

WYROK

z dnia 6 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PROKOM Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu i Er Grupa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu**, przy udziale wykonawcy **GRAMAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublińcu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PROKOM Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu i Er Grupa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach** i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PROKOM**

Sygn. akt: KIO 981/18

**Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu
i Er Grupa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach**
tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający, Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Zarządzanie Kontraktem i pełnienie nadzoru nad zadaniem pn.: „Budowa obwodnicy m. Myślina w ciągu drogi krajowej nr 46”. Numer referencyjny postępowania: O.Op.D-3.2410.5.2017 (72). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24.02.2018r. pod nr 2018/S 039-085734.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PROKOM Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu i Er Grupa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach – wniósł w dniu 18 maja 2018 r., do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ);
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności z dnia 08 maja 2018 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
2. dokonania ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego,
3. uznania oferty odwołującego za ofertę najwyższej ocenioną, a w konsekwencji za ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ gdyby Zamawiający podejmował działania w zgodzie z dyspozycją Pzp, oferta Odwołującego, zostałaaby uznana za najwyższej ocenioną w ramach kryterium oceny ofert, a w konsekwencji - po dokonaniu formalnej oceny i badania ofert - za ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku wygenerowanego wskutek realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że termin składania ofert upływał w dniu 8 marca 2018 r., oferty złożyło dziesięciu wykonawców. W dniu 20 marca 2018 r. Zamawiający wezwał

Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1a Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący w piśmie z dnia 29 marca 2018 r. złożył wyjaśnienia w wymaganym zakresie.

Zamawiający w dniu 24 kwietnia 2018 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Odwołujący w piśmie z dnia 30 kwietnia 2018 r. złożył wyjaśnienia w wymaganym zakresie.

Na podstawie zgromadzonego w postępowaniu materiału, Zamawiający uznał, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, a wyjaśnienia z dnia 30 kwietnia 2018 r. stanowiły niedozwoloną zmianę treści oferty. W związku z tą konkluzją, Zamawiający zdecydował o odrzuceniu oferty Odwołującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W ocenie Odwołującego, przyjęta przez Zamawiającego ocena jest pozbawiona podstaw tak natury prawnej, jak i faktycznej a sformułowana argumentacja nie znajduje swojego odzwierciedlenia w treści przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej, co zostanie szczegółowo opisane i wykazane poniżej.

Zgodnie z uzasadnieniem odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 08 maja 2018 r., podstawą uznania oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ były następujące okoliczności:

- a) Przedstawiony przez Odwołującego sposób kalkulacji ceny wykazuje, iż w okresie przeglądów i rozliczenia projektu Odwołujący przewiduje zaangażowanie personelu pomocniczego i biurowego na poziomie 1-2 h godzin dziennie, gdzie Zamawiający wymagał, aby zaangażowanie ww. personelu wynosiło 8 h dziennie w całym okresie realizacji usługi (strona 3 uzasadnienia odrzucenia akapit drugi),
- b) Odwołujący nie zapewnia dostępności biura w całym okresie realizacji usługi (strona 3 akapit pierwszy zdanie pierwsze),
- c) Odwołujący wskazał, iż personel biurowy i pomocniczy w okresie przeglądów i rozliczenia projektu będzie zaangażowany w inne przedsięwzięcia Odwołującego, co zdaniem Zamawiającego jest niedopuszczalne (strona 3 akapit pierwszy zdanie drugie),
- d) Odwołujący w sposób nieuprawniony w wyjaśnieniach z dnia 30 kwietnia 2018 r. wprowadził obok personelu biurowego i pomocniczego nazwą grupową „Dodatkowy personel biurowy”, która nie została przewidziana w SIWZ i ofercie (strona 3 akapit trzeci),
- e) Odwołujący rzekomo w wyjaśnieniach z 30 kwietnia 2018 r. wprowadził w sposób nieuprawniony nową tabelę kosztorysową, co „stanowi de facto zmianę treści oferty, niedopuszczalną w świetle postanowień przepisu art. 87 ust. 1 Pzp in fine” (strona 3 akapit czwarty).

Odnosząc się powyższej argumentacji Odwołujący wskazał co następuje:

Ad a) Zakres zaangażowania personelu biurowego i pomocniczego przy realizacji zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotowe zamówienie będzie realizowane w ramach dwóch etapów (vide: § 3 wzoru umowy), tj.:

- Etap 1 - Okres wykonywania Robót;
- Etap 2 - Okres Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu.

Zamawiający w dokumentacji przetargowej wymagał, aby wykonawca dysponował zespołem: Kluczowych Ekspertów oraz innych Ekspertów, a także personelem biurowym oraz pomocniczym.

Pkt 2.1 OPZ stanowi, że:

„W celu realizacji zamówienia Konsultant zapewni odpowiedni:

2) Personel biurowy

Dla okresu wykonywania 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 wykonywania robót budowlanych min 1 osobę, inne osoby niezbędne w czasie realizacji usługi,)

Dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu (min 1 osobę, inne osoby niezbędne w czasie realizacji usługi,) (...)"

Zamawiający wymagał, aby przy realizacji Etapu 1 (Etap wykonywania robót) wykonawca dysponował ww. personelem w pełnym wymiarze czasu pracy etatu, natomiast na potrzeby Etapu 2 (etap przeglądów oraz rozliczenia projektu) dysponował personelem w zakresie, w jakim jest to niezbędne do realizacji zamówienia.

Powyższe wynika z następujących fragmentów dokumentacji przetargowej:

§ 11 ust. 3 Potencjał kadrowy i zasoby administracyjne

„W terminie do 7 dni od Daty rozpoczęcia świadczenia Usługi, Konsultant przekaze Kierownikowi Projektu pierwszy Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta (HPPK) określający planowaną liczbę osób Personelu Konsultanta w każdym miesiącu świadczenia Usług oraz uwzględniający terminy mobilizacji zasobów administracyjnych określonych w Formularzu Cenowym w punktach od 1.1 do 1.4 i od 4.1 do 4.4 oraz terminy prowadzenia działań promocyjnych, określonych w Formularzu Cenowym w punktach od 3.1 do 3.5."

Powyższy fragment wskazuje, że:

- Wykonawca był zobowiązany określić zaangażowanie personelu w podziale na miesiące z uwzględnieniem „zasobów administracyjnych" określonych w pkt 1.1.-1.4 (okres realizacji robót) oraz pkt 4.1-4.4 (okres przeglądów i rozliczenia Kontraktu) Formularza

Cenowego - wniosek: Zamawiający wyraźnie odróżnia zakres zaangażowania personelu na potrzeby każdego z ww. etapów odrębnie; w przeciwnym razie Zamawiający nie zawarłby w umowie ww. sformułowania.

Dalej:

§ 3 ust. 2 Terminy realizacji Umowy

„Konsultant zobowiązuje się świadczyć Usługę w terminie uwzględniającym:

- 1) Okres wykonywania Robót, który trwa od Daty Rozpoczęcia do daty wskazanej w Ostatnim Świadectwie Przejęcia (również w okresach zimowych w rozumieniu Kontraktu).
- 2) Okres Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu, który trwa od daty wskazanej w Ostatnim Świadectwie Przejęcia, do daty wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności, tj. 15 miesięcy, z zastrzeżeniem § 4 ust.4 pkt f"

Z powyższego fragmentu wynika zdaniem Odwołującego, że:

- Data graniczna pomiędzy jednym a drugim etapem to data wskazana w ostatnim świadectwie przejęcia; cała umowa jest realizowana do dnia wystawienia ostatecznego świadectwa przejęcia;
- Dla sprawy jest ważne to, że Zamawiający posługuje się pojęciem ostatnie oraz ostateczne świadectwo przejęcia jako daty kończące poszczególne etapy.

Idąc dalej:

§ 13 ust. 6 i 7 Ogólne obowiązki Konsultanta

„6. Zamawiający, wymaga aby zatrudnione na podstawie umowy o pracę były również 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.

7. Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, tj. wskazane w ust. 5 i 6, przez okres realizacji Usługi, do wydania OSTATNIEGO Świadectwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, tzn. będą pełnili obowiązki we wszystkie dni robocze w miesiącu (...)"

Z powyższego wynika, że:

- Etap 1 kończy się w dacie wskazanej w OSTATNIM świadectwie przejęcia; obowiązek zatrudnienia w wymiarze pełnego etatu ma miejsce do czasu wydania OSTATNIEGO świadectwa przejęcia;
- wniosek: brak obowiązku zatrudnienia na pełen etat personelu biurowego i pomocniczego na etapie przeglądu oraz rozliczania Kontraktu.

Powyższe koresponduje z pkt 2.1 OPZ:

„Konsultant powinien tak zorganizować pracę 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."

Odwołujący uwzględnił ww. okoliczności przy dokonywanej kalkulacji ceny ofertowej, o czym świadczą następujące fragmenty wyjaśnień z dnia 29 marca 2018 r.:

- Pkt 4 (strona 5): „dodatkowo zostanie zatrudniona jedna osoba w charakterze personelu biurowego i jedna osoba w charakterze personelu pomocniczego. Osoby te będą zatrudnione na pełny etat na umowę o pracę. W okresie realizacji robót w pełnym zakresie czasu pracy na pełny etat do obsługi będzie skierowanych 6 osób. Pozwala to (...) zapewnić funkcjonowanie biura codziennie przez minimum 8 godzin (...)"
- Pkt 6 lit d (strona 7): „w po z. 1.3 i 1.4 formularza ofertowego [okres realizacji robót - przyp. wł.] przyjęto koszt zatrudnienia 1 osoby jako personel biurowy i jednej osoby jako personel pomocniczy. Osoby te będą zatrudnione na umowę o pracę na pełny etat i w okresie realizacji robót budowlanych będą w pełnym wymiarze godzin zaangażowane w realizację usługi."
- Pkt 6 lit e (strona 7): „w poz. 4.1 i 4.2 formularza ofertowego /okres przeglądów i rozliczenia projektu - przyp. wł.] przyjęto zatrudnienia 1 osoby jako personel biurowy i jednej osoby jako personel pomocniczy. (...) W okresie przeglądów i rozliczania kontraktu, ze względu na znaczące ograniczenie obowiązków przyjęto ich zaangażowanie w realizację usługi na poziomie ok. 15% ich czasu pracy (ok. 1-2 godzin dziennie każda)."

W świetle powyższego przyjęta przez Zamawiającego argumentacja, że: „kalkulacja i sposób obliczania ceny oferty jest oparta na zasadach i założeniach niezgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia; łączna kwota na personel biurowy i personel pomocniczy została wyliczona przez wykonawcę wg kalkulacji za 1-2 godziny pracy dziennie, nie zaś za 8 godzin, jak wymaga zamawiający" nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający udzielając np. odpowiedzi na pytanie nr 16 do SIWZ wskazał, iż to „doświadczony Konsultant" powinien samodzielnie określić i oszacować zaangażowanie poszczególnych członków personelu „których należy przewidzieć w bardziej lub mniej ograniczonym zakresie z uwagi na specyfikę robót koniecznych do wykonania". Analiza przywołanych fragmentów wyjaśnień Odwołującego w zestawieniu z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentacji przetargowej wykazuje, iż są one poprawne oraz zgodne z literalnymi, wyartykułowanymi, wymaganiami Zamawiającego.

W orzecznictwie wskazuje się, że niedopuszczalne jest interpretowanie przez zamawiającego postawionych wymagań po złożeniu ofert i odpowiednie dostosowanie przyjętej interpretacji pod poszczególnych wykonawców. Zamawiający najpierw precyzuje swoje wymaganie w sposób jasny i klarowny, a dopiero po ich sprecyzowaniu i określeniu w

SIWZ bada oferty w oparciu o postawione warunki (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 czerwca 2015 r.; sygn. akt KIO 1148/15).

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał własnej interpretacji zapisów OPZ z pominięciem kluczowych regulacji, których jest autorem. Odwołujący dokonując kalkulacji ceny oraz przygotowując ofertę działał w dobrej wierze oraz w zaufaniu co do treści udostępnionych dokumentów. Określanie dodatkowych warunków (zapewnienie pełnoetatowego zaangażowania personelu biurowego i pomocniczego na całym etapie realizacji zamówienia) na tym etapie postępowania jest działaniem nieuprawnionym oraz godzącym w zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

W świetle powyższego poczyniona powyżej argumentacja zasługuje na aprobatę, a zarzut na uwzględnienie.

Ad pkt b) Zapewnienie dostępności biura.

Zamawiający zarzuca Odwołującemu, iż nie przewidział i nie skalkulował zapewnienia dostępności biura Konsultanta w całym okresie realizacji usługi.

We wzorze umowy wskazano, że:

§ 24 Dodatkowe obowiązki Konsultanta

6) zapewnienia personelowi wszelkich warunków i środków, w tym biuro, sprzęt oraz środki transportu i łączności „Konsultant zobowiązany jest do (...)” wymagane do wykonywania obowiązków personelu Konsultanta w związku z realizacją Usługi."

Zgodnie z pkt 2.1 OPZ: „Konsultant powinien tak zorganizować pracę 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.

Personel biurowy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 7 - 15 na wszystkich etapach Kontraktu.

W zakres obowiązków osób tworzących Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy wchodzi: Prowadzenie spraw związanych z utrzymaniem i funkcjonowaniem Biura i iea0 wyposażenia technicznego"

Dalej wskazano, że:

„W terminie 21 dni od daty rozpoczęcia Robót budowlanych, na okres realizacji robót budowlanych oraz na okres 15 miesięcy od wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, Konsultant zapewni pomieszczenia biurowe w odległości nie większej niż 10 km od terenu budowy. W Okresie Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu Konsultant może przewidzieć

zmniejszenie powierzchni biura i inną lokalizację stosownie do charakteru pracy w tych okresach."

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że:

- Zamawiający nie określił w sposób szczegółowy w pkt 2.1 OPZ co rozumie pod pojęciem zapewnienia pracy i dostępności biura przez personel biurowy i pomocniczy; wywiedzenie intencji Zamawiającego jest jednakże możliwe przy dokonaniu analizy zapisów dokumentacji przetargowej w sposób kompleksowy i całościowy - należy przez to rozumieć podjęcie czynności związanych z utrzymaniem, funkcjonowaniem oraz wyposażeniem technicznym biura; zapewnienie, aby biuro było dostępne (wykorzystywane do realizacji zamówienia) przez personel Wykonawcy;
- Z OPZ nie wynika, aby Zamawiający utożsamiał utrzymanie biura z koniecznością przebywania w nim personelu biurowego i pomocniczego w całym okresie realizacji zamówienia;
- Zamawiający przewidział, iż na etapie przeglądów oraz rozliczania Kontraktu biuro będzie wykorzystywane z mniejszą intensywnością - dopuścił możliwość zmiany lokalizacji i zmniejszenia powierzchni biura na tym etapie „stosownie do charakteru pracy”.

Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 29 marca 2018 r. w pkt 4 (strona 5) oraz pkt 6 lit. a oraz lit. e w sposób precyzyjny opisał w jaki sposób ww. dostępność będzie zapewniona w całym okresie realizacji usługi. Powyższe założenia zostały potwierdzone w wyjaśnieniach z 30 kwietnia 2018 r. - pkt 1.

Odwołujący wskazuje, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego zadeklarował on dostępność biura w całym okresie realizacji zamówieniach na zasadach opisanych w dokumentacji przetargowej.

Sprostowania wymaga również fakt, iż Odwołujący w żadnym miejscu w wyjaśnieniach nie wskazał, iż biuro będzie wykorzystywane do innego celu aniżeli realizacja przedmiotowego zamówienia (mowa o zaangażowaniu personelu biurowego i pomocniczego, a nie wykorzystywania biura na inne cele).

Przyjęta przez Zamawiającego argumentacja nie ma zatem odzwierciedlenia w zaistniałym stanie faktycznym. Zamawiający wyciągnął wobec Odwołującego negatywne konsekwencje w związku z okolicznościami, które nie miały miejsca i nie zostały wyartykułowane przez Odwołującego w złożonych przez niego wyjaśnieniach. Powyższe działanie jest krzywdzące oraz stawiające Odwołującego - jako słabszej strony postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - w słabszej sytuacji, gdyż jest pozbawiony skutecznej możliwości obrony swoich praw z uwagi na autorytarne działanie Zamawiającego.

W świetle powyższego poczyniona powyżej argumentacja zasługuje na aprobatę, a zarzut na uwzględnienie.

Ad pkt c) Niedopuszczalność zaangażowania personelu w inne przedsięwzięcia.

Zamawiający wskazał, iż „w świetle SIWZ niedopuszczalne jest zaangażowanie Personelu biurowego i pomocniczego do wykonywania innych prac powierzanych w ramach ogólnej pojętej działalności pracodawcy.”

Odwołujący zauważa, że Zamawiający na etapie prowadzonego postępowania nie określił ww. zakazu. Zakaz taki istnieje, ale jedynie w stosunku do Kluczowych Ekspertów oraz innych Ekspertów zaangażowanych w realizację zamówienia. Powyższe wynika z następujących fragmentów wzoru umowy.

Celem zrozumienia istoty problemu wskazać należy, iż umowa rozróżnia trzy grupy członków personelu Eksperti Kluczowi, Inni Eksperti oraz Personel biurowy i pomocniczy:

§ 1 Definicje:

„Ekspert Kluczowy (Personel Kluczowy): ekspert, którego kwalifikacje zawodowe i doświadczenie podlegają weryfikacji przez Zamawiającego zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu

Inny Ekspert: ekspert skierowany przez Konsultanta do realizacji Umowy inny niż Ekspert Kluczowy. 2

Personel biurowy i pomocniczy: personel, skierowany przez Konsultanta do realizacji Umowy, zapewniający działanie Biura Konsultanta w pełnym zakresie opisanym w umowie i Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZJ nie będący Personelem Konsultanta.”

Zakaz podejmowania dodatkowych prac zarobkowych został ustanowiony w § 11 ust. 14 wzoru umowy i brzmi następująco:

„Konsultant zobowiązuje się do zapewnienia, aby osoby wchodzące w skład Personelu Kluczowego Konsultanta oraz inni Eksperti zatwierdzeni przez Kierownika Projektu w HPPK do wykonywania Umowy (z wyłączeniem Technologa oraz innych Ekspertów, których planowany czas pracy określony w zatwierdzonym HPPK, w danym miesiącu kalendarzowym, nie przekracza 50% planowanego czasu pracy Inżyniera Kontraktu) nie będą w okresie trwania Umowy podejmowali innych zajęć zarobkowych, niezwiązanych z zakresem wykonywanych obowiązków w ramach Umowy, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę.”

Powyższy zakaz nie dotyczy personelu biurowego i pomocniczego - co wynika wprost z treści przywołanej regulacji, która odwołuje się do Ekspertów Kluczowych i Innych Ekspertów.

Gdyby wolą Zamawiającego byłoby ustanowienie zakazu do wszystkich osób wchodzących w skład personelu wykonawcy, powinien wprowadzić do wzoru umowy odpowiednie zapisy w tym zakresie.

Mając na względzie powyższe uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ stanowi rażące naruszenie prawa oraz świadczy o nieznamości Zamawiającego własnej dokumentacji przetargowej.

Odwołujący wskazuje również, iż w przypadku pozostałych członków personelu sam zakaz nie ma charakteru bezwzględnego, gdyż Zamawiający może odmówić podjęcia innych prac zarobkowych jedynie w sytuacji jeżeli spowodowałyby one konflikt interesów - vide: § 11 ust. 15 wzoru umowy.

W ocenie Odwołującego argumentacja ww. brzmieniu ma charakter absurdalny w kontekście określonych we wzorze wymagań. Zdaniem Odwołującego powyższe działanie stanowi rażące naruszenie przepisów Pzp.

Ad pkt d) Dodatkowa pozycja nieprzewidziana w SIWZ i ofercie.

Zamawiający stoi na stanowisku, iż:

„W wyjaśnieniach z dnia 30 kwietnia 2018 r. Wykonawca wprowadził obok Personelu biurowego i Personelu Pomocniczego grupę osób nazwaną „Dodatkowy Personel Biurowy” nieprzewidzianą ani w SIWZ, ani w złożonej ofercie.”

Odnosząc się do powyższego Odwołujący informuje, co następuje. Odwołujący potwierdza, iż na potrzeby złożonych wyjaśnień posłużył się omyłkowo słowem „dodatkowy” niemniej jednak faktyczna intencja Odwołującego wynikała wprost ze złożonych wyjaśnień, gdzie Odwołujący wskazał, iż tabela stanowi rozbieżność pkt 2.2. Formularza Cenowego, który zawierał koszt świadczenia usługi w okresie przeglądów oraz rozliczenia Kontraktu. Udzielona odpowiedź była wynikiem zapytania Zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2018 r. Abstrahując od powyższego Odwołujący wskazuje, iż w pkt 2.1 OPZ przewidziano możliwość posłużenia się DODATKOWYM personelem biurowym i pomocniczym:

„W celu realizacji zamówienia Konsultant zapewni odpowiedni: (...)

„3) Personel pomocniczy

Dla okresu wykonywania robót budowlanych min 1 osobę, inne 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.”

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający przewidział w SIWZ możliwość zaangażowania w realizację zamówienia dodatkowego personelu - jeżeli będzie to niezbędne dla właściwego wykonania przedmiotu zamówienia. Powyższe po raz kolejny pokazuje, iż Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego bez wcześniejszej weryfikacji własnej dokumentacji przetargowej.

Odwołujący podkreśla, iż o niezgodności oferty z treścią SIWZ nie świadczy nieprawidłowość o charakterze formalnym czy też sposób prezentacji informacji sprzeczny z oczekiwaniami Zamawiającego, ale niezgodność o charakterze merytorycznym, która nie ma miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym. Zamawiający wyciąga sprzeczne, niewynikające z literalnego brzmienia SIWZ wnioski.

Zgodnie z orzecnictwem KIO:

„Art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. (...) niezgodność treści oferty ma dotyczyć wymagań merytorycznych, które zostały określone w SIWZ.” (KIO 206/18).

Zatem ww. okoliczność nie może stanowić podstawy do uznania oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ.

Ad pkt e) Wprowadzenie nowej tabeli kosztowej.

Zamawiający sformułował wniosek, że Odwołujący wprowadził w wyjaśnieniach z dnia 30 kwietnia 2018 r. nową tabelę kosztową „niedopuszczalną w świetle postanowień przepisu art. 87 ust. 1 Pzp in fine.”

Odwołujący wskazał, iż działanie Zamawiającego jest dla niego całkowicie niezrozumiałe. Przedmiotowa tabela nie jest tabelą NOWĄ tabelą kosztową, ale stanowi rozbieżność poz. 2.2. formularza cenowego - co zostało jasno i wyraźnie zakomunikowane w treści składanych wyjaśnień („14/formularzu cenowym, zgodnie ze wzorem przygotowanym przez Zamawiającego, w poz. 2.2 należało uwzględnić koszt zarządzania i nadzoru w okresie przeglądów i rozliczenia Kontraktu. Poniżej przedstawiamy wyliczenie.

Powyższe z kolei wynikało z treści zapytania Zamawiającego skierowanego do Odwołującego z dnia 24.04.2018 r., gdzie Zamawiający w akapicie drugim i trzecim na stronie pierwszej odniósł się do sposobu kalkulacji ceny, o którym mowa w pkt 6 e pierwotnych wyjaśnień, który odnosił się właśnie do ww. pozycji. Odwołujący celem wykazania prawidłowości przyjętych kalkulacji dokonał szczegółowego rozbieżności przedmiotowej pozycji.

W pkt 15.3 IDW wskazano, że „Dodatkowo Wykonawca przeprowadzi właściwe analizy i w cenach ryczałtowych (dział 2, poz. 2.1 i 2.2) uwzględni odpowiednią ilość wszystkich ekspertów i specjalistów tak, aby zapewnić sprawną realizację umowy.” - przedstawiona tabela miała stanowić dowód przeprowadzonych analiz kalkulacji, czego zdaje się nie zauważać Zamawiający.

Nie jest to zatem nowa tabela kosztowa, ale uszczegółowiona tabela kosztowa wynikająca z samej treści oferty.

Argumentacja Zamawiającego w ww. brzmieniu nie zasługuje zatem na aprobatę, a odwołanie powinno zostać uwzględnione.

Podsumowując powyższe argumenty Odwołujący wskazał, iż przyjęta przez Zamawiającego podstawa odrzucenia oferty Odwołującego nie znajduje podstaw natury prawnej oraz faktycznej. Zamawiający powołuje się na niezgodność oferty Odwołującego z wymaganiami, które nie zostały przez niego wyartykułowane w dokumentacji przetargowej. To z kolei pozwala na sformułowanie stanowiska, iż Zamawiający analizując złożone przez

Odwołującego wyjaśnienia nie skonfrontował ich z literalnym brzmieniem całej dokumentacji przetargowej, a jedynie wybranych fragmentów OPZ.

Zauważenia wymaga, iż działanie Zamawiającego podejmowane w toku postępowania przetargowego oraz na etapie badania i oceny ofert jest niekonsekwentne i nielogiczne. Na etapie przygotowywania ofert Zamawiający tak w formułowanej dokumentacji, jak i w udzielanych odpowiedziach do SIWZ pozostawiał wykonawcom swobodę co do sposobu kalkulacji oraz metod realizacji zamówienia powołując się na to, iż „doświadczony Konsultant” będzie posiadał wiedzę w tym zakresie (tak: odpowiedź na pytanie 16 czy pytanie 8). Z kolei na etapie badania i oceny ofert Zamawiający dokonuje restrykcyjnej oceny składanych przez Odwołującego oświadczeń wyciągając wnioski z nich nie wynikające oraz nadinterpretując fakty i okoliczności przywoływane przez Odwołującego - w konsekwencji uznając, iż oferta Odwołującego jest sprzeczna z SIWZ. Powyższe działanie nie zasługuje na aprobatę - i tak jak zostało wskazane już powyżej w treści niniejszego odwołania - w sposób rażący narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

W ocenie Odwołującego zarzuty odwołania zasługują na uwzględnienie. Zaniechanie zaaprobowania przedstawionych w niniejszym odwołaniu argumentów będzie prowadzić Zamawiającego, jak i inne podmioty prowadzące postępowania w reżimie Pzp, do przekonania, iż mają możliwość dokonywania - bez żadnych konsekwencji prawnych - własnej interpretacji warunków realizacji umowy na etapie badania i oceny ofert. W konsekwencji Zamawiający zawsze, kiedy w jego przekonaniu uzna za słuszne, będzie miał możliwość eliminacji oferty wykonawcy jako niezgodnej z jego oczekiwaniami. Powyższe będzie stoi w sprzeczności z zasadą, iż Zamawiający jako gospodarz postępowania oraz beneficjent środków publicznych jest zobowiązany w sposób jasny i zrozumiały dokonywać opisu przedmiotu zamówienia (art. 29 ust. 1 Pzp). Odwołujący przywołał również stanowisko KIO wyrażone w wyrokach o sygn. KIO 18/18, KIO 2651/17.

Pismem z dnia 1 czerwca 2018 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie domagając się oddalenia odwołania w całości. Zamawiający wskazał, co następuje.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”), pkt 2.1. „Personel Konsultanta”, zapisano:

„W celu realizacji zamówienia Konsultant zapewni odpowiedni: (...)

2) Personel biurowy

Dla okresu wykonywania 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 wykonywania robót budowlanych min. 1 osobę, inne 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.

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

- 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, opłacanie, nadanie)
- Przyjmowanie wszystkich interesantów, informowanie ich o możliwościach załatwienia sprawy i skierowanie do właściwej osoby
- Dostarczanie Inżynierowi Kontraktu/IR 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 biurowy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 7-15 na wszystkich etapach Kontraktu. ”

Pkt. 2.2.1. „Biuro Konsultanta”, akapit 6

„Konsultant zobowiązany jest zapewnić (np. dostarczyć, wynająć) oraz zorganizować, urządzić, wyposażyć i utrzymywać, na własny koszt biuro na potrzeby Personelu Konsultanta i Personelu biurowego i pomocniczego (...)

„Biuro może być wykorzystywane wyłącznie do pełnienia usługi”

W dniu 21 maja 2018 r. wykonawca GRAMAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublińcu zgłosił przestąpienie do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Ponadto w postanowieniach projektu umowy zawarto:

§ 1 „Definicje”

Personel biurowy i pomocniczy: personel, skierowany przez Konsultanta do realizacji Umowy, zapewniający działanie Biura Konsultanta w pełnym zakresie opisanym w umowie i Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) niebędący Personelem Konsultanta.

§ 13

„ 6. Zamawiający, wymaga aby zatrudnione na podstawie umowy o pracę były również 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

7. Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, tj. wskazane w ust. 5 i 6, przez okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, tzn. będą pełnili obowiązki we wszystkie dni robocze w miesiącu (..

Powyższe zapisy zdaniem Zamawiającego są precyzyjne i jednoznaczne.

Stąd, odnosząc się bezpośrednio do poszczególnych punktów odwołania, wskazać należy:

1. W zakresie zaangażowania personelu biurowego i pomocniczego przy realizacji zamówienia:

Całkowicie błędny jest wniosek odwołującego się o tym, by Zamawiający określał dodatkowe warunki, inne niż w OPZ, dotyczące „zapewnienia pełnoetatowego zaangażowania personelu biurowego i pomocniczego na całym etapie realizacji zamówienia”

a) Jak wyżej wskazano pełnoetatowe zatrudnienie na umowę o pracę minimum dwóch osób, to jest minimum jednej osoby Personelu Biurowego oraz minimum jednej osoby Personelu pomocniczego, wymagane jest wyłącznie przez okres realizacji Usługi, do wydania Ostatniego Świadectwa Przejęcia (§ 13 ust. 6 w zw. z ust. 7 projektu umowy).

b) Po wydaniu Ostatniego Świadectwa Przejęcia, to jest na Etapie 2 — w Okresie Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu, zatrudnienie w wymiarze pełnego etatu nie jest wymagane. Niemniej Personel biurowy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 7-15 na wszystkich etapach Kontraktu (pkt 2.1. OPZ in fine). Stąd — zgodnie z zapisami ust. 2 pkt. 2.1. OPZ - w Okresie Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu Konsultant ma zapewnić minimum dwie osoby, to jest minimum jedną osobę Personelu Biurowego oraz minimum jedną osobę Personelu pomocniczego tak, aby osoby te zapewniały pracę i dostępność biura Konsultanta w

minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 7-15 na wszystkich etapach Kontraktu. Innymi słowy: osoby te mogą być zatrudnione na etatach częściowych ale w takim wymiarze, by łącznie zapewniały pracę i dostępność biura minimum 8 godzin dziennie (od 7.00 do 15.00) od poniedziałku do piątku.

2. Odnosząc się do argumentacji opartej na analizie zakresu obowiązków Personelu biurowego w okresie Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu, Zamawiający wskazuje, iż: W całym okresie trwania Kontraktu obowiązki Personelu biurowego i Personelu pomocniczego są tożsame:

- 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, opłacanie, nadanie)
- Przyjmowanie wszystkich interesantów, informowanie ich o możliwościach załatwienia sprawy i skierowanie do właściwej osoby
- Dostarczanie Inżynierowi Kontraktu/IR 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 (pkt 2.1. OPZ)

Zgodnie z § 1 umowy „Definicje” Personel biurowy i pomocniczy to personel, skierowany przez Konsultanta do realizacji Umowy, zapewniający działanie Biura Konsultanta w pełnym zakresie opisanym w umowie i Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) niebędący Personelem Konsultanta.

Odwołujący natomiast redukuje zadanie Personelu biurowego zapewnienia pracy i dostępności biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 7-15, obejmujące pełen zakres obowiązków wymienionych w pkt 2.1 .OPZ, do tylko jednej czynności, tj. prowadzenia spraw związanych z utrzymaniem i funkcjonowaniem Biura i jego wyposażenia technicznego. Jednocześnie całkowicie pomija wszystkie pozostałe czynności

tego personelu, które wymagają osobistej obecności w Biurze Konsultanta (np., przyjmowanie wszystkich interesantów informowanie ich o możliwościach załatwienia sprawy i skierowanie do właściwej osoby, odbiór korespondencji).

3. Odnośnie wykorzystywania Biura konsultanta przez osoby wykonujące obowiązki wynikające z umowy wskazać należy:

Zgodnie z pkt. 2.2.1 akapit 6 Biuro może być wykorzystywane wyłącznie do pełnienia usługi.

Jak wskazano powyżej, Personel biurowy oraz Personel pomocniczy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 7-15 na wszystkich etapach Kontraktu.

W godzinach tych Personel biurowy oraz Personel pomocniczy mają wykonywać obowiązki wymienione w pkt. 2.1 OPZ (szczegółowo opisane w punktach 1 i 2 powyżej).

4. W odniesieniu do dołączenia przez Odwołującego się dodatkowych wyliczeń:

Do oferty Odwołujący załączył jako jej integralną część, „Formularz cenowy”, w którym podał wyliczenie konkretnych kwot w odniesieniu między innymi do Biura Konsultanta, Personelu biurowego oraz Personelu pomocniczego.

Natomiast w wyjaśnieniach z 30 kwietnia 2018 r. wprowadził obok Personelu biurowego i personelu pomocniczego grupę osób nazwaną „Personel pozostały Dodatkowy Personel biurowy” (Ad. 3 wyjaśnień z 30.04.2018 r.). Terminem „Personel pozostały - Dodatkowy Personel biurowy” posłużono się w wyjaśnieniach dwukrotnie: w tabeli oraz w opisie, co wyklucza omyłkowość tak użytego sformułowania.

Jak wskazano powyżej, w pkt. 2.1 OPZ Zamawiający określił: „ W celu realizacji zamówienia Konsultant zapewni odpowiedni: (.. s)

2) Personel biurowy

Dla okresu wykonywania 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 wykonywania robót budowlanych min. 1 osobę, inne osoby niezbędne w czasie realizacji usługi),

Dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu (min. 1 osobę, inne osoby niezbędne w czasie realizacji usługi,)

Z powyższego jednoznacznie i precyzyjnie wynika, że posłużenie się zwrotem „inne osoby niezbędne w czasie realizacji usługi” jest definicją osób wchodzących w skład Personelu pomocniczego umożliwiającą jego odróżnienie od osób tworzących zespół Personelu biurowego.

Brak jest natomiast jakichkolwiek zapisów dających możliwość posłużenia się DODATKOWYM personelem biurowym i pomocniczym.

W świetle przytoczonych przepisów powszechnie obowiązującego prawa oraz zapisów SIWZ postępowanie Odwołującego jednoznacznie stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 pzp.

Niezależnie od powyższego podkreślić należy, co następuje:

Zgodnie z § 1 projektu umowy „Definicje”, Personel biurowy i pomocniczy to personel, skierowany przez Konsultanta do realizacji Umowy, zapewniający działanie Biura Konsultanta w pełnym zakresie opisanym w umowie i Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) niebędący Personelem Konsultanta.

Ekspert kluczowy (Personel Kluczowy) to natomiast ekspert, którego kwalifikacje zawodowe i doświadczenie podlegają weryfikacji przez Zamawiającego zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu.

Inny Ekspert to zaś ekspert skierowany przez Konsultanta do realizacji Umowy inny niż Ekspert Kluczowy.

Eksperti kluczowi i Inni Eksperti tworzą Personel Konsultanta.

Koszt zatrudnienia Personelu biurowego oraz koszt Personelu pomocniczego (personelu przewidzianego do prowadzenia Biura Konsultanta) został ujęty w ofercie Odwołującego w dwóch odrębnych pozycjach tabeli (pozycje 4.3 i 4.4 formularza cenowego). Natomiast w wyjaśnieniach z 30 kwietnia 2018 r. Odwołujący dodaje pozycję „Personel pozostały — Dodatkowy Personel biurowy” i rozбивa pozycję z oferty dotyczącą kosztów Ekspertów Kluczowych i pozostałych (Personelu Konsultanta), których obowiązki nie obejmują zadań związanych z biurem. Jednocześnie samodzielnie formułuje zakres obowiązków „Personelu pozostałego — Dodatkowego Personelu biurowego” tożsamy z zadaniami Personelu biurowego i Personelu pomocniczego i wyjaśnia że Dodatkowy Personel biurowy stanowi uzupełnienie Personelu uwzględnionego w poz. 4.3 i 4.4 Formularza ofertowego (wyjaśnienie Ad.3). Działanie takie jest niekonsekwentne i sprzeczne z zapisami SIWZ.

Podkreślenia w tym miejscu ponownie wymaga fakt, iż mimo jednoznacznych zapisów, że to Personel biurowy i pomocniczy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 7-15 na wszystkich etapach Kontraktu, Odwołujący usiłuje przerzucić powyższe zadanie na inne osoby, zobowiązane zgodnie z OPZ do wykonywania całkowicie odmiennego zakresu czynności: W piśmie z 29 marca 2018 r. wskazuje: „obowiązek funkcjonowania Biura przez 8 godzin wyłącznie na potrzeby usługi będzie realizowany np. poprzez zaangażowanie pozostałych Ekspertów w okresie przeglądów i rozliczeń”

„Eksperti będą wykonywać swoją pracę w Biurze Konsultanta, zapewniając jego codzienne funkcjonowanie. Oprócz Personelu biurowego i pomocniczego (...)

przewidziano zatrudnienie Dodatkowego Personelu biurowego do obsługi Biura Konsultanta. Jego zadaniem będzie między innymi zapewnienie funkcjonowania i dostępności Biura, a także wykonywanie czynności techniczno — administracyjnych i obsługa sekretariatu”

Jednocześnie Odwołujący usiłuje wliczyć koszty osób wykonujących czynności Personelu biurowego i pomocniczego w koszty usług świadczonych przez Ekspertów. Powyższe potwierdza w treści uzasadnienia odwołania. Tymczasem niedopuszczalne jest przerzucanie kosztów dotyczących zatrudnienia Personelu biurowego i pomocniczego do innej pozycji, w której zgodnie z SIWZ winny być ujęte tylko i wyłącznie koszty Ekspertów.

Dla pozostałych uczestników postępowania było to oczywiste i nie dokonywali tego typu zabiegów niedopuszczonych zapisami SIWZ.

Reasumując powyższe brak jest JAKIKOLWIEK podstaw do stwierdzenia naruszenia w niniejszym postępowaniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Każda czynność Zamawiającego wykonana została prawidłowo i zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa.

Naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

W związku z tym, że Odwołujący nie uzasadnił zarzutu, nie sposób odnieść się w odpowiedzi na odwołanie do tak sformułowanego twierdzenia.

Tym niemniej podkreślić należy że KAŻDY z 9 pozostałych Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, zrozumieli zapisy SIWZ zgodnie z literalnym zapisem SIWZ i złożyli oferty prawidłowe.

Odwołujący natomiast dowolnie i wybiórczo żonglując zapisami OPZ i projektu umowy, nieudolnie usiłuje skomplikować ich precyzyjne i jednoznaczne postanowienia tak, by ostatecznie, całkowicie niezasadnie, powołać się na zasadę rozstrzygnięcia wątpliwości na korzyść Wykonawcy.

Przeciwnie - przyjęcie toku rozumowania Odwołującego za prawidłowy j dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej naruszyłoby zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania pozostałych wykonawców, również z powodu jak niżej:

W formularzu cenowym, Zamawiający w pozycji 2.2 dla usług nadzoru i zarządzania na Etapie 2 zastrzegł, że kwota pozycji nie może być niższa niż 15 % wartości całego działu

2. Odwołujący wycenił pozycję 2.2 na kwotę minimalnie przekraczającą próg 15 0/0.

W toku kolejnych wyjaśnień Odwołujący oświadczył że część pozycji 2.2. dotyczy również pracy „Dodatkowego Personelu biurowego” - zatem osób które nie świadczą usług nadzoru i zarządzania — nie stanowią ani Personelu Kluczowego ani Innych Ekspertów.

Taka interpretacja prowadzi do wniosku, że faktyczna kwota którą Odwołujący zamierza przeznaczyć na usługi nadzoru i zarządzania na Etapie 2, czyli na pracę Personelu

Kluczowego i Innych Ekspertów, jest znacząco niższa i nie spełnia obowiązkowego progu 15 % całego działu 2.

Reasumując - Zdaniem Zamawiającego to właśnie przyjęcie toku rozumowania prezentowanego przez Odwołującego prowadziłyby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący tworzy bowiem na własne potrzeby nowe, niewynikające ani z powszechnie obowiązującego prawa ani z zapisów SIWZ zasady i wymagania, które — przy ich zastosowaniu w niniejszym postępowaniu — stworzyłyby nierówne szanse dla poszczególnych uczestników.

W związku z powyższym dokonując czynności odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy PZP i w żaden sposób nie naruszył zapisów zawartych w art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP ani też art. 7 ust. 1 Pzp. Uwzględniając argumentację przedstawioną w niniejszej odpowiedzi na odwołanie, bezspornym jest iż zarzuty stawiane Zamawiającemu przez Odwołującego się nie znajdują odzwierciedlenia w rzeczywistości.

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

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wykonawca wykazał interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawcę GRAMAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublińcu przystąpienia do udziału w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania.

Jak wynika z dokumentacji postępowania zgodnie z postanowieniem 15.3 Tomu I SIWZ, zawierającego Instrukcję dla wykonawców (IDW), w rozdziale 15 „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”: Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym. Dodatkowo Wykonawca przeprowadzi właściwe analizy i w cenach

ryczałtowych (dział 2, pozycje 2.1, 2.2) uwzględni odpowiednią ilość wszystkich ekspertów i specjalistów tak, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy.

Natomiast z Opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) wynika, że Wykonawca zwany jest również Konsultantem i będzie pełnił funkcję Inżyniera. Ponadto w OPZ znalazły się postanowienia, zgodnie z którymi:

„2.1. Personel Konsultanta

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.

W celu realizacji zamówienia Konsultant zapewni odpowiedni:

- 1) Personel Konsultanta (Eksperci Kluczowi, Inni Eksperci.),
- 2) Personel biurowy

Dla okresu wykonywania 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 wykonywania robót budowlanych min 1 osobę, inne 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.

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

- 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/IR 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.

(...) Konsultant powinien tak zorganizować pracę 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 zasadne wezwanie Zamawiającego lub Wykonawcy Robót.

Personel biurowy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 7 – 15 na wszystkich etapach Kontraktu.”

W pkt 2.1.1 i 2.1.2 Zamawiający wskazał, że w zakresie Kluczowych Ekspertów wymagania dotyczące Personelu Kluczowego zostały podane w Tomie I, Rozdziale 1, punkt 7.2.3.) b) SIWZ, natomiast w zakresie Innych Ekspertów Zamawiający zawarł postanowienia, że nie wymaga wraz z ofertą przedłożenia kandydatów na te stanowiska oraz że: „Celem zapewnienia należytego wykonania usługi, w sytuacji gdy zajdzie potrzeba, Konsultant zapewni na etapie realizacji usługi ekspertów z następujących branż:

- Inspektorów Nadzoru specjalności inżynierskiej: mostowej, drogowej, kolejowej, wyburzeniowej;
- Inspektor Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, elektrycznych i elektroenergetycznych;
- Specjalista ds.: nadzoru geotechnicznego, nadzoru geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych, nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska, inżynierii ruchu, kontaktów ze społecznością i promocji, umów z podwykonawcami, dostawcami i usługodawcami, współpracy i umów z gestorami sieci, sprawozdawczości;
- Geodeta w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji, Prawnik, Archeolog, inni w razie potrzeby,

- Innych według potrzeb.”

We wzorze umowy znajdują się następujące definicje:

- Ekspert Kluczowy (Personel Kluczowy): ekspert, którego kwalifikacje zawodowe i doświadczenie podlegają weryfikacji przez Zamawiającego zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu.
- Inny Ekspert: ekspert skierowany przez Konsultanta do realizacji Umowy inny niż Ekspert Kluczowy.
- Personel biurowy i pomocniczy: personel, skierowany przez Konsultanta do realizacji Umowy, zapewniający działanie Biura Konsultanta w pełnym zakresie opisanym w umowie i Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) nie będący Personelem Konsultanta.

Ponadto w § 13 „Ogólne obowiązki Konsultanta” wzoru umowy, zawarto następujące postanowienia:

„6. Zamawiający, wymaga aby zatrudnione na podstawie umowy o pracę były również 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.

7. Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, tj. wskazane w ust. 5 i 6, przez okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, tzn. będą pełnili obowiązki we wszystkie dni robocze w miesiącu, z zastrzeżeniem iż Zamawiający dopuszcza:

- pełnienie funkcji specjalisty ds. roszczeń i specjalisty ds. rozliczeń przez tą samą osobę. Technolog, przez okres realizacji usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, zatrudniony będzie w wymiarze nie mniejszym niż ½ etatu.

8. Konsultant zobowiązuje się przez cały okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, utrzymywać stan ciągłości zatrudnienia na podstawie umowy o pracę na zasadach opisanych w ust. 7. W przypadku rozwiązania stosunku pracy w trakcie obowiązywania niniejszej Umowy z którąkolwiek z osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, o których mowa w ust. 5 lub 6, 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 ust. 7 na okres nie krótszy niż do końca realizacji Usługi do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia. W przypadku, o

którym mowa powyżej, wyznaczenie danej osoby do realizacji Usługi musi nastąpić w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia zakończenia umowy z poprzednio zatrudnioną osobą.”

Pismem z dnia 20 marca 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1a i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz do wyjaśnienia treści oferty, w szczególności w następującym zakresie:

1. Czy Wykonawca uwzględnił wszystkie wymagania w zakresie personelu konsultanta zgodnie z pkt 2.1 OPZ? W pkt 2.1 Formularza cenowego – „Okres realizacji robót” przyjęto ryczałtowe wynagrodzenie, w związku z tym Zamawiający zwrócił się o szczegółową kalkulację wysokości wynagrodzenia określonego w ww. pozycji kosztorysowej.
2. Jakie czynniki lub wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy wpłynęły na wynagrodzenie ryczałtowe określone w pkt 2.1. Formularza cenowego – okres realizacji robót (koszty w ofercie Odwołującego wynoszą 600.000 zł netto, natomiast średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wynosi 1.444.812,35 zł netto)?
3. Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie zatrudnienie personelu kluczowego wskazanego na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze godzin zgodnie z §13 ust. 5 projektu umowy?
4. W jaki sposób Wykonawca ma zamiar zorganizować pracę personelu konsultanta oraz personelu biurowego i pomocniczego, aby uwzględnił 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.?
5. Czy Wykonawca uwzględnił wszystkie obowiązki konsultanta w zakresie działań promocyjnych zgodnie z pkt 2.5 OPZ. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie jakie czynniki lub wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy wpłynęły na wynagrodzenie „Działania promocyjne Razem” (koszty w ofercie Odwołującego to 17.400 zł netto, a średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert to 43.207,10 netto)?
6. Czy Wykonawca uwzględnił wszystkie koszty administracyjne zgodnie z pkt 2.2, 2.3 i 2.4 OPZ. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie jakie czynniki lub wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy wpłynęły na wynagrodzenie kosztów administracyjnych w czasie trwania usługi (suma pozycji 1 i 4

Formularza cenowego) (koszty w ofercie Dowołującego to 159.050,00 zł netto, a średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert to 448.156,60 zł netto)?

W szczególności Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie zaoferowanej ceny za 1 miesiąc pracy personelu biurowego – 500 zł netto i 500 zł netto personelu pomocniczego (pozycje 4.1 i 4.2 Formularza cenowego). W związku z wymaganiem Zamawiającego aby personel biurowy i pomocniczy był zatrudniony na podstawie umowy o pracę oraz obowiązującym prawem zapewnienia minimalnego wynagrodzenia, Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie sposobu wyceny i wyjaśnienie czy i w jaki sposób oferta Wykonawcy uwzględnia wszystkie koszty związane z zatrudnieniem na umowę o pracę i minimalnym wynagrodzeniem.

Pismem z dnia 29 marca 2018 r. Odwołujący w zakresie pytania 4 wyjaśnił, że przewiduje zaangażowanie Kluczowych Ekspertów w pełnym wymiarze godzin, codziennie w okresie realizacji robót budowlanych. Pozostali Ekspersi będą angażowani w miarę potrzeby, w zakresie tematów w jakich się specjalizują. Ekspersi w szczególności będą pełnili funkcję doradczą dla Kluczowych Ekspertów Konsultanta. Do czynności dla których wymagane są uprawnienia według odrębnych przepisów (np. inspektorzy nadzoru budowlanego wg prawa budowlanego) będą pełnili swoje obowiązki w sposób bezpośredni (np. wypełniając obowiązki nałożone przez prawo budowlane dla samodzielnych funkcji w budownictwie). Dodatkowo zostanie zatrudniona jedna osoba w charakterze Personelu biurowego i jedna osoba w charakterze Personelu pomocniczego. Osoby te będą zatrudnione na pełny etat na umowę o pracę. W okresie realizacji robót osoby te będą w pełnym czasie swojej pracy zaangażowane w ramach realizacji usługi. Oznacza to, iż łącznie w okresie realizacji robót w pełnym zakresie czasu pracy na pełny etat do obsługi, będzie skierowanych sześć osób, co pozwoli w pełni na zorganizowanie pracy Konsultanta w taki sposób, aby zapewnić nadzór nad robotami w trybie wielozmianowym (w razie potrzeby), pracę w dni wolne od pracy (w miarę potrzeb), zapewnić funkcjonowanie biura codziennie przez minimum 8 godzin oraz wykonywanie innych obowiązków zgodnie z umową na świadczenie usługi Konsultanta. Należy tu zwrócić uwagę Ponadto ww. osoby będą wspierane przez pozostałych Ekspertów według rzeczywistych potrzeb i uzgodnienia z Zamawiającym.

Odpowiadając na pytanie nr 6 Odwołujący wyjaśnił, że w ofercie uwzględniono wszystkie koszty opisane w pkt 2.2, 2.3 oraz 2.4 OPZ. Odwołujący wskazał, iż zidentyfikowana przez Zamawiającego różnica w wycenie pozycji dotyczącej kosztów administracyjnych wynika z wysokiej marży lub wysokości kosztów ogólnych przyjętych przez pozostałych wykonawców. Członkowie konsorcjum stworzonego przez Odwołującego są mikro przedsiębiorcami, gdzie występuje płaska struktura zatrudnienia. Stąd, w stosunku do

dużych podmiotów z rozbudowaną strukturą zarządzania, koszty działalności są zdecydowanie niższe co ma odzwierciedlenie w proponowanych cenach.

Odwołujący wyjaśnił szczegółowo co ujęto w ramach kosztów pozycji 1 i 4 Formularza ofertowego. Wskazano m.in., że w pozycji 1.3 i 1.4 formularza ofertowego przyjęto koszt zatrudnienia 1 osoby jako personel biurowy i jednej osoby jako personel pomocniczy. Osoby te będą zatrudnione na umowę o pracę na pełny etat i w okresie realizacji robót budowlanych będą w pełnym wymiarze godzin zaangażowane w realizację usługi. W pozycji 4.1 koszt zatrudnienia 1 osoby jako personel biurowy i jednej osoby jako personel pomocniczy. Osoby te będą zatrudnione na umowę o pracę na pełny etat. W okresie przeglądów i rozliczania kontraktu, ze względu na znaczące ograniczenie obowiązków, przyjęto ich zaangażowanie w usługi na poziomie ok. 15% ich czasu pracy (ok. 1 do 2 godzin dziennie każda). W pozostałym czasie pracy będą one wykonywały inne prace powierzone w ramach działalności pracodawcy. Obowiązek funkcjonowania Biura przez 8 godzin wyłącznie na potrzeby usługi będzie realizowany np. poprzez zaangażowanie pozostałych Ekspertów w okresie przeglądów i rozliczeń.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2018 r. Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ponownie zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie treści złożonej oferty w następującym zakresie:

1. Na jakiej podstawie wykonawca zamierza angażować Ekspertów do obsługi biura konsultanta?
2. W jaki sposób wykonawca wycenił ekspertów wykonujących obowiązki związane z obsługą biura w treści Formularza cenowego?
3. W związku z przykładowym podaniem Ekspertów jako osób kierowanych do obsługi biura obok personelu biurowego, pomocniczego (sformułowanie „np. poprzez zaangażowanie pozostałych ekspertów”) dokładne wskazanie, jakie inne osoby i na jakiej postawie wykonawca zamierza skierować do obsługi biura.
4. W jaki sposób wykonawca wycenił czynności osób, o których mowa w ust. 4) – innych niż personelu biura – w treści Formularza cenowego.

Pismem z dnia 30 kwietnia 2018 r. Odwołujący wyjaśnił, że okres przeglądów i rozliczeń jest to etap realizacji w którym praca Personelu Konsultanta w przeważającym stopniu jest pracą stacjonarną, tj. wykonywaną w biurze. Przewidziano, iż w tym czasie praca ta będzie się odbywała w Biurze Konsultanta. Tym samym, niezależnie od pracy personelu biurowego; będzie zapewniona praca Biura i jego pełna dostępność. Eksperci nie będą wykonywali czynności biurowych przypisanych dla personelu biurowego wykonującego czynności techniczno — administracyjne i obsługujące sekretariat. Eksperci będą

wykonywać swoją pracę w Biurze Konsultanta, zapewniając jego codzienne funkcjonowanie. Oprócz Personelu biurowego i pomocniczego, których koszt zatrudnienia został ujęty w poz. 4,3 i 4.4 Formularza cenowego, przewidziano zatrudnienie Dodatkowego Personelu biurowego do obsługi Biura Konsultanta. Jego zadaniem będzie między innymi zapewnienie funkcjonowanie i dostępności Biura, a także wykonywanie czynności techniczno — administracyjnych i obsługa sekretariatu (jako uzupełnienie Personelu uwzględnionego w poz. 4.3 i 4.4 Formularza ofertowego). Koszt jego zatrudnienia ujęto w poz. 2.2 — tabela pkt 1 ppkt 2. Jak wskazano ilość czasu jego zaangażowania, wraz z czasem Personelu biurowego i pomocniczego uwzględnionego w poz. 4.3 i 4.4. Formularza ofertowego, wystarcza samoistnie na zapewnienie pracy i dostępności Biura od poniedziałku do piątku od godziny 7.00 do 15.00 niezależnie od czasu pracy Ekspertów. (...)

Pismem z dnia 8 maja 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty podając następujące uzasadnienie faktyczne i prawne. W toku badania ofert Zamawiający stosownie do przepisu art. 90 ust. 1 a Pzp, zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym o wskazanie, w jaki sposób ustalono cenę za 1 m-c pracy Personelu biurowego i pomocniczego w wysokości 500,00 zł w okresie od wystawienia Świadczenia Przejęcia do Ostatecznego Świadczenia Płatności. W odpowiedzi z dnia 29 marca br. w zakresie dotyczącym ww. zagadnienia (Ad. pkt 6 e)) Wykonawca podał: „W pozycji 4.1 i 4.2 formularza ofertowego przyjęto koszt zatrudnienia 1 osoby jako personel biurowy i jednej osoby jako personel pomocniczy. Osoby te będą zatrudnione na umowę na pełny etat. W okresie przeglądów i rozliczania kontraktu, ze względu na znaczące ograniczenie obowiązków, przyjęto ich zaangażowanie w realizację usługi na poziomie ok. 15% ich czasu pracy (ok. 1 do 2 godzin dziennie każda). W pozostałym czasie pracy będą one wykonywały inne prace powierzone w ramach działalności pracodawcy. (...) obowiązek funkcjonowania Biura przez 8 godzin wyłącznie na potrzeby usługi będzie realizowany np. poprzez zaangażowanie pozostałych Ekspertów w okresie przeglądów i rozliczeń.”

Analiza cytowanych wyżej informacji wskazała na prawdopodobieństwo, iż treść oferty Wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wobec czego Zamawiający - pismem z dnia 24 kwietnia br. zażądał od Wykonawcy wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

Odpowiedzią z 30.04.2018 r. Wykonawca w formie tabelarycznej przedstawił nowe wyliczenie pozycji. 2.2. formularza cenowego, w pozycji „Stanowisko” pod nr 2. wpisując: „Personel pozostały - Dodatkowy Personel biurowy”. Dodatkowo wyjaśnił, iż w okresie przeglądów i rozliczeń przewidziano, iż praca Personelu Konsultanta będzie odbywała się w Biurze Konsultanta. „Tym samym, niezależnie od pracy personelu biurowego, będzie zapewniona praca Biura i jego dostępność” (Ad1). Dalej, w punkcie Ad 3) Wykonawca podał:

„Eksperci będą wykonywać swoją pracę w Biurze Konsultanta, zapewniając jego codzienne funkcjonowanie. Oprócz Personelu biurowego i pomocniczego, (...), przewidziano zatrudnienie Dodatkowego Personelu biurowego do obsługi Biura Konsultanta”. Wykonawca następnie określił zakres obowiązków „Dodatkowego Personelu biurowego” oraz opisał, iż: „Jak wykazano ilość czasu jego zaangażowania, wraz z czasem Personelu biurowego i pomocniczego uwzględniono w poz. 4.3 i 4.4. formularza ofertowego (...)”.

Zgodnie z treścią pkt 2.1. Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) „Personel Konsultanta”, będącego częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, „(...) Personel biurowy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 7-15 na wszystkich etapach Kontraktu”. Postanowienie pkt 2.2.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) stanowi natomiast, iż biuro Konsultanta „może być wykorzystywane wyłącznie do pełnienia usługi”.

W wyjaśnieniach jednoznacznie wskazano, iż obowiązek funkcjonowania Biura przez 8 godzin wyłącznie na potrzeby usługi w okresie przeglądów i rozliczeń będzie realizowany poprzez zaangażowanie Ekspertów. Eksperci będą wykonywać swoją pracę w Biurze Konsultanta, zapewniając jego codzienne funkcjonowanie (Ad. pkt 6 e) wyjaśnień z 29.03.2018 r., Ad 1) i Ad. 3) wyjaśnień z 30.04.2018 r.). Wykonawca założył bowiem, iż w okresie przeglądów i rozliczania kontraktu, ze względu na znaczące ograniczenie obowiązków, zaangażowanie Personelu biurowego i Personelu pomocniczego w realizację usługi wyniesie ok. 15% ich czasu pracy (ok. 1 do 2 godzin dziennie każda) i w pozostałym czasie pracy będą one wykonywały inne prace powierzone w ramach działalności pracodawcy (Ad. pkt 6 e) wyjaśnień z 29.03.2018 r.).

Powyższe jest sprzeczne z ww. zapisami pkt. 2.1. i 2.2.1 OPZ, w których sprecyzowano, iż to nie Eksperci a Personel biurowy ma za zadanie zapewnić dostępność biura Konsultanta. Ponadto - wobec okoliczności, iż biuro Konsultanta, obsługiwane przez Personel biurowy i Personel pomocniczy zapewniający pracę i dostępność biura w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 7-15 na wszystkich etapach Kontraktu, może być wykorzystywane wyłącznie do pełnienia usługi, to w świetle SIWZ niedopuszczalne jest zaangażowanie Personelu biurowego i Personelu pomocniczego, do wykonywania innych prac powierzonych w ramach ogólnie pojętej działalności pracodawcy.

W konsekwencji powyższego kalkulacja i sposób obliczania ceny oferty jest oparta na zasadach i założeniach niezgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia; łączna kwota na Personel biurowy i Personel pomocniczy została wyliczona przez Wykonawcę wg kalkulacji za 1-2 godziny pracy dziennie, nie zaś za 8 godzin, jak wymagał tego Zamawiający.

W wyjaśnieniach z 30 kwietnia 2018 r. Wykonawca wprowadził obok Personelu biurowego i Personelu pomocniczego grupę osób nazwaną „Dodatkowy Personel biurowy”

nieprzewidzianą ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani w złożonej ofercie (Ad. 3 wyjaśnień z 30.04.2018 r.).

Wprowadzenie nowej grupy osób oraz przedstawienie nowych tabel kosztorysowych, stanowi de facto zmianę w treści oferty, niedopuszczalną w świetle postanowień przepisu art. 87 ust. 1 pzp in fine.

W związku z powyższym Zamawiający, działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego dokonanej pismem z dnia 8 maja 2018 r., tj. odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ i argumentacji prawnej i faktycznej w tym piśmie zawartej. Stąd też skład orzekający uznał, że wszelkie nowe argumenty dotyczące kwestii niezachowania przez Odwołującego ustanowionych przez Zamawiającego w Formularzu cenowym limitów procentowych, przywołane przez Zamawiającego, a które nie zostały przez niego wskazane w treści pisma z dnia 8 maja 2018 r. informującego o odrzuceniu oferty Odwołującego nie zasługują na rozpoznanie, gdyż są nowymi okolicznościami stanowiącymi podstawę odrzucenia jego oferty, nieznanymi Odwołującemu w dniu wnoszenia odwołania.

Niezależnie od powyższego skład orzekający doszedł do przekonania, że odwołanie zasługuje na oddalenie z następujących powodów.

Realizacja przedmiotu umowy podzielona została przez Zamawiającego na dwa etapy, tj. etap I – okres wykonywania robót budowlanych oraz etap II – okres przeglądu i rozliczenia kontraktu. Spór między stronami dotyczy sposobu zapewnienia przez Odwołującego funkcjonowania biura w okresie przeglądu i rozliczenia kontraktu.

Z udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień pismem z dnia 30 kwietnia 2018 r. wynika bowiem bezspornie, że z uwagi na fakt, iż w okresie rozliczeń praca Personelu konsultanta jest w przeważającym stopniu wykonywana stacjonarnie, w biurze, niezależnie od pracy personelu biurowego będzie zapewniona praca biura i jego pełna dostępność. Jednocześnie Odwołujący wyjaśnił, że Eksperti nie będą wykonywali czynności biurowych przypisanych dla personelu biurowego wykonującego czynności techniczno – administracyjne i obsługującego sekretariat (vide: pkt Ad.1) wyjaśnień). Eksperti będą wykonywać swoją pracę w biurze zapewniając jego codzienne funkcjonowanie. Oprócz

personelu biurowego i pomocniczego przewidziano zatrudnienie dodatkowego personelu biurowego do obsługi biura konsultanta. Jego zadaniem będzie m.in. zapewnienie funkcjonowania i dostępności biura, a także wykonywanie czynności techniczno – administracyjnych i obsługa sekretariatu. Ilość czasu zaangażowania tego dodatkowego personelu wraz z ilością czasu zaangażowania personelu biurowego i pomocniczego wystarcza na zapewnienie pracy i dostępności biura od poniedziałku do piątku w godzinach 7.00-15.00, niezależnie od czasu pracy Ekspertów (vide: pkt Ad. 3) wyjaśnień).

Mając na uwadze powyższe, a także treść postanowień SIWZ, w tym OPZ i wzoru umowy, skład orzekający doszedł do przekonania, że Zamawiający słusznie ocenił, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Bezspornym jest, że w pkt 2.1 OPZ zdanie ostatnie Zamawiający zawarł wymóg, aby to personel biurowy zapewnił pracę i dostępność biura konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 7 – 15 na wszystkich etapach kontraktu, zatem również w okresie przeglądu i rozliczenia kontraktu. Nawet jeśli – na co powołuje się w treści odwołania Odwołujący – zgodnie z postanowieniami wzoru umowy, w okresie po wystawieniu ostatniego Świadectwa Przejęcia wykonawca nie ma obowiązku zatrudnienia personelu biurowego i personelu pomocniczego na umowę o pracę w wymiarze pełnego etatu, nie zmienia to faktu, że zgodnie z przywołanym powyżej postanowieniem OPZ, w okresie przeglądu i rozliczenia zapewnienie pracy i dostępności biura nadal ma być realizowane przez personel biurowy i pomocniczy w wyznaczonych godzinach.

W ocenie składu orzekającego różnica w sposobie realizacji tego postanowienia w stosunku do pierwszego etapu polegać ma na tym, że o ile w etapie I pracę i dostępność biura zapewniać mają min. 2 osoby jednocześnie tj. min 1 osoba jako personel biurowy i min. 1 osoba jako personel pomocniczy, to na etapie II obowiązek ten może być realizowany jednocześnie przez 1 z tych osób i osoby te mogą się wymieniać, niemniej jednak stale, tj. przez cały czas otwarcia biura w godz. 7.00-15.00, obecna w biurze powinna być jedna z tych osób. Zgodnie z udzielonymi przez Odwołującego wyjaśnieniami, nie zamierza on w ten sposób zabezpieczyć pracy i dostępności biura. W tym miejscu zgodzić należy się z Zamawiającym, że nie chodzi tylko o to, aby w biurze był ktoś dostępny i aby biuro było po prostu otwarte lecz chodzi o zapewnienie pracy biura, tj. obecność osoby która w razie potrzeby wykona określone czynności biurowe opisane w OPZ. Z tego względu nie można przychylić się do stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym praca biura zostanie zapewniona „np. poprzez zaangażowanie pozostałych Ekspertów”. W tym kontekście, w ocenie składu orzekającego treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ Odwołujący, wbrew swoim twierdzeniom na rozprawie, zaoferował inny sposób wykonania zamówienia w zakresie w jakim odnosi się do sposobu zapewnienia pracy i dostępności biura na etapie przeglądu i rozliczenia kontraktu.

Odnosząc się do kwestii zaoferowania „dodatkowego personelu biurowego” wskazać należy, że okoliczność ta nie wynika wprost z treści oferty Odwołującego lecz została ujawniona dopiero na etapie udzielonych wyjaśnień, dodatkowo w odpowiedzi na drugie wezwanie. Z tego powodu ciężko oprzeć się wrażeniu, że wyjaśnienia te są elementem przyjętej przez Odwołującego strategii mającej na celu utrzymanie jego oferty w przedmiotowym postępowaniu. Nie sposób bowiem nie dostrzec, że zgodnie z pkt 2.1. OPZ wykonawcy byli uprawnieni do skierowania w ramach personelu biurowego i personelu pomocniczego więcej niż 1 osobę na każdym z etapów realizacji kontraktu. Zatem jeśli w okresie przeglądu i rozliczenia intencją Odwołującego było zapewnienie pracy i dostępności biura przez więcej niż dwie osoby personelu biurowego i pomocniczego, mógł w taki sposób zaoferować wykonanie tego zakresu zamówienia i dać temu wyraz w Formularzu cenowym. Nie było więc potrzeby tworzenia nowej kategorii personelu, nieznanej SIWZ. Kwestia ta nie miała by tak doniosłego znaczenia, gdyby wycena pracy tego dodatkowego personelu biurowego nastąpiła w miejscu do tego przeznaczonym tj. w poz. 4.3 i 4.4 Formularza cenowego. Natomiast Odwołujący dokonał tej wyceny w poz. 2.2 Formularza ofertowego, przeznaczonej do wyceny usługi zarządzania i nadzoru, podczas gdy zgodnie ze wzorem Formularza cenowego personel biurowy i pomocniczy miały być wycenione dla etapu przeglądu i rozliczenia w poz. 4.3 i 4.4 jak wskazano powyżej.

Reasumując powyższe stwierdzić należy, że wobec stworzenia nieznanej SIWZ kategorii „dodatkowego personelu biurowego” i wyceny tego personelu w miejscu formularza cenowego zadedykowanej wycenie usługi zarządzania i nadzoru, a także ujawnienia tej okoliczności dopiero w odpowiedzi na drugie wezwanie do wyjaśnień, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego była prawidłowa.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1) 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: