

Sygn. akt: KIO 1092/21

WYROK

z dnia 12 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Konik
Piotr Kozłowski
Anna Kuszel - Kowalczyk**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 10 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 kwietnia 2021 roku przez wykonawcę **BBF spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu której postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie** przy udziale wykonawcy **Safage S.A.S z siedzibą w Nanterre Cedex**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego **BBF spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** na rzecz zamawiającego **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu której postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), 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

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu której postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa obwodnicy Gryfino w ciągu drogi krajowej nr 31”, nr sprawy: GDDKiA.O.Sz.D-3.2410.50.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 października 2020 r. nr 2020/S 212-518421.

Postępowanie to prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tj. z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) – dalej: „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawca BBF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący”) 9 kwietnia 2021 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec odrzucenia przez Zamawiającego złożonej przez Odwołującego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez nieuprawnione uznanie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z zaangażowaniem personelu biurowego, skierowanego do realizacji zamówienia przez Odwołującego, przy innych prowadzonych przez niego projektach,
- 2) art. 98 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez błędne uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w związku z tym, że zaoferowana przez Odwołującego cena jednostkowa netto personelu biurowego nie pokrywa kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo spośród wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Bezzasadne odrzucenie złożonej przez Odwołującego oferty uniemożliwia pozyskanie przez niego zamówienia. Brak zaskarżenia przez Odwołującego ww. czynności Zamawiającego może w związku z powyższym skutkować poniesieniem przez Odwołującego szkody w postaci utraty przedmiotowego zamówienia, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z jego realizacji.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, na podstawie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień z 4.03.2021 r. uznał, że koszty personelu biurowego (liczącego łącznie 2 osoby) zostały skalkulowane w ofercie Odwołującego z naruszeniem pkt. 5.4 SIWZ w zw. z § 13 ust. 4-5 umowy (tom II IPU), innymi słowy niedopuszczalne jest zaangażowanie tego personelu przy innych projektach Odwołującego, ponieważ powyższe godzi w wymaganą pełną dyspozycyjność personelu biurowego.

Zdaniem Odwołującego w żadnym z przywołanych w treści uzasadnienia postanowieniach SIWZ (w tym w postanowieniach OPZ) nie został sformułowany zakaz zaangażowania personelu biurowego wykonawcy w inne projekty, nie związane *stricte* z przedmiotem zamówienia, w tym zakresie Odwołujący przywołał następujące postanowienia pkt 5.4. siwz, § 13 ust. 4 umowy, § 13 ust. 5 umowy, w pkt 2 OPZ (tom III SIWZ). Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego nie ma tym samym żadnej treści SIWZ, z którą oferta złożona przez Odwołującego pozostawałaby niezgodna.

Jak wskazał Odwołujący żaden z opisanych w SIWZ wymogów, tj. zatrudnienie personelu biurowego na podstawie umowy o pracę na pełen etat, czy też wymóg dotyczący pełnej dyspozycyjności, ani nawet wymóg, aby biuro Konsultanta było wykorzystywane wyłącznie do pełnienia Usługi, nie jest sam w sobie podstawą wnioskowania o zakazie angażowania personelu biurowego w jakiegokolwiek projekty nie związane z przedmiotem niniejszego zamówienia.

W zakresie wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, Odwołujący wskazał, że w jego ocenie to postanowienie samo w sobie nie jest ani źródłem ani nawet podstawą domniemania o zakazie angażowania się pracownika w jakiegokolwiek inne projekty, nie związane *stricte* z zakresem obowiązków, wynikających z umowy z Zamawiającym. W ocenie Odwołującego postanowienie to jedynie wskazuje formę zatrudnienia personelu biurowego i doprecyzowuje, że ma to być pełny etat. Nie wynika jednak z tego zakaz zaangażowania personelu biurowego w inne projekty nie związane z Usługą. Wobec argumentacji Zamawiającego odnoszącej się do jego oczekiwania co do pełnej dyspozycyjności ze strony pracowników biurowych (pkt 2.1 OPZ), Odwołujący

wskazał, że pojęcie dyspozycyjności nie jest tożsame z pojęciem rzeczywistego wykonywania pracy. W ocenie Odwołującego dyspozycyjność nie stanowi wykonywania pracy, zgodnie bowiem z powszechnie przyjętą definicją dyspozycyjności (por. słownik języka polskiego www.sip.ph) oznacza ona gotowość w każdej chwili do podjęcia czynności. Oznacza to, że osoby zatrudnione jako tzw. Personel biurowy były w pełnej i stałej gotowości (w zakreślonym przez Zamawiającego czasie) do wykonywania czynności przypisanych do obowiązków Personelu biurowego, a związanych z realizacją umowy z Zamawiającym. Odwołujący stoi na stanowisku, że dyspozycyjność nie jest zatem w sprzeczności z wykonywaniem innej pracy, pod warunkiem, że w razie powstania konieczności podjęcia pracy związanej z Usługą Personel biurowy, natychmiast podejmuje czynności związane z Usługą. Chodzi więc o swego rodzaju „hierarchizowanie” obowiązków - tak, aby zawsze najwyższy priorytet tych prac dotyczył Usługi. Zatem ani wykonawca jako organizacja, ani osoby zatrudnione jako Personel biurowy nie mogą nie podejmować czynności związanych z Usługą z tego powodu, że akurat wykonują inną pracę. W każdym zatem przypadku jakakolwiek inna aktywność musi się tym charakteryzować, że może być w każdym momencie przerwana. Ponadto w ocenie Odwołującego dyspozycyjność można porównać z instytucją dyżuru, która także polega na gotowości do wykonania pracy. Specyfika tej właśnie instytucji obrazuje najlepiej, czym się różni gotowość do wykonania pracy od samego wykonywania pracy. Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonywanie innej pracy w czasie, w którym nie ma nic do wykonania w związku z Usługą, nie stanowi żadnego uszczerbku dla Zamawiającego, albowiem z jego punktu widzenia i dla jakości Usługi nie ma to znaczenia, skoro nie ma wpływu na ilość i jakość Usługi, która zawsze musi mieć priorytet. Ponadto w ocenie Odwołującego możliwość wykonywania innej pracy przez Personel biurowy, w okresie bezczynności w związku z Usługą, jest korzystna dla Zamawiającego, gdyż pozwala na pewną optymalizację kosztową zatrudnienia tegoż personelu. W odmiennej sytuacji Zamawiający płaciłby w pewnym sensie za bezczynność tego Personelu.

Zdaniem Odwołującego błędne rozumienie przez Zamawiającego pojęcia dyspozycyjności doprowadziło do niesłusznego uznania oferty Odwołującego za sprzeczną z treścią SIWZ. Z tego względu, zdaniem Odwołującego, ta czynności Zamawiającego powinna zostać unieważniona.

Dodatkowo Odwołujący odniósł się do całej konstrukcji i systematyki OPZ i IPU wskazując, że w przeciwieństwie do Personelu biurowego w przypadku innych osób skierowanych do realizacji zamówienia Zamawiający wprowadził odpowiedni zakaz podejmowania czynności o charakterze kolidującym z Usługą, formułując jasne i klarowne postanowienie umowne: § 13 ust. 13 IPU. Wobec braku wyartykułowania takiego zakazu odnoszącego się do personelu biurowego, zdaniem Odwołującego nie ma podstawy aby Zamawiający się na niego powoływał.

Odwołujący zwrócił uwagę, że sam Zamawiający ma pełną świadomość tego, że faktyczne zaangażowanie pracowników w realizację obowiązków związanych z przedmiotem zamówienia nie musi pokrywać się z wymaganym pełnym wymiarem czasu pracy, czemu zdaniem Odwołującego, Zamawiający dał wyraz w pkt 2.1 OPZ. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, skoro Zamawiający przewidział zmniejszenie intensywności prac i obowiązków osób skierowanych do realizacji zamówienia, wymagając od Konsultanta odpowiedniego zorganizowania pracy z uwzględnieniem tych zmian, a jednocześnie Zamawiający nie wprowadził zakazu angażowania się pracowników biurowych w inne przedsięwzięcia, to nie jest możliwe odrzucenie oferty Odwołującego tylko na podstawie przyjętego przez niego założenia, że realne zaangażowanie personelu nie będzie równe 100% wymiaru czasu ich pracy, co umożliwi Odwołującemu zaangażowanie personelu równoległe w inne realizacje. Odwołujący podkreślił ponadto, że Zamawiający nie polemizuje z przedstawionym przez Odwołującego szacowaniem realnego czasu pracy osób tworzących personel biurowy w związku z realizacją zamówienia, a jedynie kwestionuje zasadę. W konsekwencji istota sporu dotyczy samej zasady i dopuszczalności angażowania Personelu biurowego w inne prace w czasie, w którym nie wykonuje pracy związanej z Usługą.

Dodatkowo, w ocenie Odwołującego, o zakazie zaangażowania personelu biurowego w inne projekty nie przesądza również wprowadzone wymaganie, aby biuro Konsultanta było wykorzystywane wyłącznie do pełnienia Usługi (pkt 2.1 OPZ). Zdaniem Odwołującego wymagania tego nie sposób interpretować jako zakaz wykonywania wszelkich czynności nie związanych z przedmiotem świadczenia. Taka interpretacja prowadziłaby do kuriozalnych wniosków, że w przypadku przestoju w realizacji obowiązków na rzecz Zamawiającego, cały personel zobowiązany jest do zaniechania jakichkolwiek działań, jakiegokolwiek aktywności - co nie znajduje żadnego racjonalnego wytłumaczenia, zwłaszcza uzasadnionego interesem Zamawiającego. Dlatego też w ocenie Odwołującego przyjęć należy taką interpretację, że nie jest możliwe wykorzystanie biura jako pomieszczenia, służącego także innym celom, np. łączenie tego biura ze sklepem, magazynem, czy też punktem usługowym. Natomiast nie jest uzasadniona interpretacja, że biuro to zespół pracowników biurowych, którym zakazuje się wykonywania jakichkolwiek czynności nie związanych stricte z przedmiotem zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazał, że na Zamawiającym ciąży obowiązek formułowania jednoznacznych i wyczerpujących postanowień, uwzględniających wszelkie okoliczności sporządzenia i wyceny oferty. Nie jest przy tym możliwe dokonywanie przez Zamawiającego na etapie oceny ofert rozszerzającej interpretacji treści SIWZ, wykraczającej poza literalne jej brzmienie i wywodzenie na tej podstawie o wymaganiach, które wprost w treści SIWZ nie zostały wyartykułowane.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp – rażąco niska cena.

Jak wskazał Odwołujący, uznanie przez Zamawiającego, że złożona przez Odwołującego oferta zawiera rażąco niską cenę, ma charakter wtórny względem uznania, że w niniejszym postępowaniu nie jest dopuszczalne przyjęcie przez wykonawcę realnego zaangażowania personelu biurowego w realizację obowiązków związanych z przedmiotem zamówienia poniżej 100% wymiaru czasu ich pracy. Odwołujący nie polemizuje z oczywistym faktem, że w przypadku zatrudnienia na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy wynagrodzenie pracownika nie może być niższe niż obowiązująca stawka minimalnego wynagrodzenia (od 1.01.2021 r. chodzi o kwotę 2.800 zł zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15.09.2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r.). Po drugie, Odwołujący nie przyjął, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, stawki niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę.

Ponadto, Odwołujący stoi na stanowisku, że skoro nie było zakazu zaangażowania Personelu biurowego w inne prace, to uprawniony był do przyjęcia w wycenie kosztu pracy, a co za tym idzie dalej w ofercie, w takim zakresie jaki odnosi się do pracy wykonywanej na rzecz Zamawiającego i stopnia zaangażowania Personelu biurowego. Odwołujący raz jeszcze podkreślił, że Zamawiający nie kwestionuje określonego przez Odwołującego stopnia (poziomu) zaangażowania Personelu biurowego w prace dotyczące usługi, w takim znaczeniu, że uważa szacunki BBF za zbyt niskie. Zamawiający nie kwestionuje także, że samo wynagrodzenie przyjęte przez Odwołującego jako punkt wyjścia dla określenia kosztu jest zbyt niskie w stosunku do przepisów prawa. Zamawiający kwestionuje jedynie samą zasadę dopuszczalności innej pracy przez Personel biurowy, a w konsekwencji przyjęty koszt jako koszt określonego ułamka kosztów dwóch etatów. Skoro zatem dopuszczalność wykonywania innej pracy przez personel biurowy (oczywiście bez uchybienia obowiązkom opisanym dla Personelu biurowego w OPZ i bez uchybienia pozostawania w pełnej dyspozycyjności), to przyjęcie, że oferta zawiera rażąco niską cenę jest nieuzasadnione. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że koszt zatrudnienia personelu biurowego jest kosztem marginalnym w wycenie Usługi, objętej przedmiotem zamówienia. Zgodnie ze złożoną przez Odwołującego ofertą, łączne koszty personelu biurowego kształtują się na poziomie 90 000 zł netto, podczas gdy zaoferowana cena brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia wynosi 4 252 540,50 zł. Uboczny i drugorzędny charakter tej pozycji cenowej powoduje, że przewidziane tam koszty nie mogą determinować uznania, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest rażąco niska.

14 kwietnia 2021 r. wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre Cedex, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego.

7 maja 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Natomiast do toczącego się postępowania odwoławczego, z uwagi na datę jego wszczęcia, zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), dalej jako „nowa ustawa Pzp”.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 nowej ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia i ma interes w jego uzyskaniu.

Izba uznała skuteczność zgłoszonego przez wykonawcę SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre Cedex przystąpienia do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Zgodnie z §1 „Definicje” IPU, pod pojęciem „Personel biurowy i pomocniczy” należy rozumieć „personel, skierowany przez Konsultanta do realizacji Umowy, zapewniający działanie Biura Konsultanta w pełnym zakresie opisanym w Umowie i Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ)”.

Stosownie do § 13 ust. 4 IPU „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.”

Natomiast jak stanowi § 13 ust. 5 IPU „Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, przez okres świadczenia Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu. Konsultant zobowiązuje się przez cały okres świadczenia Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, utrzymywać ciągłość zatrudnienia w wymiarze pracy nie mniejszym niż wynikającym z niniejszej Umowy (dot. Personelu Biurowego oraz Personelu Pomocniczego). W przypadku rozwiązania stosunku pracy w trakcie obowiązywania niniejszej Umowy z którąkolwiek z osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, Konsultant będzie zobowiązany niezwłocznie do wyznaczenia na to miejsce nowej, innej osoby zatrudnionej na podstawie umowy o pracę, w wymiarze nie mniejszym niż wynikający z zasad określonych w niniejszej umowie. W przypadku zmiany, o której mowa wyżej, wyznaczenie danej osoby do świadczenia Usługi musi nastąpić w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia wystąpienia zakończenia umowy z poprzednio zatrudnioną osobą.”

Jak wynika z pkt 2.1. Opisu przedmiotu zamówienia: „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 projektowania oraz okresu realizacji robót budowlanych min 2 osoby, 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 2 osoby, niezbędne 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.”

Ponadto Zamawiający opisał obowiązki osób tworzących Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy. Ponadto Zamawiający wskazał, że „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” oraz: „Biuro może być wykorzystywane wyłącznie do pełnienia Usługi.”

29 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, m.in. w zakresie działu 1 Formularza Cenowego

„Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia”, w tym co do poz. 1.5 Formularza Cenowego – „Personel Biurowy” gdzie Odwołujący zaoferował cenę za 1 miesiąc w wysokości 2 000,00 zł. Zamawiający wskazał, że „Zgodnie z SIWZ Konsultant zobowiązany jest m.in. do wyposażenia swojego personelu w odpowiednią ilość środków transportu. Należy wskazać jakie (typ) i ile środków transportu Wykonawca przewidział do realizacji w celu zapewnienia sprawnego pełnienia Usługi. Dodatkowo ile i dla kogo (kto z Personelu Konsultanta, Personelu biurowego) zostaną zapewnione telefony komórkowe (środki łączności).”

Odwołujący udzielił odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z 15 stycznia 2021 r.

Wyjaśnienia te okazały się dla Zamawiającego niewystarczające, wobec czego skierował on do Odwołującego kolejne zapytanie pismem z 22 stycznia 2021 r. m.in. wzywając Odwołującego do wyjaśnienia „(...) czy i jaki Personel Konsultanta (wskazać stanowiska) będzie podejmował inne zajęcia zarobkowe w okresie świadczenia Usługi”.

Pismem z 4 marca 2021 r. Odwołujący wyjaśnił, że respektuje przepisy w zakresie minimalnego wynagrodzenia oraz potwierdził zatrudnienie osób zaliczanych do Personelu biurowego na umowę o pracę w wymiarze pełnego etatu. Jednocześnie jednak Odwołujący wskazał, powołując się na doświadczenie własne, że „(...) realne zaangażowanie tego personelu nie będzie równe 100% wymiaru czasu ich pracy i tym samym możliwe będzie zaangażowanie tego personelu równoległe również w inne realizacje wykonawcy” oraz: „Tym samym koszty wskazane dla tych osób w formularzu cenowym obejmują koszty zatrudnienia tych osób proporcjonalnie do ich zaangażowania w realizację. Zgodnie z doświadczeniem Wykonawcy na zbliżonych realizacjach zaangażowanie to na etapie realizacji nie przekracza 20-25% czasu pracy, natomiast na etapie gwarancji 10%.”

Oceniając powyższe wyjaśnienia Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ oraz w konsekwencji zawiera rażąco niską cenę, o czym Zamawiający poinformował pismem z 30 marca 2021 r. Zamawiający zakwestionował wskazaną przed Odwołującego wysokość kosztów personelu biurowego, które zostały wskazane z naruszeniem przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15.09.2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. (Dz.U.2020.1596), oraz niezgodnie z pkt. 5.4 SIWZ - obowiązkiem zatrudnienia umowy o pracę, który odsyła do dalszych części SIWZ, tj. § 13 ust. 4-5 umowy (tom II Istotne postanowienia Umowy), który dotyczy obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę na pełny etat. Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę na wymóg zawarty w SIWZ - tom II IPU — Umowa w § 13 „Ogólne obowiązki Konsultanta”, a dotyczący obowiązku zatrudnienia Personelu biurowego w wymiarze pełnego etatu. Dodatkowo Zamawiający zaakcentował obowiązek zapewnienia przez Personel biurowy pracy i dostępności biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach

8-16 na wszystkich etapach Kontraktu, a także wymóg dotyczący wykorzystywania biura Konsultanta wyłącznie do pełnienia Usługi. Zamawiający podkreślił, że „Zamawiający wymagał w SIWZ całkowitej dyspozycyjności wskazanych osób (min. 2) w pełnym ośmiogodzinnym wymiarze czasu pracy, niedopuszczającym ich zaangażowania przy innych projektach Wykonawcy (...)”.

Izba zważyła co następuje.

Stan faktyczny między Stronami nie był sporny, osią sporu była interpretacja postanowień dokumentacji postępowania, z których każda ze Stron wywodziła inaczej.

Odwołanie podlega oddaleniu z następujących powodów.

Mając na uwadze postanowienia SIWZ i załączników odnoszące się do kwestii związanej z Personelem biurowym i Biurem, Izba wskazuje że nie podziela wątpliwości interpretacyjnych podniesionych przez Odwołującego w treści odwołania, a argumentację przedstawioną przez Odwołującego zarówno na rozprawie jak i w treści odwołania ocenia jako nietrafioną.

W ocenie składu orzekającego nie ma wątpliwości co do tego, że intencją Zamawiającego było zaoferowanie przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia Personelu biurowego składającego się, w okresie do czasu wydania ostatecznego Świadectwa Przejęcia, z dwóch osób zatrudnionych na umowę o pracę, w wymiarze pełnego etatu, tj. 8 godzin, zapewniających pracę Biura w godzinnym przedziale 8-16. Nie budzi wątpliwości, że osoby te miały pozostawać w tym czasie do dyspozycji Zamawiającego, w stanie gotowości do świadczenia pracy. Podobnie przedstawia się sytuacja w okresie po wystawieniu ostatecznego Świadectwa Przejęcia z tą różnicą, że należało skierować do wykonania usługi 1 osobę w ramach Personelu biurowego. Powyższe jest w ocenie Izby określeniem przez Zamawiającego warunków organizacji pracy Personelu biurowego w sposób jednolity, który nie zakładał wprowadzenia modyfikacji ze strony wykonawców, nawet w celu optymalizacji pracy tego personelu. Odwołujący nie wskazał w tym zakresie na żadne postanowienie SIWZ dopuszczającą taką możliwość. Zdaniem składu orzekającego, w obliczu tak precyzyjnego opisanego przez Zamawiającego wymogów w zakresie zatrudnienia Personelu biurowego, intencja Zamawiającego jest jasna i nie pozostawia pola do interpretacji, ani do uznaniowego kreowania stopnia zaangażowania tego personelu w przedmiotowe zamówienie, jak uczynił to Odwołujący. Innymi słowy oczekiwania Zamawiającego były jasne, tj. na potrzeby tej inwestycji Personel biurowy miał być zatrudniony na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, co oznacza że wykonawcy, w tym Odwołujący, nie byli uprawnieni do samodzielnego określenia innego poziomu zaangażowania tego personelu.

Odnosząc się do argumentu o możliwości jednoczesnego zaangażowania Personelu biurowego w inne projekty wykonawcy, Izba wskazuje, że gdyby rzeczywiście Zamawiający taką możliwość dopuszczał, z pewnością dałby temu wyraz w treści SIWZ formułując swoje wymagania w odmienny sposób, niż uczynił to w tym postępowaniu. Skład orzekający stoi na stanowisku, że precyzując swoje oczekiwania w zakresie zatrudnienia Personelu biurowego na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy Zamawiający w istocie oczekiwał całkowitej dyspozycyjności wskazanych osób w pełnym ośmiogodzinnym wymiarze czasu pracy, co oznacza, że Zamawiający nie godził się na jednoczesne zaangażowanie tych osób do innych projektów. Z tych też względów cała argumentacja Odwołującego porównująca pracę Personelu biurowego do pełnienia dyżuru nie zasługuje na uwzględnienie. Zdaniem Izby, gdyby Zamawiającemu chodziło o świadczenie usługi na zasadzie dyżuru, nie wymagałby on zatrudnienia personelu na umowę o pracę w wymiarze pełnego etatu.

Argumentacja Odwołującego, zgodnie z którą pojęcie dyspozycyjności nie jest tożsame z pojęciem rzeczywistego wykonywania pracy, również nie przekonała Izby o poprawności zaoferowanego przez Odwołującego rozwiązania. Po pierwsze, wskazać należy, że stosunek pracy co do zasady tym się charakteryzuje, że w oznaczonym wymiarze czasu pracy, który w tym postępowaniu został ustalony jako 8 godzinny dzień pracy, w określonym przedziale czasowym, który w tym postępowaniu został ustalony od godziny 8 do godziny 16, pracownik pozostaje do dyspozycji pracodawcy, gotowy do wykonania zleconej mu w tym czasie pracy. Po drugie, jak wynika z treści SIWZ właśnie taki wymiar czasu pracy należało zaoferować i wycenić, co oznacza również, że Zamawiający godził się na zapłatę za tę gotowość. Tym samym jakakolwiek zmiana (w tym optymalizacja) czasu pracy tego personelu nie była w tym postępowaniu uprawniona.

Wobec powyższego skład orzekający nie ma wątpliwości co do tego, że Odwołujący dowolnie, w oparciu jedynie o swoje doświadczenie, w tym w oparciu o sobie tylko znane kryteria, ustalając zaangażowanie Personelu biurowego w realizację przedmiotowej usługi na innym poziomie, niż wymagał tego Zamawiający postąpił wbrew wymogom SIWZ, co w konsekwencji powoduje, że w tym zakresie oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, a ocena Zamawiającego była trafna.

Odnosząc się natomiast do zarzutu rażąco niskiej ceny Izba wskazuje, że zarzut ten również nie zasługuje na uwzględnienie. Izba ma na uwadze, że przedmiotowa podstawa odrzucenia oferty ma charakter wtórny wobec stwierdzenia niezgodności jej treści z treścią SIWZ. Niemniej jednak wskazać należy, że skoro koszty zatrudnienia Personelu biurowego nie zostały przez Odwołującego skalkulowane na właściwym poziomie, tj. wynikającym z obowiązku zatrudnienia tego personelu na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, to nie sposób uznać że zaoferowana cena w poz. 1.5 i 4.5 formularze cenowego jest ceną właściwą.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w związku § 5 pkt 1 i 2 lit b) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....