

WYROK

z dnia 31 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Emil Kuriata

Anna Osiecka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **29 lipca 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **29 czerwca 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *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)”* (nr postępowania O.KR.D-3.2410.1.2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego:

A. MGGP sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie – po stronie Odwołującego

B. Lafrentz Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – po stronie Zamawiającego

C. Firma Inżynierska Arcus sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Krakowie, Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest-Complex” sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach – po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.

Sygn. akt KIO 1443/20

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie prowadzi (za pomocą Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Krakowie) na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”, „ustawa p.z.p.”, „p.z.p.”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Zarządzanie kontraktem i pełnienie nadzoru nad zadaniem pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania „Budowa drogi SI Kosztowy — Bielsko-Biała. Odcinek IV, obwodnica Oświęcimia (DK 44 klasy GP)”* (nr postępowania O.KR.D-3.2410.1.2020).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 8 maja 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_090 pod poz. 215297.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

19 czerwca 2020 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym w powyższym postępowaniu zawiadomienie o jego rozstrzygnięciu – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Lafrentz Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu {dalej: „Lafrentz” lub „Przystępujący”}.

29 czerwca 2020 r. Multiconsult Polska sp. z o.o. {dalej: „Odwołujący”} wniosło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od zaniechania odrzucenia oferty Lafrentz.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Lafrentz i oferty Konsorcjum Arcus, pomimo iż treść tych ofert jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”}.
2. {z ostrożności procesowej – na wypadek nieuwzględnienia powyższego zarzutu} Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Lafrentz i oferty Konsorcjum Arcus, pomimo iż oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
3. {z ostrożności procesowej – na wypadek nieuwzględnienia poprzedniego zarzutu} Art. 90 ust. 1-3 – przez zaniechanie wezwania Lafrentz i Konsorcjum Arcus do złożenia wyjaśnień, pomimo iż istotne części składowe cen tych ofert wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania

przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

4. Art. 89 ust. 1 pkt 6 – przez zaniechania odrzucenia oferty Lafrentz i oferty Konsorcjum Arcus, pomimo iż oferty te zawierają błędy w obliczeniu ceny.
5. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy pzp).
6. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie – przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu:
 - a) Formularza 2.2. „Kryteria Pozacenowe” złożonego przez Konsorcjum Arcus w całości;
 - b) Formularza 2.2. „Kryteria Pozacenowe” złożonego przez Lafrentz w części dot. podkryterium 2.2. „Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej” dla zadania 2. oraz podkryterium 2.2. „Specjalista ds. rozliczeń” dla zadania 2.;
 - c) uzasadnienia zastrzeżenia informacji wskazanych w lit. a) i b) jako tajemnicy przedsiębiorstwa – pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto ww. wykonawcy nie dokonali skutecznego zastrzeżenia informacji zamieszczonych w tych dokumentach.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Ponownej oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty Lafrentz i oferty Konsorcjum Arcus.
4. {z ostrożności procesowej} Wezwania Lafrentz i Konsorcjum Arcus do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1-3 pzp.

Odwołujący następująco sprecyzował okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

{ad pkt 1. i 4. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności odnośnie brzmienia postanowień SIWZ {podkreślenia i pogrubienie za odwołaniem}:

1. Tom III Istotne postanowienia umowy („IPU”), umowa § 13 „Ogólne obowiązki Konsultanta” ust. 4-6 odnośnie Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego: *Zamawiający, wymaga aby zatrudnione na podstawie umowy o pracę były osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy, tj.: czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w pkt 2.1. OPZ (ust. 4).*
Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę,

przez okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu (ust. 5).

Konsultant zobowiązuje się przez cały okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, utrzymywać ciągłość zatrudnienia w wymiarze pracy nie mniejszym niż wynikającym z niniejszej Umowy (dot. Personelu Biurowego oraz Personelu Pomocniczego). 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 realizacji Usługi musi nastąpić w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia wystąpienia zakończenia umowy z poprzednio zatrudnioną osobą (ust. 6).

2. Tom III – Opis przedmiotu zamówienia („OPZ”), pkt 2. „Wymagania”, ppkt 2.1. „Personel Konsultanta” (str. 5-6), określający dalsze szczegółowe wymagania dla poszczególnych kategorii personelu, w tym dla Personelu Biurowego:

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 (Eksperci Kluczowi, Inni Eksperci),

2) Personel biurowy:

Dla okresu projektowania oraz okresu realizacji robót budowlanych min. 1 osobę, np.: sekretariat, obsługa techniczno-administracyjna itp.

Dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu min 1 osobę, np.: sekretariat, obsługa techniczno-administracyjna itp.),

3) Personel pomocniczy: Dla okresu projektowania oraz okresu wykonywania robót budowlanych min. 1 osobę, niezbędną w czasie realizacji usługi),

Dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu (min 1 osobę, inne osoby niezbędne w czasie realizacji usługi), niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia.

W zakres obowiązków osób tworzących Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy wchodzi w szczególności:

- ✓ Przyjmowanie korespondencji i potwierdzanie tego faktu
- ✓ Prowadzenie rejestrów korespondencji przychodzącej i wychodzącej
- ✓ Nadawanie numerów korespondencji wychodzącej

- ✓ Obsługa urządzeń 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 biegłe 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 i pomocniczego.

Konsultant powinien tak zorganizować prace Personelu Konsultanta oraz Personelu biurowego i pomocniczego, 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.

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 8-16 na wszystkich etapach Kontraktu.

Czas pracy Personelu ewidencjonowany będzie w oparciu o§ 11 ust. 23 IPU.

3. W „Formularzu cenowym” należało podać ceną jednostkową za każdy miesiąc pracy

Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego osobno dla różnych okresów realizacji zamówienia: a) w pkt 1.5. i 1.6. dla okresu „od Daty rozpoczęcia realizacji Usługi do wystawienia ostatecznego Świadczenia Przejęcia”, b) w pkt 4.5. i 4.6. dla okresu „od wystawienia ostatecznego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności”.

4. 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.*

Według Odwołującego z przytoczonych powyżej postanowień SIWZ czytanych łącznie wynika zatem, co następuje.

Po pierwsze – osoby zatrudnione w biurze, odpowiedzialne za jego prowadzenie, czyli co najmniej Personel Biurowy, muszą świadczyć swoje usługi przez 8 godzin dziennie, od poniedziałku do piątku. Postanowienie takie oznacza wymaganie zatrudnienia takiej osoby na pełen etat (niezależnie od formy zatrudnienia).

Po drugie – w okresie do wydania ostatecznego Świadczenia Przejęcia ww. osoby muszą być zatrudnione na podstawie umowy o pracę, po tym terminie zaś mogą być zatrudnione w innym trybie.

Odwołujący podał, że odpowiednio Lafrentz i Konsorcjum Arcus wskazali następujące stawki w ofertach (ceny jednostkowe netto w zł za 1 miesiąc):

- w ramach „Kosztów administracyjnych od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatecznego Świadczenia Przejęcia z pkt 1. formularza – w pkt 1.5. „Personel biurowy” odpowiednio 3.700 i 4.000, a w pkt 1.6. „Personel pomocniczy” odpowiednio 3.700 i 4.000;
- w ramach „Kosztów administracyjnych od wystawienia ostatecznego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności – w pkt 4.5. „Personel biurowy” odpowiednio 1.850 i 2.000, a w pkt 4.6. „Personel pomocniczy” odpowiednio 1.850 i 2.000.

Odwołujący zarzucił, że oferty Lafrentza i Konsorcjum Arcus powinny zostać odrzucone podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy pzp, gdyż o ile stawki dla pierwszego z powyżej wymienionych okresów są prawidłowe (obejmują zarówno koszt zatrudnienia osoby na pełen etat, jak i koszty związane z tą formą zatrudnienia), o tyle stawki dla drugiego z okresów zostały określone z naruszeniem rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 1778), z którego wynika, że od 1 stycznia 2020r. minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości wynosi 2600 zł, zaś minimalna stawka godzinowa wynosi 17 zł.

Odwołujący wywiódł, że z określonego w pkt 2.1. OPZ obowiązku zapewnienia pracy i dostępności biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku

w godzinach 8-16 na wszystkich etapach kontraktu wynika, że każdy wykonawca powinien ująć koszt zatrudnienia Personelu Biurowego w ostatnim okresie dla średnio 22 dni roboczych w każdym miesiącu, co daje 176 godzin miesięcznie, co oznacza, że minimalny koszt zatrudnienia tego personelu (zakładając, że nie będzie on w tym okresie zatrudniony na umowę o pracę) wynosi 2.992 zł (176 godzin x 17 zł/godzinę). Stąd według Odwołującego ceny jednostkowe podane dla tego okresu w ofertach Lafrentza i Konsorcjum Arcus nie obejmują całkowitego kosztu wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości, co jest niezgodne z treścią SIWZ, a jednocześnie wskazuje na błąd w obliczeniu ceny.

Na wypadek argumentacji, że koszty te są ujęte w innych pozycjach Odwołujący przywołał stanowisko Izby z uzasadnienia wyroku z 5 października 2017 r. sygn. akt KIO 1965/17 i KIO 1966/17, że niedopuszczalne jest przenoszenie kosztów pomiędzy pozycjami, a fakt takiego przenoszenia stanowi podstawę odrzucenia oferty zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 pzp: *Zgodnie zatem z ww. wymogami SIWZ Odwołujący nie był uprawniony do przenoszenia kosztów między pozycjami. Odwołujący winien wycenić koszt środka transportu wyłącznie w pozycjach 1.2a i 4.2a. W opinii izby na takie sposób obliczenia ceny oferty wskazują również zapisy Tomu IV SIWZ (...) Powyższe postanowienia SIWZ w sposób wyraźny i jednoznaczny wskazywały więc, że na etapie rozpoczęcia usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia oraz od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności, wszelkie wymogi SIWZ związane ze środkiem transportu winny być wycenione wyłącznie w dziale 1 i 4 i to w odpowiednich pozycjach Formularza Cenowego. W związku z powyższym w ocenie Izby Zamawiający prawidłowo uznał, że uwzględnienie tych kosztów w dziale 2 było niedopuszczalne. Przenosząc koszty z pozycji 1.2a i 4.2a do działu 2, Odwołujący postąpił niezgodnie z treścią SIWZ, ponieważ przeniesienie kosztów do innego działu spowodowało, że cena jednostkowa pozycji 1.2a i 4.2a „Środki transportu” nie obejmowała całkowitego kosztu wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości. Podkreślić też należy, że niezgodności tej nie można było usunąć na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.*

Na marginesie Odwołujący dodał, że analogiczna sytuacja zachodzi w przypadku także innych wykonawców – na 12 złożonych ofert tylko 5 wykonawców prawidłowo wyceniło pracę Personelu Biurowego w ostatnim okresie realizacji usługi.

Dla Odwołującego zaskakujące jest, że Zamawiający zapomniał o zawartym w pkt 2.1. OPZ postanowieniu o obowiązku zapewnienia pracy i dostępności biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 8-16 na wszystkich etapach kontraktu. Odwołujący stwierdził, że gdyby wiedział, że Zamawiający nie ma zamiaru przestrzegać postanowień SIWZ, które sam wprowadził, dokonałby kalkulacji ceny oferty w inny sposób i być może jego oferta miałaby najniższą cenę. Odwołujący podkreślił,

że wysokość ceny jednostkowej w poz. 4.5. i 4.6. wpływa na wysokość wynagrodzenia w pozycji 1.5 i 1.6 [ceny są powiązane ze sobą algorytmem: 4.5. *Personel biurowy (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.5)*].

{ad pkt 2. i 3. listy zarzutów}

Odwołujący podał, że Zamawiający nie wystosował ani do Lafrentza, ani do Konsorcjum Arcus wezwania w trybie art. 90 ust. 1-3 pzp odnośnie ceny oferty, a w szczególności w zakresie dotyczącym istotnych części składowej ceny oferty, tj. poz. 1.3. i 1.4. oraz 4.3. i 4.4. dla „Personelu biurowego” i „Personelu pomocniczego”. Zdaniem Odwołującego powinny to być wyjaśnienia składane w trybie art. 90 pzp, można jednak przyjąć, że pierwszym krokiem mogłyby być ogólne wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 pzp.

Według Odwołującego po otrzymaniu wyjaśnień Zamawiający winien odrzucić obie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, gdyż nie jest możliwe złożenie wyjaśnień, które obalałyby prawne domniemanie rażąco niskiej ceny, z tego względu, że zaoferowanie pracy Personelu biurowego codziennie w godzinach 8-16 poniżej stawek wynagrodzenia minimalnego jest faktem obiektywnym. Innymi słowy stan naruszenia prawa przez Lafrentz oraz Konsorcjum Arcus nie jest możliwy do zlikwidowania w wyniku jakichkolwiek wyjaśnień.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 27 lipca 2020 r. wniósł o jego oddalenie, w szczególności w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

{ad pkt 1. i 4. listy zarzutów}

W treści odpowiedzi na odwołanie zacytowano te same postanowienia SIWZ co w odwołaniu, a ponadto Zamawiający dodał, że zgodnie z § 3 ust. 2 IPU usługa pełnienia nadzoru została podzielona na 3 okresy:

1. *Okres projektowania, który trwa od daty rozpoczęcia realizacji Usługi do dnia uzyskania przez Wykonawcę Robót decyzji ZRID uprawniającej do rozpoczęcia Robót minimum na Trasie Głównej tj. 17 miesięcy.*
2. *Okres wykonywania Robót, który trwa od daty uzyskania decyzji ZRID uprawniającej do rozpoczęcia Robót minimum na Trasie Głównej, do daty wskazanej w Ostatnim Świadectwie Przejęcia (również w okresach zimowych w rozumieniu Kontraktu).*
3. *Okres Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu, który trwa od daty wskazanej w Ostatnim Świadectwie Przejęcia, do daty wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności, tj. 15 miesięcy.*

Zamawiający zaznaczył, że obowiązek zatrudnienia Personelu Biurowego i Pomocniczego w pełnym wymiarze czasu pracy dotyczy wyłącznie okresów z pkt 1. i 2. Natomiast w IPU oraz innej dokumentacji postępowania nie określono wymiaru czasu pracy powyższych grup personelu w okresie z pkt 3. Według Zamawiającego nie zmienia tego

również podnoszone w odwołaniu postanowienie zamieszczone w ppkt 2.1. „Personel konsultanta” OPZ.

Zamawiający zwrócił również uwagę na to, że „Formularz cenowy” wyraźnie określa w części 4., w poz. 4.5. i 4.6. (dot. kosztów administracyjnych w ostatnim okresie realizacji usługi), że cena jednej jednostki czasu dla Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego ma stanowić nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu, w okresie poprzedzającym do wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia.

Zamawiający podniósł, że powyższe postanowienie sformułował w kontekście przywoływanych w odwołaniu postanowień IPU § 13 ust. 4-6. Ponieważ w okresie po wydaniu ostatniego Świadcstwa Przejęcia nie wymaga zatrudnienia na umowę o pracę Personelu Biurowego i Pomocniczego i nie wymaga jego zatrudnienia w pełnym wymiarze czasu, cena jednej jednostki czasu dla obu tych kategorii personelu została określona jako nie więcej niż 50% ceny jednostki w okresach poprzednich.

Według Zamawiającego jedyny – jak to określił – „oczywisty błąd literowy” w podkreślanym w odwołaniu postanowieniu dotyczącym czasu pracy i dostępności biura polega na tym, że w istocie obowiązek zapewnienia działania biura w takich ramach czasowych powinien spoczywać na Konsultancie, nie zaś na Personelu biurowym.

Zdaniem Zamawiającego nie może z tego wyciągać negatywnych skutków wobec wykonawców, gdyż z określenia tożsamego zakresu obowiązków Personelu Biurowego oraz Personelu Pomocniczego jasno wynika, że łącznie należy do nich prowadzenie Biura Konsultanta.

Zamawiający powołał się na wyrok Izby z 30 października 2019 r. sygn. akt KIO 2084/19 (Lex nr 2749440) gdzie wskazano, że: *Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Czynność odrzucenia oferty na podstawie powołanego przepisu powinna zatem każdorazowo mieć oparcie w wymaganiach zamawiającego opisanych w SIWZ. Dokonywanie przez zamawiającego oceny złożonych ofert pod kątem oceny spełniania wymagań co do jakości, ilości; terminów i innych istotnych cech oferowanego świadczenia na podstawie wymagań, które, nie zostały w SIWZ zapisane, nie wynikają z brzmienia SIWZ, lecz jedynie hipotetycznie, mogłoby być z niej wyinterpretowane, jest niezgodne nie tylko z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, ale również stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 pzp – przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. SIWZ, jako oświadczenie zamawiającego, zawierające w sobie elementy oświadczenia woli i elementy oświadczenia wiedzy, podlega bowiem wykładni; jednak rezultatem tej wykładni nie może być uzupełnienie treści SIWZ o wymagania, które nie zostały w niej zapisane, a są jedynie domniemywane. Wykładni,*

w tym również uwzględniającej kontekst sytuacyjny oraz dokonywanej z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru uczestników postępowania o udzielenie zamówienia, podlega bowiem wyłącznie sama treść oświadczenia.

{ad pkt 2. i 3. listy zarzutów}

Zamawiający zauważył, że zarzut ten jest w zasadzie skutkiem zarzutu zasadniczego (nie ma charakteru samodzielnego).

Według Zamawiającego w kwestionowanych ofertach nie nastąpiło błędne wskazanie ceny w pozycji 1.3. i 1.4 oraz 4.3. i 4.4. dotyczących Personelu biurowego i Personelu pomocniczego, rozumianego jako niezgodne z SIWZ. Przy czym Zamawiający zaznaczył, że część składowa ceny odnośnie Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego znajduje się w istocie odpowiednio w poz. 1.5. i 1.6.

Zamawiający oświadczył, że przy tym założeniu poddał analizie i ocenie ceny za te pozycje, które stanowią składowe ceny oferty Lafrentza i Konsorcjum Arcus i kierując się przesłankami wskazanymi w art. 90 ust. 1-3 pzp uznał, że ta część składowa wynagrodzenia, biorąc pod uwagę jej wartość, nie może być uznana za istotną. Część ta nie jest też rażąco niska i nie budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania jej zgodnie z wymaganiami, które określił. Zamawiający nie miał zatem obowiązku wezwania tych wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art: 90 ustawy pzp.

Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, że Odwołujący nie podał żadnych szczegółowych argumentów (poza ogólnikowymi stwierdzeniami), dlaczego jego zdaniem zakwestionowana składowa ceny powinna budzić wątpliwości Zamawiającego w kontekście art. 90 pzp, poza błędem w cenie opisywanym w zarzucie zasadniczym.

Wszystkie powyższe argumenty według Zamawiającego odnoszą się również do zarzutu niewzwania w trybie art. 87 ust. 1 pzp do wyjaśnień. Ponieważ Zamawiający uznał, że określenie tej składowej ceny oferty nie wymaga wyjaśnień, nie miał obowiązku wezwania do nich na podstawie art. 87 ust. 1 pzp.

{ad pkt 6. listy zarzutów}

Według Zamawiającego zarzut ten jest bezprzedmiotowy, gdyż odtajnił i udostępnił Odwołującemu wskazane informacje. W pierwszej kolejności Zamawiający (na żądanie Odwołującego) przekazał mu kwestionowane obecnie oferty bez dokumentów opisanych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego, że badanie nieprzekazanych dokumentów co do tego, czy stanowią one rzeczywiście taką tajemnicę zostanie przeprowadzone. Po przeprowadzeniu oceny ofert w tym zakresie uznano, że zastrzeżone dane nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przekazano je Odwołującemu.

Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego ze strony następujących wykonawców:

- MGGP sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie – po stronie Odwołującego
- Lafrentz Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – po stronie Zamawiającego
- Firma Inżynierska Arcus sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Krakowie, Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest-Complex” sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach – po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania powyższych zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tych przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący po stronie Odwołującego wniósł o uwzględnienie odwołania, a Przystępujący po stronie Zamawiającego wnieśli o jego oddalenie.

W piśmie z 28 lipca 2020 r. Przystępujący Lafrentz zajął stanowisko analogiczne jak Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

{ad pkt 1. i 4. listy zarzutów}

W szczególności zdaniem Przystępującego stosując reguły wykładni – zarówno literalnej, jak i celowościowej – z przedostatniego zdania pkt 2.1. OPZ wynika, że Zamawiający wymaga jedynie zagwarantowania, że biuro Konsultanta będzie funkcjonowało w godz. od 8-16 od poniedziałku do piątku. Natomiast w żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie wymaga, aby osoba wchodząca w skład personelu biurowego przebywała w okresie gwarancyjnym w biurze Konsultanta w pełnym 8-godzinny wymiarze czasowym, jak to ma miejsce na wcześniejszym etapie realizacji zamówienia.

Przystępujący zauważył, że zgodnie z wymogami SIWZ w Biurze Konsultanta przebywa na stałe szereg osób wchodzących w skład personelu Inżyniera (w tym m.in. Eksperci), a sprawowanie przez nie określonych w SIWZ funkcji sprawia, że biuro funkcjonuje przez cały czas realizacji usługi w pełnym zakresie czasowym. Stąd zapewnienie pracy i dostępności biura nie jest w żaden sposób uwarunkowane stałą obecnością członka Personelu Biurowego w pełnym wymiarze czasowym (od 8 do 16).

Przystępujący wyliczył, że całkowity koszt zatrudnienia w stosunku pracy na pół etatu pracownika wynosi dla pracodawcy miesięcznie ok. 1568 zł, a po uwzględnieniu zastępstw z tytułu urlopu (13 dni roboczych) – ok. 1735 zł, czyli poniżej wskazanej w pkt 4.5. i 4.6. formularza cenowego za miesiąc kwoty 1850 zł.

Przystępujący podniósł również, że w innym postępowaniu na analogiczne usługi Zamawiający doprecyzował sporne postanowienie w ten sposób, że to nie Personel Biurowy, a Konsultant ma zapewnić dostępność biura w określonych godzinach, co świadczy o tym,

że taki był cel tego postanowienia.

Przystępujący zwrócił również uwagę na to, że w SIWZ nie ma zakazu łączenia stanowiska zaliczanego do Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego przez jedną osobę.

Dodatkowo Lafrentz wskazał, że w kwocie 1850 zł brutto możliwe jest zatrudnienie osób z orzeczeniem o niepełnosprawności na pełny etat, nawet uwzględniając że konieczne byłoby zatrudnienie dwóch takich osób z uwagi na 7-godzinny dzień pracy. Przystępujący wyliczył, że koszt zatrudnienia dwóch takich osób, na pół etatu każdej, wyniosłby około 1737,50 zł (dzięki maksymalnej kwocie dofinansowania wynoszącej 731,25 zł).

{ad pkt 2. i 3. listy zarzutów}

Przystępujący podniósł, że w przypadku ceny jego oferty nie została spełniona hipoteza ani art. 90 ust. 1 pzp, ani art. 90 ust. 1a pzp, w szczególności cena oferty Lafrentza jest niższa o 21,56% od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację tego zamówienia, i o 16,96% niższa od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Z kolei ponieważ wartość zakwestionowanych pozycji stanowi jedynie niespełna 3% ceny oferty, nie można jej przypisać istotnego znaczenia w kontekście możliwości realizacji zamówienia przez Lafrentz. W konsekwencji Zamawiający nie był zobowiązany do wzywania Lafrentza do wyjaśniania ceny oferty.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Na posiedzeniu Odwołujący oświadczył do protokołu, że wycofuje zarzut związany z tajemnicą przedsiębiorstwa z pkt 6. listy zarzutów (w odwołaniu zarzut z pkt II pkt 8. na wstępie i pkt III uzasadnienia).

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości sprawa w zakresie podtrzymanych zarzutów została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący Lafrentz podtrzymali dotychczasowe stanowiska (w imieniu pozostałych przystępujących nikt się nie stawił).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego Lafrentz i Przystępującego Konsorcjum Arcus, względnie zaniechanie wezwania ich do wyjaśnień ceny oferty, uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{rozpoznanie zarzutów z pkt 1. i 4. listy zarzutów}

Izba ustaliła jako istotne dla rozstrzygnięcia następujące okoliczności:

Nie ma potrzeby ponownego przytaczania w całości postanowień s.i.w.z., których brzmienie jest niesporne i adekwatnie zostało odzwierciedlone w powyżej zrelacjonowanej treści odwołania i odpowiedzi na odwołanie. Natomiast konieczne jest – wobec diametralnie odmiennych stanowisk stron sporu – wyinterpretowanie, jaka treść s.i.w.z. wynika z tych rozpatrywanych łącznie postanowień odnośnie kwestii obsługi biura inżyniera kontraktu (tzw. Biura Konsultanta) w ostatnim okresie realizacji usługi (przewidzianym na przeglądy i rozliczenia), który ma trwać 15 miesięcy, począwszy od wystawienia ostatniego świadectwa przejścia aż do wystawienia ostatecznego świadectwa płatności.

Izba stwierdziła, że z całości uregulowania zawartego w ramach opisu przedmiotu zamówienia w pkt 2.1. (dotyczącym personelu wykonawcy jako tzw. Konsultanta) wynika, że pomimo wyodrębnienia trzech kategorii tego personelu tj. personelu konsultanta (*de facto* personelu kluczowego obejmującego wykwalifikowanych specjalistów, którzy mają w imieniu Zamawiającego pełnić funkcje zarządcze i nadzorcze nad robotami budowlanymi w formule „zaprojektuj i buduj”), oraz personelu biurowego i personelu pomocniczego (*de facto* personelu do obsługi personelu kluczowego), dwie ostatnie kategorie mają tożsamy zakres obowiązków. Wyszczególnione przykładowo zadania są typowymi, prostymi pracami z zakresu obsługi biura, do których wykonywania nie są potrzebne specjalne kwalifikacje. Już z tego względu – a dodatkowo biorąc pod uwagę fakt, że przedostatnie zdanie (którego znaczenie było istotą sporu) rozpoczyna się od słów „Personel biurowy” – nie powinno budzić wątpliwości (pomimo że w całym OPZ brak konsekwencji w stosowaniu przyjętej konwencji pisowni terminów zdefiniowanych na potrzeby tego zamówienia wielką literą, czyli „Personel

Biurowy”, „Personel Pomocniczy”, „Konsultant” itd.), że chodzi tu o potoczne znaczenie tego terminu, czyli o osoby przewidziane do prac biurowych, których wykonywanie w tym przypadku jest obowiązkiem zarówno „Personelu Biurowego”, jak i „Personelu Pomocniczego”. Oznacza to, że z przedostatniego zdania pkt 2.1. OPZ wynika aż i jedynie tyle, że osoby przewidziane do wykonywania prac biurowych w biurze wykonawcy konsultanta mają zapewnić jego funkcjonowanie w każdy dzień powszedni przez 8 godzin od 8 do 16 na każdym etapie realizacji zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych.

Przy czym, skoro niesporne jest, że zarówno w okresie zasadniczym realizacji usługi (obejmującym etap projektowania i realizacji robót budowlanych), jak i w końcowym okresie rozliczeniowym obowiązkiem wykonawcy jest zapewnienie po jednej osobie w ramach „Personelu „Biurowego” i „Personelu Pomocniczego” – z tym że wyłącznie w tym pierwszym każdej na pełny etat w ramach stosunku pracy, a w drugim dopuszczalne już jest zatrudnienie tych osób na podstawie umowy cywilnoprawnej – oraz biorąc pod uwagę, że według reguły wynikającej z formularza ofertowego koszt miesiąca pracy obu tych kategorii personelu 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 każdą z tych osób zatrudnić w wymiarze odpowiadającym połowie etatu, co pozwoli zapewnić taką samą stawkę godzinową, a jednocześnie zapewni funkcjonowanie biura wykonawcy w wymaganym przez Zamawiającego wymiarze czasowym.

Natomiast interpretacja prezentowana przez Odwołującego – pomimo przytaczania wielu postanowień s.i.w.z. sprowadzająca się do *prima facie* literalnego odczytywania przedostatniego zdania z pkt 2.1. OPZ w oderwaniu od całości treści tego punktu – prowadzi *ad absurdum*, gdyż okazałoby się, że pomimo obowiązku zapewnienia również w ostatnim okresie jednej osoby „Personelu Pomocniczego” *de facto* nie może ona wykonywać obowiązków, które według OPZ miała wykonywać, czyli prac składających się na obsługę biura wykonawcy konsultanta.

W przekonaniu Izby interpretacja Odwołującego jest nieracjonalna, nielogiczna i wywiedziona wyłącznie na potrzeby wniesienia tego odwołania.

Okoliczność, że w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia na analogiczne usługi Zamawiający po wniesieniu odwołania w tej sprawie zmienił brzmienie spornego zdania – określając, że to nie personel biurowy, a konsultant ma zapewnić dostępność biura w określonych ramach czasowych – świadczy wyłącznie o tym, że dla uniknięcia sporu w innych postępowaniach postanowienie to zostało doprecyzowane, co nie znaczy, że miało dotychczas zupełnie inne znaczenie.

Niczego do sprawy nie wniosły formularze cenowe z ofert Lafrentza składanych w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego na analogiczne usługi, skoro niesporna okazała się okoliczność (podnoszona przez Zamawiającego i Przystępującego), że specyfiką aktualnie prowadzonego postępowania jest wymaganie tylko po jednej osobie w ramach zarówno „Personelu Biurowego”, jak i „Personelu Pomocniczego”, podczas gdy w innych postępowaniach standardem jest wymóg, aby w każdej z tych kategorii były po dwie osoby.

Izba stwierdziła ponadto, że Lafrentz w zakresie kwestionowanych pozycji formularza ofertowego (czyli poz. 4.5. i 4.6.) dokonał obliczenia ich wartości zgodnie z narzuconą przez Zamawiającego regułą, zgodnie z którą cena jednej jednostki czasu odpowiednio w poz. 4.5. i 4.6. może wynosić nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu odpowiednio w poz. 1.5. i 1.6.

W tych okolicznościach zarzuty należy uznać za niezasadne

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd {wyrażony również w orzeczeniach przywołanych w odwołaniu}, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliuguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10 i 16 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem

nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) {w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności}, a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r. sygn. akt KIO 2478/13}.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z. Przy czym w przypadku, gdy wiele postanowień s.i.w.z. odnosi się do danej kwestii, należy je łącznie wziąć pod uwagę, aby prawidłowo wyinterpretować, co wynika z treści s.i.w.z.

Nie budzi wątpliwości, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia jako oświadczenie woli zamawiającego podlega (z mocy art. 14 pzp, który odsyła w zakresie nieuregulowanym do przepisów Kodeksu cywilnego – „kc”) regułom wykładani z art. 65 § 1 kc, zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Skoro, jak to powyżej ustalono, sposób wyceny przez Lafrentz poz. 4.5. i 4.6. formularza cenowego nie jest niezgodny z treścią s.i.w.z. (w tym z pkt 2.1. OPZ i pkt 15.3 IDW) oraz odpowiada sposobowi obliczenia ceny przewidzianemu w treści s.i.w.z. w ramach wzoru formularza ofertowego oraz w pkt 15. IDW, zarzuty naruszenia powyżej przytoczonych przepisów należy uznać za bezzasadne, gdyż są bezprzedmiotowe.

{rozpoznanie zarzutu z pkt 2. i 3. listy zarzutów}

Izba ustaliła jako istotne dla rozstrzygnięcia następujące okoliczności:

Z uwagi na to, że zarzuty ewentualne naruszenia art. 90 ust. 1-3 pzp czy art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z art.90 ust. 3 pzp są oparte na tych samych podstawach faktycznych, aktualne pozostają ustalenia poczynione na potrzeby poprzednio rozstrzygniętych zarzutów.

Podkreślić należy jedynie, że skoro dopuszczalne było wycenienie w ramach miesiąca rozliczeniowego dla ostatniego okresu realizacji usługi kosztu zatrudnienia osób w wymiarze odpowiadającym połowie wymiaru czasu pracy z okresu zasadniczego, a dodatkowo bez wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, błędne jest założenie, że wynikająca z poz. 4.5. i 4.6. formularza cenowego oferty Lafrentz stawka godzinowa jest niższa niż 17 zł.

Dodać również trzeba, że odwołanie nie zawiera żadnych okoliczności wskazujących na to, że wycena poz. 4.5. i 4.6. formularza cenowego oferty Lafrentz stanowi istotną część składową ceny oferty, a coś wręcz przeciwnego wynika z zestawienia wartości tych pozycji z ceną oferty.

Poza wszelkim sporem była również okoliczność, że cena oferty Lafrentz nie jest niższa o co najmniej 30% od ubruttowionej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego z należytą starannością przed wszczęciem postępowania lub od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, a Zamawiający nie wzywał Lafrentza do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

W tych okolicznościach zarzuty należy uznać za niezasadne

Zgodnie z Art. 90 ust. 1 pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2018 r. poz. 2177); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Art. 90 ust. 1a pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, 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.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący bezzasadnie domaga się odrzucenia wybranej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp, gdyż taki zarzut w powyżej ustalonych okolicznościach

jest co najmniej przedwczesny. Zgodnie z jednolitym stanowiskiem doktryny i orzecnictwa niedopuszczalne jest odrzucanie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp (tym bardziej na podstawie art. 90 ust. 3 pzp), jeżeli wykonawca, który ją złożył, nie został uprzednio wezwany do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 (lub 1a) pzp.

Z kolei zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 (lub 1a) pzp jest bezzasadny, gdyż odwołanie nie zawiera żadnych okoliczności, które wskazywałyby na wypełnienie się hipotezy któregoś z tych przepisów.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 5. listy zarzutów}

Ponieważ zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp mają charakter niesamoistny, ich niezasadność jest po prostu konsekwencją niepotwierdzenia się żadnego z zarzutów zasadniczych.

Niezależnie od tego odnośnie naruszenia art. 7 ust. 1 pzp odwołanie zawiera żadnych okoliczności wskazujących na to, że Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców.

Z tych względów Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis