

WYROK
z dnia 22 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2021 r. przez odwołującego „Industry Personnel Services” Sp. z o.o. we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Obrót S.A. w Rzeszowie przy udziale wykonawcy Outworking S.A. w Poznaniu przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy Outworking S.A. w Poznaniu ze względu na zaferowanie w ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz powtórzenie badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego PGE Obrót S.A. w Rzeszowie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego „Industry Personnel Services” Sp. z o.o. we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego PGE Obrót S.A. w Rzeszowie na rzecz odwołującego „Industry Personnel Services” Sp. z o.o. we Wrocławiu kwotę 18 600,00 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019, poz. 2020) 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:

.....

U z a s a d n i e

wyroku z dnia 22 czerwca 2021 r. w sprawie o sygn. akt: 1408/21

Zamawiający – PGE Obrót S.A. ul. 8-go Marca 6, 35-959 Rzeszów, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zakup usługi pozyskania zasobów pracowniczych”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 251-633646, zwane dalej „postępowaniem”.

Izba ustaliła, że postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 10 maja 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca „Industry Personnel Services” Sp. z o.o. ul. Gwiazdzista 66 53-413 Wrocław (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez bezzasadne zaniechanie czynności odrzucenia ofert wykonawcy Outworking, pomimo tego, iż przedstawione przez ww. wykonawcę wyjaśnienia z dnia 19.04.2021 r. oraz złożone dowody są zbyt ogólne i lakoniczne, aby uznać, że zostały złożone w sposób czyniący zadość obowiązkowi z art. 90 ust. 3 Pzp, przez co potwierdziły, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez bezzasadne zaniechanie czynności odrzucenia ofert wykonawcy Outworking, pomimo tego, iż przedstawione przez ww. wykonawcę wyjaśnienia z dnia 19.04.2021 r. oraz złożone dowody pomijają część pozycji niezbędnych do realizacji zamówienia;
3. art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Outworking, który do złożonych wyjaśnień, pomimo wezwania Zamawiającego, nie dołączył dowodów potwierdzających, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie wykazał i nie udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Outworking jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo, że oferta ww. wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp;

5. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechania dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SWZ, spośród ofert złożonych w Postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący żądał nakazania zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty wykonawcy Outworking S.A. w Poznaniu (zwanego także „Outworking”) z uwagi na rażąco niską cenę na podstawie art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. oraz dokonania wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Wezwaniem z dnia 15.04.2021 r., na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p., zamawiający zobowiązał wykonawcę Outworking do złożenia wyjaśnień oraz dowodów dotyczących ceny i kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Outworking przedstawił bardzo lakoniczne wyjaśnienia z dnia 19.04.2021 r., załączając do wyjaśnień wyłącznie załączniki dotyczące potwierdzenia wysokości kosztów związanych z badaniami medycyny pracy, a tym samym nie obalił domniemania, że zaproponowana w ofercie cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.

Na pierwszej stronie swoich wyjaśnień Outworking wskazuje, iż znajduje się w szczególnej sytuacji, bowiem aktualnie realizuje tożsamą umowę dla zamawiającego, jednakże nie wskazuje jak konkretnie wpływa to na możliwość zaoferowania ceny konkurencyjnej w porównaniu do innych wykonawców. Twierdzi, że nie będzie ponosił kosztów inicjalnych, jednak nie wskazuje ich wysokości, nie przedstawia żadnych dowodów. Wykonawca wskazuje również na sprzyjające okoliczności, które mają przekładać się na oszczędności w realizowanym zamówieniu, tj. współpraca z zamawiającym od blisko 18 miesięcy, dokonanie częściowej wymiany kadry oraz zbudowanie bazy kandydatów. Żadna z tych okoliczności nie stanowi przewagi konkurencyjnej nad innymi wykonawcami, ponieważ większość podmiotów działających na rynku usług pracy tymczasowej prowadzi bazy kandydatów. Wykonawca nie przedstawił także żadnego dowodu na fakt prowadzenia bazy kandydatów oraz liczby kandydatów w niej zawartych. Zaś współpraca z zamawiającym niejako z urzędu wymusi częściową rotację pracowników tymczasowych z uwagi na fakt, iż zgodnie z przepisami pracownik tymczasowy nie może u jednego pracodawcy użytkownika pracować dłużej, niż 18 miesięcy w okresie 36 miesięcy. Rotacja będzie wymagała przeprowadzenia dodatkowych rekrutacji. Ponadto, wykonawca nie wskazał chociażby liczby osób, która dotychczas została wymieniona. Na te okoliczności wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów. Nie uwzględniono także faktu, iż zamawiający przewidział obowiązek przejścia dotychczasowych pracowników tymczasowych zatrudnionych u pracodawcy użytkownika przez nowy podmiot (za zgodą pracowników).

Odwołujący dodał, że wykonawca Outworking w swoich wyjaśnieniach jednoznacznie potwierdza, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę z uwagi na nieuwzględnienie istotnych elementów kosztotwórczych swojej oferty. W zdaniu pod tabelą wskazuje, iż oferuje jedynie marżę godzinową na pokrycie: procesu rekrutacji, dedykowanego koordynatora, obsługi KIP, przewidziane profity dla pracowników APT i zysk spółki. Zatem pomija zupełnie inne składniki cenotwórcze wynikające ze sposobu realizacji zamówienia opisanego w ofercie wykonawcy (zasady współpracy zamawiającego z wykonawcą). W zasadach współpracy zaproponowano następujący zespół osób realizujących różne obowiązki: 1. kierownik kontraktu (1 osoba) - osoba dedykowana do obsługi zamawiającego, wyznaczona przez Outworking, pracownik ten będzie koordynował pracę pomiędzy centralą Outworking, PGE, koordynatorami/konsultantami i pracownikami, 2. koordynatorzy terenowi (6 osób) przydzieleni do każdego z zadań (6 zadań wskazanych przez PGE), którzy będą dbali o realizację kontraktu zgodnie z umową - pracownicy pod nadzorem kierownika kontraktu, 3. konsultanci lokalni - pracownicy wyznaczeni spośród zespołu pracowników w każdej lokalizacji, którzy pełnią funkcję pomocniczą wobec konsultantów terenowych. Szczegółowy zakres obowiązków przypisany do poszczególnych funkcji/ról został opisany w załączniku nr 1 do odwołania i wynika z zasad współpracy zamawiającego z wykonawcą zawartych w ofercie wykonawcy. Poza zespołem projektowym przewidziano również zapewnienie specjalistów kadr i płac do obsługi projektu, których ilość zależy będzie od ilości zatrudnionych osób. Zajmą się oni naliczaniem wynagrodzeń i weryfikacją dokumentów kadrowych w porozumieniu z zespołem projektowym. Ponadto wykonawca przewiduje powoływanie w sytuacjach kryzysowych tzw. zespołu zadaniowego. Natomiast w swoich wyjaśnieniach, w zakresie kosztów osobowych, jedynie lakonicznie wskazał, iż „w związku z posiadaniem zespołu koordynatorów doświadczonych w realizacji usług na rzecz Zamawiającego, spółka oszacowała koszt wymaganego, dedykowanego koordynatora (RD Łódź) oraz obsługi KIP na 0,20 zł do rbg (5011,20 zł/ m-c). Pozostałe czynności w obsłudze zamówienia tj. podpisanie umów, naliczenie wynagrodzeń, wypłata wynagrodzeń realizowane są przez koordynatorów lokalnych w ramach ich standardowych obowiązków.”.

Z powyższego wynika dla odwołującego, iż wykonawca Outworking nie uwzględnił w wyjaśnieniach kosztu kierownika projektu, pozostałych koordynatorów terenowych (poza koordynatorem (RDŁódź) oraz konsultantów lokalnych. Jednocześnie nie przedstawiono żadnych dowodów oraz sposobu ustalenia wynagrodzenia dedykowanego koordynatora (RD Łódź) oraz kosztów KIP (najprawdopodobniej kadry i płace) przyjmując, że wynoszą one 0,20 zł do rbg (5011,20 zł m-c), łącznie dla KIP i koordynatora (RD Łódź). Jak również w swojej ofercie Outworking nie wskazał funkcji „koordynatorów lokalnych”, tylko „koordynatorów terenowych” i „konsultantów lokalnych”, w związku z tym nie wiadomo, której funkcji dotyczy to wyjaśnienie, zwłaszcza, że np. naliczanie wynagrodzeń zostało przypisane

do specjalistów ds. kadr i płac. Gdyby nawet przyjąć, że wszystkie inne czynności w obsłudze zamówienia są realizowane przez pracowników w ramach ich standardowych obowiązków, to i tak wykonawca nie przedstawił jakiego rzędu to są koszty (bezpośrednio związane z realizacją zamówienia) oraz nie przedstawił żadnych dowodów, np. w postaci umów czy zakresów obowiązków, pozostałych osób zaangażowanych w realizację, które potwierdziłyby, że czynności zidentyfikowane w zakresie obowiązków poszczególnych funkcji są podstawowymi obowiązkami tych osób. Wysoce wątpliwe wydaje się również, aby w szczególności konsultanci lokalni, którymi według oferty wykonawcy mają być pracownicy wyznaczeni spośród zespołu pracowników w każdej lokalizacji, czyli pracownicy tymczasowi, wykonywali obowiązki konsultantów terenowych nieodpłatnie (bez dodatkowego wynagrodzenia). Zgodnie bowiem z dokumentami postępowania wszyscy pracownicy tymczasowi mają dla pracodawcy użytkownika pracować w systemie 8 godzin dziennie, niezależnie od formy zatrudnienia (umowa o pracę, umowa zlecenie), co oznacza, że w tym czasie będą wykonywali obowiązki na rzecz pracodawcy użytkownika i tylko ze te czynności pracodawca użytkownik będzie płacił wykonawcy. W zakres wynagrodzenia nie będzie wliczany czas jaki pracownik poświęcił na realizację innych zadań niż zadania realizowane na rzecz pracodawcy użytkownika. Zatem za dodatkowe czynności związane z realizacją zamówienia i pełnienie funkcji konsultanta lokalnego wynagrodzenie powinien sfinansować wykonawca. Tego kosztu wykonawca Outworking nie uwzględnił w swojej ofercie.

Dalej odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach nie uwzględniono kosztu zaoferowanego pełnienia tzw. stałego dyżuru w przypadku zadania Contact Center. Na stronie 3 zasad współpracy zamawiającego z wykonawcą Outworking wskazał, iż „W przypadku zadania Contact Center oraz lokalizacji, w których poziom zatrudnienia przekroczy 45 osób, zostanie przydzielony konsultant lokalny, który będzie wspomagał działania koordynatora oraz organizował pracę zgodnie z rozpisany zakres obowiązków. Konsultant ten będzie pracował w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego - dyżur stały”. W dokumentacji postępowania zamawiający nie wymagał pełnienia stałych dyżurów przy zadaniu Contact Center, a jedynie w lokalizacjach, w których poziom zatrudnienia przekroczy 50 osób. Zaoferowanie dodatkowego stałego dyżuru również generuje koszty po stronie wykonawcy, których nie uwzględnił on w cenie oferty (marży), a należą one do kosztów wytworzenia usługi. Wykonawca Outworking nie uwzględnił również kosztów osobowych, ani kosztów dojazdu w zakresie pełnienia dyżurów systematycznych, w ilości dwa razy większej niż tego wymagał zamawiający. Wykonawca zaoferował dwa dwugodzinne dyżury w każdym miesiącu w lokalizacjach z zatrudnieniem w przedziale 19-45 osób (zamawiający wymagał min 1 dyżuru dwugodzinnego w każdym miesiącu w lokalizacjach z zatrudnieniem w przedziale 20-50 osób). Zaś realizacja zamówienia w kilku lub w kilkunastu lokalizacjach oraz obowiązek odbywania spotkań

z zamawiającym wymaga poniesienia kosztów dojazdów, których wykonawca nie uwzględnił w cenie oferty, ani nie przedstawił żadnych dowodów, że nie ponosi tych kosztów.

Odwołujący argumentował także, iż w świetle wymagań stawianych przez ustawodawcę w art. 90 ust. 2 p.z.p., nie sposób uznać za wystarczające lakoniczne stwierdzenie wykonawcy, że: „Pozostałe koszty na które składają się koszty związane z profitami dla pracowników, nieprzewidziane koszty finansowania, obsługi przelewów oraz inne, które mogą wystąpić podczas realizacji zamówienia spółka przewidziała rezerwę w kwocie 0,07 zł do rbg (1753,92 zł/m-c)”, za udowodnienie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W zasadach współpracy zamawiającego z wykonawcą Outworking przewiduje szereg instrumentów, które generują koszty po jego stronie, a nie są finansowane przez zamawiającego, m.in.: przyznawanie świadczeń pozapłacowych oraz premii uznaniowych - składniki wypłacane z marży Outworking, cytrusowe środy - powstanie dodatkowych kosztów, możliwość zrealizowania zastępstwa z wykorzystaniem zasobów już pracującego zespołu wykorzystując możliwość pracy w nadgodzinach - powstają dodatkowe koszty, proponowane premie finansowe - premia za wypełnienie grafiku zgodnie z ustaleniami, premia za codzienna logowanie się do systemu i potwierdzanie swojej obecności, premia uzyskiwana jako wysokość dopłaty do świadczeń pozapłacowych oferowanych w Outworking, jak również ubezpieczenie medyczne (Lux Med lub Medcover), ubezpieczenie grupowe (Pramerica, PZU), karta sportowa (Multisport), lub możliwość wypożyczenia sprzętu sportowego w razie zamknięcia obiektów sportowych, dofinansowanie dojazdów. W odniesieniu do tych instrumentów i kosztów z nimi związanych wykonawca odniósł się jedynie stwierdzeniem „koszty związane z profitami dla pracowników”, nie wskazując jaka jest wysokość tych kosztów i jak zostały one wyliczone. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów dotyczących przedmiotowych kosztów. Ponadto niezrozumiałe i wysoce wątpliwe jest stwierdzenie wykonawcy Outworking, że będzie zgłaszał wystawiane do zamawiającego faktury do firmy faktoringowej, jednak dodatkowe koszty „zewnętrznego finansowania” byłyby ponoszone jedynie wówczas, gdyby spółka występowała z tego tytułu do faktora o środki. Obecna sytuacja kapitałowa spółki nie wymaga takiego działania i tym samym nie są z tego tytułu ponoszone koszty.

W ocenie odwołującego budzi wątpliwość również rzetelność wykazania kosztów związanych z badaniami lekarskimi w zakresie medycyny pracy, ponieważ nie jest wiadomym czy cena 80,00 zł to cena jednie za wystawienie zaświadczenia za badania profilaktyczne, czy również obejmuje cenę np. badania okulistycznego lub badania laryngologicznego. Nie bez znaczenia dla analizowanej sprawy może pozostawać fakt, iż podmiot, który przeprowadza badania i wystawia zaświadczenia od 01.07.2020 r. posiada status działalności zawieszonyj. Biorąc pod uwagę, iż status taki widnieje w CEIDiG do dnia dzisiejszego wątpliwe są jego faktury jako dowody w zakresie rażąco niskiej ceny, mogą one

co najwyżej stanowi dowody w postępowaniu skarbowym. Odwołujący dodał, że wykonawca Outworking w swoich wyjaśnieniach nie odniósł się również do pozostałych kosztów, które niewątpliwie powstaną w trakcie realizacji zamówienia, takich jak: koszty korespondencji, koszty transportu (przejazdów).

Zdaniem odwołującego wyjaśnienia nie obalają domniemania wystąpienia w ofercie rażąco niskiej ceny, a wręcz potwierdzają, iż kalkulując cenę oferty (marżę) wykonawca Outworking nie uwzględnił wielu czynników kosztotwórczych, co może wskazywać, iż będzie świadczył usługę poniżej kosztów jej wytworzenia. Pominięcie obowiązków w zakresie szczegółowości opisanego okoliczności pozwalających obniżyć cenę realizacji zamówienia przez Outworking i wykazania ich konkretnego wpływu na możliwość obniżenia ceny, poprzez wykazanie szczegółowych niewątpliwych kalkulacji wszystkich elementów cenotwórczych, a przede wszystkim przedstawienia rzetelnych i adekwatnych do okoliczności sprawy dowodów potwierdzających wysokość elementów cenowych, prowadzi do jedyne wniosku, powodującego konieczność stwierdzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny. Z okoliczności sprawy wynika, że zamawiający w ogóle nie zbadał rzetelności informacji zawartych w wyjaśnieniach, przez co w sposób nieprawidłowy przeprowadził procedurę badania ceny oferty wykonawcy Outworking, a w konsekwencji dopuścił się naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 2 i 3 p.z.p.

W związku z powyższym, zamawiający mimo wezwania wykonawcy Outworking do złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie sposobu wyliczenia ceny jego oferty, powinien odrzucić jego ofertę jako zawierającą rażąco niską cenę. Wyjaśnienia zawierające informacje nierzetelne, wybiórcze, częściowo wewnętrznie sprzeczne jedynie potwierdziły, że podana cena jest rażąco niska. Zatem zamawiający zaniechawszy czynności odrzucenia oferty Outworking dopuścił się również naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. art. 90 ust. 2 p.z.p.

Wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Outworking był niedopuszczalny i został dokonany wbrew przepisom ustawy p.z.p. oraz w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ wszystkie wymienione w niniejszym odwołaniu argumenty przesądzają o zasadności podniesionych zarzutów, a tym samym skutkują koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy Outworking na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 p.z.p. Wybór najkorzystniejszej oferty jest bowiem związany z koniecznością prawidłowego przeprowadzenia badania i oceny ofert, a tym samym z obowiązkiem dokonania przez zamawiającego odrzucenia ofert i wykluczenia wykonawców wobec ziszczenia się ustawowych przesłanek do podjęcia takich czynności.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego stanowisku procesowym, a także zasądzenie od odwołującego kosztów zastępstwa procesowego.

Mając na uwadze datę wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do postępowania odwoławczego – zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020) – znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), dalej zwanej „n.p.z.p.”.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 n.p.z.p. skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Outworking S.A. ul. Langiewicza 2/10, 61-502 w Poznań (dalej zwanego „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 n.p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 n.p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 528 n.p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto, w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 n.p.z.p.

Stan faktyczny sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, osią sporu była ocena czy decyzja zamawiającego o wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu była prawidłowa, ponieważ odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie jej odrzucenia na podstawie art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., a w konsekwencji naruszenie art. 91 ust. 1 p.z.p.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości. W konsekwencji Izba

nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty przystępującego, jej odrzucenie ze względu na zaoferowanie ceny rażąco niskiej oraz powtórzenie badania i oceny ofert w postępowaniu.

Na wstępie należy zaznaczyć, że wskazana w art. 90 ust. 3 p.z.p. sankcja odrzucenia oferty jest bezpośrednio związana z procedurą wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny na wezwanie zamawiającego, uregulowaną w art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p., a także obowiązkiem wykonawcy wynikającym z art. 90 ust. 2 p.z.p. – "obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy". Celem postępowania wyjaśniającego sposób kalkulacji ceny jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia – procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Zaś wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (art. 90 ust. 2 p.z.p.), ponieważ brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.

Natomiast w rozpoznawanym sporze, pomimo treści wezwania zamawiającego, zgodnie z którym oczekiwano przedstawienia szczegółowych założeń, które przystępujący przyjął na etapie kalkulowania oferty, złożono wyjaśnienia o charakterze nieprzydatnym dla określenia kosztów przyjętych w cenie oferty, bez poparcia ich wiarygodnym materiałem dowodowym. Wykonawca nie wykazał, że cena jego oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy, co jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu na kanwie art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem 20 SIWZ pn. opis kryteriów i sposób oceny ofert, zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą zaproponowanego przez wykonawcę opisu sposobu świadczenia usługi, tzw. zasad współpracy wykonawcy z zamawiającym. Dokument ten był oceniany w jakościowym kryterium pozacenowym o wadze 25% z lit. b2 rozdział 20 SIWZ. Zamawiający ocenił oferowany sposób świadczenia usługi opisany w dokumencie zasad współpracy pod kątem jego kompletności, sprawną komunikację i zarządzanie pracownikami, sprawną komunikację pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, efektywne sposoby zarządzania sytuacjami kryzysowymi, przyznając wykonawcy punkty zgodnie ze szczegółowymi wytycznymi wskazany w SIWZ. Przystępującemu przyznano 25 punktów w tym kryterium, komisja oceniała treść złożonego wraz z ofertą dokumentu zasad współpracy, zgodnie z ocenami kryteriów pozacenowych znajdującymi się w aktach postępowania.

Dalej skład orzekający ustalił, że pismem z dnia 15 kwietnia 2021 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny. Oprócz powołania

się na treść art. 90 ust. 1 p.z.p. zamawiający wskazał w wezwaniu, że należy mu przedstawić szczegółowy sposób wyliczenia ceny oferty (marży) z uwzględnieniem wszystkich składników cenotwórczych opisanych w ofercie (zasady współpracy zamawiającego z wykonawcą) w zakresie ilości zamówionych osób, stawki za 1 rbh, średniej liczby godzin w miesiącu wg kalendarza, średniej liczby godzin absencji na pracownika w miesiącu oraz średniego wypracowania godzin przez jednego pracownika w miesiącu. Pouczono także wykonawcę o treści art. 90 ust. 2 p.z.p. Przystępujący złożył wyjaśnienia z dnia 16 kwietnia 2021 r. załączając do nich jako dowody trzy faktury VAT na okoliczność wysokości posiadanych stawek za badania lekarskie. Z materiału dowodowego wynika zatem, że wezwanie zamawiającego było precyzyjne – zamawiający zobligował przystępującego do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny ofertowej ze szczegółowym sposobem wyliczenia ceny, który uwzględnia wszystkie składniki opisane w punktowanym sposobie realizacji umowy, tj. w zasadach współpracy zamawiającego z wykonawcą.

Odwołujący zbudował swoją argumentację na porównaniu dokumentu zasad współpracy zamawiającego z wykonawcą, który przystępujący przedłożył w ramach oceny w kryterium jakościowym, w korelacji ze złożonymi przez przystępującego wyjaśnieniami sposobu obliczenia ceny. Już wstępna lektura obu dokumentów prowadzi do wniosku, że nie wyceniono w wyjaśnieniach wszystkich elementów zaoferowanego sposobu realizacji umowy, a także, że wyjaśnienia i zasady współpracy nie są ze sobą spójne. Trafnie więc zarzucono, iż wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny nie dają podstaw do przyjęcia, że cena oferty uwzględnia wszystkie elementy kosztotwórcze zaproponowanego sposobu realizacji umowy, skoro w omawianych wyjaśnieniach ani nie odniesiono do wszystkich składników cenotwórczych, ani ich prawidłowo nie wyjaśniono.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że zaoferowany sposób wykonania zamówienia wskazuje na zespół pracowników (kierownika kontraktu, konsultantów terenowych i lokalnych koordynatorów, zgodnie z zakresem obowiązków określonych na str. 2 i 3 zasad współpracy, w tym zaoferowano dyżur stały w ramach contact center, o ile w danej lokalizacji poziom zatrudnienia przekroczy 45 osób), co nie pokrywa się z wyjaśnieniami sposobu kalkulacji ceny, gdzie wskazano na uwzględnienie kosztu dedykowanego koordynatora (RD Łódź) i obsługę KIP (5011,20 zł miesięcznie). Pomijając już brak spójności nomenklatury dotyczącej nazw stanowisk poszczególnych członków zespołu projektowego, czyli brak możliwości sprawdzenia czy wyceniono wszystkie stanowiska wskazane w sposobie realizacji umowy, przystępujący wskazał na koszt całego zespołu podając miesięczny ryczałt za całość kosztu osobowego, co czyni tak określoną wartość pozycją nieweryfikowalną.

Z wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny i z zaoferowanego sposobu realizacji zamówienia jednoznacznie wynika, że umowę ma realizować zespół składający się z kilku

członków, przystępujący bowiem wskazując na zasób osobowy posługuje się liczbą mnogą. Odwołujący w wyjaśnieniach przyjął, że nazwa danego stanowiska oznacza zatrudnienie jednej osoby, czyli będzie to co najmniej siedem osób (kierownik kontraktu i sześciu koordynatorów terenowych). Natomiast zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że przystępujący w żadnym miejscu nie zaoferował sześciu koordynatorów terenowych, jak również zamawiający nie żądał, aby tych koordynatorów było sześciu. Wykonawca był zobowiązany wskazać koordynatora do każdego zadania, ale brak jest jakichkolwiek przeszkód, żeby tą funkcję pełniła nawet jedna osoba (*vide* str. 2 odpowiedzi na odwołanie).

Z powyższego wynika, że po pierwsze – zamawiający nie wie ilu członków liczy zespół projektowy zaoferowany w cenie przystępującego. Nie ma żadnej wiedzy jakie koszty generuje określony w ofercie zasób kadrowy, ponieważ nie wiadomo jak zespół projektowy miałby zostać skonstruowany, ani jakie warunki pracy i płacy posiadają osoby, które będą realizować zamówienie. Zamawiający brak informacji w tym zakresie, brak faktów z wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, próbuje skorygować hipotezami, co jedynie dobitnie ujawniło, że nie jest on w stanie zanegować założeń odwołującego, ponieważ nie ma wiedzy z wyjaśnień kalkulacji ceny w jaki sposób cenę kosztów osobowych wyceniono w ofercie przystępującego. Po wtóre – wskazanie na ryczałtowy, skumulowany koszt osobowy, bez podania w wyjaśnieniach szczegółowych założeń dotyczących tego składnika cenowego, nie pozwala na zweryfikowanie co się w nim mieści, tj., skoro zamawiający nie wie nawet ilu koordynatorów miałoby realizować umowę, to nie wie, czy wyceniono koszty osobowe na właściwym poziomie. Na podstawie wyjaśnień nie można ustalić, czy koszty poszczególnych koordynatorów wyceniono w realnej kwocie oraz czy wynagrodzenie uwzględnia stawki minimalne określone w ustawie z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu z pracą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2207) zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Dziwi zatem stanowisko zamawiającego o rzetelnych i przekonujących wyjaśnieniach, skoro główne koszty realizacji zamówienia – które dotyczy wykonywania usługi agencji pracy tymczasowej – czyli koszty zespołu projektowego, nie zostały wyjaśnione. Zamawiający na podstawie otrzymanej kalkulacji w żaden sposób nie był w stanie ich zweryfikować, ponieważ zabrakło w wyjaśnieniach faktycznego wskazania podstawy wyliczenia kosztu osobowego. Wyjaśnienia przystępującego odbiegają od standardu staranności, ciężko je nawet nazwać wyjaśnieniami, bowiem w istocie zgrupowanie kosztu zespołu projektowego w jedną pozycję niczego nie wyjaśniało. Wykonawca, który jest profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, powinien dokładać należytej staranności na wszystkich etapach postępowania oraz adekwatnie reagować na wezwania zamawiającego. W miejsce precyzyjnego wyliczenia przedstawiono zbiorowe oszacowanie kosztów osobowych, co pozwoliło na niewątpliwe ustalenie w zakresie tego, czy wyjaśnienia powinny skutkować uznaniem ceny

za rażąco niską – nie ze względu na to, co się w nich znalazło, a ze względu na to, czego w nich nie ujęto.

Ponadto, w wyjaśnieniach wskazano, że część czynności w obsłudze zamówienia przez koordynatorów lokalnych jest realizowana w ramach standardowych obowiązków pracowników przystępującego. O ile warunki zamówienia nie wskazują na konieczność przypisania danych pracowników wyłącznie do kontraktu z zamawiającym, to rolą wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny jest określenie jednostki miary wykonywanych zadań oraz przyporządkowanej do niej kwoty wynagrodzenia wykonawcy, a także wskazanie na relację pomiędzy tymi wartościami. Wyjaśnienia ceny zawierające gołosłowne zapewnienia o mieszczeniu się kosztów pracowniczych w ogólnych kosztach prowadzenia przedsiębiorstwa nie spełniają tej roli, ponieważ nie pozwalają na ustalenie jaka część wynagrodzenie konkretnych pracowników, związana z jakim szacunkiem partycypacji czasu poświęconego na realizowanie zamówienia w odróżnieniu od innych obowiązków, została przez przystępującego oszacowana i uwzględniona w cenie oferty. Samo wskazanie, że pracownicy będą realizować inne kontrakty może być elementem wyjaśnień, które zwierają konkretne dane liczbowe pozwalające na ustalenie czy szacunek jest rzeczywisty, nie stanowią natomiast substytutu takich danych. Wykonawca nie może zastąpić wyjaśnień kalkulacji ceny twierdzeniami, które sprowadzają się do tego, że koszty kadrowe amortyzuje się w innych kontraktach.

Skład orzekający podzielił także stanowisko odwołującego, że z wyjaśnień przystępującego nie wynika, aby w cenie zawarto dyżur w contact center, co wskazano w zasadach współpracy z zamawiającym, więc należało to uwzględnić w cenie oferty. Nawet jeżeli obecnie nie ma lokalizacji przekraczającej 45 osób, to zaoferowano to w punktowym sposobie realizacji zamówienia i należało ten składnik wycenić. Ponadto, złożone wraz z wyjaśnieniami trzy faktury VAT nie mogą stanowić właściwego materiału dowodowego wskazującego na realność zaoferowanej ceny, ponieważ podmiot je wystawiający, zgodnie z danymi z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, posiada od 1 lipca 2020 r. zawieszoną działalność gospodarczą (faktury są z 30.11.2020 r. i 30.01.2021 r.), zatem mając na uwadze art. 25 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo Przedsiębiorców (Dz. U. z 2021 r. poz. 162) są one nieprzydatne dla wykazania, że wykonawca będzie posiadał taką cenę za badania lekarskie w terminie wykonywania umowy dla zamawiającego. Izba nie podzieliła natomiast argumentacji odwołującego o braku wycenienia świadczeń pozapłatowych i premii dla pracowników, ponieważ zgodnie z wyjaśnieniami przystępującego pozostałe koszty związane z profitami dla pracowników zawarto w pozycji rezerwa (inne koszty) w kwocie 1 753,92 zł miesięcznie.

Dowody złożone przez zamawiającego i przystępującego na rozprawie są w ocenie składu orzekającego dowodami spóźnionymi, ponieważ jak trafnie wskazano w wyroku Sądu

Okręgowego w Warszawie z dnia 7 października 2020 r., sygn. akt: XXIII Ga 1131/20, dowodzenie w zakresie realności zaoferowanej ceny może się odbywać wyłącznie na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Podstawą oceny przez Krajową Izbę Odwoławczą, a następnie Sąd Okręgowy zasadności zarzutu odrzucenia oferty z powodu niewykazania, że cena oferty jest prawidłowa są tylko i wyłącznie wyjaśnienia wykonawców przesłane zamawiającemu na jego wezwanie, w terminie wskazanym do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w oparciu o te wyjaśnienia dokonuje oceny ceny ofertowej, a Izba, a następnie Sąd bada prawidłowość tej czynności zamawiającego w świetle uzyskanych wyjaśnień. (...) Składanie przez skarżącego dopiero przed Izbą dodatkowych wyjaśnień i przedstawianie nowych argumentów w celu wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny nie może być więc wzięte pod uwagę ani przez KIO, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy.

Zatem jedynie na marginesie Izba zauważa, że dowody te i tak byłyby nieprzydatne dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia rozpoznawanego sporu, który dotyczy *stricte* oceny treści wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego. Wcześniejsza umowa jedynie świadczy, że strony zawarły kontrakt o wskazanej treści, który jest realizowany, co nie oznacza, że składając nową ofertę w nowym przetargu właściwie obalono domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Poza tym, gdyby można było oprzeć realność oferowanej ceny wyłącznie na fakcie, że wykonawca już realizował umowę dla zamawiającego, to ustawodawca zwolniłby takie podmioty z konieczności udowodnienia wysokości swojej ceny. Może to być jedynie argumentacja pomocnicza, jednakże w sporze, gdy podważana jest treść konkretnych wyjaśnień ceny, wcześniejsze kontrakty nie spowodują, że można konwalidować zawartość wyjaśnień kalkulacji ceny oferty, jedynie z tego powodu, że zamówienie na rzecz zamawiającego było już wykonywane. Formularze wyceny i oferty cząstkowe z innych postępowań są także nieprzydatne dla ustalenia relewantnych faktów, ponieważ nie są w żaden sposób, nawet luźny związane z rozpoznawanym sporem.

Skład orzekający wskazuje również, że w ustalonym stanie rzeczy nie byłoby możliwe ponowne wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny. Izba podziela utrwalone w orzecznictwie stanowisko, że ponowne wezwanie nie jest co do zasady wykluczone, tym niemniej możliwość żądania od wykonawcy doprecyzowania elementów kalkulacji lub udzielenia szerszych informacji w zakresie pierwotnie przekazanych wyjaśnień, jest uzasadniona jedynie w przypadku szczegółowego i rzetelnego udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień na pierwsze żądanie. Powtórzenie wezwania musi wynikać więc z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie pierwszych wyjaśnień, a ponawianie wezwania nie może następować w sytuacji, gdy wyjaśnienia są niekompletne, lakoniczne, czy nie zawierają odpowiedzi na wszystkie pytania zamawiającego. Kolejne wezwania nie mogą zatem stanowić *de facto* przywrócenia terminu na złożenie wyjaśnień,

które należało złożyć już na pierwsze wezwanie. Takie działanie naruszałoby uregulowaną w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasadę generalną zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z dnia 2 grudnia 2020 r., sygn. akt: II Ca 915/20, ponowne wezwanie powinno być wystosowane w sytuacji, gdy zakres wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie odpowiadał temu wezwaniu, a mimo to zrodziły one po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagają dodatkowego wyjaśnienia, doszczegółowienia, ewentualnie udowodnienia. Nie budzi także zastrzeżeń dopuszczalność kontynuowania procedury wyjaśniającej w sytuacji, gdy pierwotne wezwanie zamawiającego było zbyt ogólne i nieprecyzyjne, wykonawca nie powinien bowiem ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania. Zgodzić się trzeba również z tym, że kolejne wezwanie nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty, a także prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. (por. także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 30.05.2018 r. sygn. akt XXIII Ga 255/18). W ustalonym stanie rzeczy nie byłoby zatem podstaw do kontynuacji postępowania wyjaśniającego cenę, bowiem konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie są wyczerpujące i poparte wiarygodnymi dowodami, jest obowiązek odrzucenia oferty, nie zaś ponawianie procedury wyjaśniającej cenę.

Konkludując, skład orzekający stwierdził, że przystępujący nie podołał nałożonemu na niego w wyniku wezwania zamawiającego obowiązkowi przedstawienia rzetelnych i adekwatnych do wskazanego sposobu realizacji zamówienia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny wraz ze złożeniem dowodów potwierdzających wysokość zaoferowanych elementów cenowych, szczególnie w zakresie głównego czynnika cenowego zamówienia, jakim są koszty osobowe zespołu projektowego. Zaś zamawiający zaniechał prawidłowego zbadania wyjaśnień przystępującego i w sposób nieuprawniony wybrał jego ofertę w przetargu, naruszając art. 91 ust. 1 p.z.p., poprzez dokonanie wyboru oferty, która powinna zostać odrzucona (art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.).

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skład orzekający wydał na podstawie art. 575 n.p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit.

b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła zamawiającego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis i koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zasądzone na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Przewodniczący:

.....