnienia udzielone w tym zakresie przez Przystępującego były konkretne, rzetelne, prezentowały szczegółowe wyliczenia, jak i zostały poparte dowodami. W zakresie poz. 3.2 Zamawiający wskazał już tylko na procentową różnicę tej pozycji cenowej w relacji do wartości szacunkowej i średniej arytmetycznej ofert i przywołał obowiązki Konsultanta. Zamawiający nie wyartykułował w tym zakresie nawet konkretnego pytania do wykonawcy (dalsza treść wezwania po opisie obowiązków odnosi się już do wyjaśnień ceny ofertowej ogółem). W ocenie Izby nie należy oceniać działania Przystępującego, który w przypadku poz. 3.2 odesłał do szczegółowych wyjaśnień do poz. 1.2, negatywnie. W poz. 1.2 omówiono bowiem szczegółowo założenia, jakie wykonawca uwzględnił podczas kalkulacji i przyjęte koszty. Analiza Formularza cenowego Przystępującego wskazywała zaś jednoznacznie, iż w poz. 3.2 przyjęto połowę kosztów przedstawionych w poz. 1.2, zgodnie z ograniczeniem narzuconym wykonawcom przez Zamawiającego.

Mając to na uwadze Izba stwierdziła, iż wystosowanie do Przystępującego wezwania do uszczegółowienia wyjaśnień nie naruszało przepisów ustawy Pzp. Problematiczna w kontekście drugiego wezwania była natomiast okoliczność, iż Zamawiający poza prostym zapytaniem, czy wycena w poz. 3.2 uwzględnia wszystkie koszty związane z zatrudnieniem na umowę o pracę i minimalnym wynagrodzeniem oraz zwróceniem uwagi na brakujący

załącznik dotyczący uprawnień pracownika do urlopu, nie sprecyzował (w przeciwieństwie, jak uczynił to w pierwszych wyjaśnieniach w odniesieniu do poz. 1.2) czego konkretnie od Przystępującego, poza odpowiedzią na to pytanie, oczekuje. Odpowiedź wykonawcy była zatem poniekąd determinowana treścią tak ogólnego wezwania. Zamawiający co do zasady ma obowiązek w sposób możliwie precyzyjny określić żądany zakres wyjaśnień, a także określić konkretne wątpliwości odnoszące się do podejrzenia rażąco niskiej ceny. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający dopiero w trzecim wezwaniu wskazał konkretnie na konieczność omówienia kosztów zastępstw, kosztów pozapłacowych, kosztów pracodawcy, aczkolwiek nawet w tym wezwaniu nie wyjaśnił co konkretnie jest źródłem jego wątpliwości, a przecież aby rozwiązać wątpliwości Zamawiającego wykonawca musi wiedzieć, dlaczego określone elementy wzbudziły zastrzeżenia Zamawiającego, aby udzielić wyjaśnień w sposób kompleksowy. Przystępujący w odpowiedzi na to wezwanie przedstawił założenia oraz wyliczenia w zakresie przyjętych w poz. 3.2 kosztów, których treści Odwołujący nie kwestionował.

Ta ostatnia okoliczność jest szczególnie warta podkreślenia w przedmiotowej sprawie. Zauważyć bowiem należy, iż Odwołujący – poza wskazaniem na ww. kwestie formalne - w ogóle nie odniósł się do ceny oferty Przystępującego, w szczególności w żaden sposób nie podważył możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia za cenę zaproponowaną przez Przystępującego. Odwołujący ani nie zakwestionował wyliczeń przedstawionych przez Przystępującego w wyjaśnieniach (nr 1 i 3), ani przyjętych przez Przystępującego założeń, poza elementem dotyczącym zatrudnienia Personelu biurowego na pół etatu w końcowej fazie umowy (stanowisko Odwołującego w tym zakresie nie było jednak uzasadnione, co omówiono powyżej). Dokonując oceny prawidłowości działania Zamawiającego polegającego na uznaniu, że wykonawca składając wyjaśnienia wykazał, iż cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską, nie można tracić z oczu celu, jakiemu służy instytucja wyjaśnień ceny oferty. Celem tym jest przede wszystkim ustalenie, czy za zaoferowaną cenę możliwe jest wykonanie zamówienia przez wykonawcę w sposób należyty i bez poniesienia strat z tego tytułu. Argumentacja odwołania od tego celu całkowicie abstrahuje. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego należałoby odrzucić z przyczyn wyłącznie formalnych ofertę wykonawcy jako zawierającą rażąco niską cenę, w sytuacji gdy przekazane przez wykonawcę w toku procedury wyjaśniającej informacje i dowody potwierdzają rynkowy charakter zaoferowanej ceny.

W odwołaniu nie odniesiono się ponadto do jeszcze jednego ważnego aspektu, a mianowicie tego czy poz. 3.2 Formularza cenowego stanowi istotną część składową ceny. Odwołujący pominął fakt, iż wartość ww. pozycji cenowej nie przekracza 1,5% ceny

całkowitej oferty Przystępującego. Odwołujący nie wykazywał też, aby był to element istotny przedmiotowo, nie budzi zaś wątpliwości Izby to, że kwestionowana pozycja Formularza cenowego dotyczy końcowego etapu realizacji umowy, w głównej mierze już wówczas zrealizowanej, zaś praca Personelu biurowego ma jedynie pomocniczy charakter względem kluczowego zakresu świadczenia – usług specjalistycznych polegających na zarządzaniu, pełnieniu nadzoru inwestorskiego oraz kontroli nad realizacją robót czy nadzorowania usunięcia ewentualnych usterek/ wad stwierdzonych w przeglądach gwarancyjnych.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba stwierdziła, iż brak jest do podstaw do uznania, aby Zamawiający dokonując wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp czy też art. 224 ust. 5 i 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W konsekwencji również zarzut trzeci, tj. zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności i przejrzystości, nie zasługiwał na uwzględnienie. W ocenie Izby brak było podstaw do uznania, iż Zamawiający prowadził postępowanie z uchybieniem ogólnym zasadom systemu zamówień publicznych.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) 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).

Przewodniczący: