

WYROK
z dnia 24 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Magdalena Grabarczyk
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2021 r. przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **BBC Best Building Consultants spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k., Al. Jerozolimskie 155/U3, 02-326 Warszawa** oraz **BBC Best Building Consultants Nadzory i doradztwo budowlane Ł. Z., ul. Gen. Bema 42A, 96-300 Żyrardów,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Kielcach, ul. Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce,**

przy udziale następujących wykonawców:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Promost Consulting sp. z o.o. sp. k., ul. Jana Niemierskiego 4, 35-307 Rzeszów** oraz **Promost Consulting sp. z o.o., ul. Jana Niemierskiego 4, 35-307 Rzeszów,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Firma Inżynierska ARCUS sp. z o.o. sp. k., ul. Kuźnicy Kołłątajowskiej 17i/37, 31-234 Kraków** oraz **Inwestycje Budownictwo, Handel „Inwest-Complex” sp. z o.o., ul. Góry Chełmskiej 15, 44-100 Gliwice,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: BBC Best Building Consultants spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k., Al. Jerozolimskie 155/U3, 02-326 Warszawa oraz BBC Best Building Consultants Nadzory i doradztwo budowlane Ł. Z., ul. Gen. Bema 42A, 96-300 Żyrardów, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od odwołującego: BBC Best Building Consultants spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k., Al. Jerozolimskie 155/U3, 02-326 Warszawa oraz BBC Best Building Consultants Nadzory i doradztwo budowlane Ł. Z., ul. Gen. Bema 42A, 96-300 Żyrardów, na rzecz zamawiającego: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Kielcach, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

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.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Kielcach, ul. Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa obwodnicy Opatowa S74 i DK9”, numer referencyjny: O.Ki.D-3.2413.26.2020.az. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28.12.2020 r., nr 2020/S 252-636756.

Pismem z dnia 13.05.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Promost Consulting sp. z o.o. sp. k. oraz Promost Consulting sp. z o.o.

W dniu 24.05.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: BBC Best Building Consultants spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k., Al. Jerozolimskie 155/U3, 02-326 Warszawa oraz BBC Best Building Consultants Nadzory i doradztwo budowlane Ł. Z., ul. Gen. Bema 42A, 96-300 Żyrardów (dalej: „odwołujący”), zarzucili zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Promost, pomimo sprzeczności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”),
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Promost, pomimo że zawierała rażąco niską cenę lub koszt, a złożone przez konsorcjum Promost wyjaśnienia nie obaliły tego domniemania,
- 3) ewentualnie – art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Promost do złożenia wyjaśnień, pomimo że istotna część składowa ceny, tj. koszt zatrudnienia personelu biurowego i personelu pomocniczego budziła wątpliwości.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„10. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Promost, ponieważ stoi ona w sprzeczności z postanowieniami SIWZ w zakresie wyceny kosztów administracyjnych przeznaczonych na Personel biurowy i Personel pomocniczy w okresie przeglądów i rozliczenia Kontraktu. Ceny jednostkowe ww. personelu w ofercie Promost w okresie przeglądów i rozliczenia Kontraktu nie obejmują bowiem całkowitego koszty wykonania danej pozycji.

11. W SIWZ Tom II IPU – Umowa w § 13 „Ogólne obowiązki Konsultanta” w ust. 4 odnośnie Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego wskazano: „Zamawiający wymaga, aby zatrudnione na podstawie umowy o pracę były osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy, tj.: czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w pkt. 2.1. OPZ”.

12. W SIWZ Tom III OPZ „Opis przedmiotu zamówienia” w punkcie 2 „Wymagania w ppkt. 2.1 „Personel Konsultanta” Zamawiający określił dalsze szczegółowe wymagania dla poszczególnych kategorii Personelu. (...)

16. Z postanowień SIWZ czytanych łącznie wynika zatem, że:

- Personel biurowy i Personel pomocniczy musi być zatrudniony na podstawie umowy o pracę przez cały okres realizacji Umowy, na wszystkich jej etapach,
- Personel biurowy – jako osoby zatrudnione w biurze, odpowiedzialne za prowadzenie biura – musi świadczyć swoje usługi przez 8 godzin dziennie, od poniedziałku do piątku. Postanowienie takie realizuje wymagania dla zatrudnienia takiej osoby na pełen etat.

17. Tymczasem Promost wskazał następujące stawki w ofercie:

- 4.5 – Personel biurowy (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.5) – 1.850,00 zł netto,
- 4.6 – Personel pomocniczy (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.6) – 1.850,00 zł netto.

18. Powyższe stawki nie obejmują kosztu zatrudnienia osoby na pełen etat, jak i kosztów związanych z faktem obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę i zostały określone z naruszeniem bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. (...)

19. Z określonego w pkt 2.1 OPZ obowiązku zapewnienia pracy i dostępności biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 8-16 na wszystkich etapach Kontraktu wynika, że każdy wykonawca powinien ująć koszt zatrudnienia Personelu biurowego i Personelu pomocniczego w okresie „od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności” koszt 1 etatu dla 1 osoby zatrudnione jako Personel biurowy, a zatem kwotę 3.374,00 zł. Promost wskazał jedynie 1.850,00 zł. Daje to niedoszacowanie o kwotę minimum 22.860,00 zł, co stanowi ponad 82% ceny oferty wskazane w punkcie 4.5 Formularza cenowego.

20. Pismem z dnia 22.02.2021 r. Promost został wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp2004 do złożenia wyjaśnień w zakresie cen jednostkowych dla pozycji 1.5, 1.6, 4.5 i 4.6 Formularza cenowego, tj. cen jednostkowych za Personel biurowy i Personel pomocniczy na całym etapie realizacji Zamówienia.

21. W wyjaśnieniach z dn. 1.03.2021 r. Promost wskazał, że w punktach 4.5 i 4.6 Formularza cenowego, tj. pozycjach dla kosztów personelu biurowego i personelu pomocniczego w okresie rozliczenia Kontraktu po wydaniu ostatniego Świadectwa Przejęcia, skalkulował

zatrudnienie Personelu biurowego i Personelu pomocniczego w wymiarze ½ etatu. Dodatkowo Promost wskazał, że Jednocześnie należy zwrócić uwagę na zapis pkt 2.1 Opisu przedmiotu zamówienia mówiący o tym, iż „Personel biurowy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 8-16 na wszystkich etapach Kontraktu”. Zapis ten mówi o takiej organizacji pracy biura przez Personel biurowy, aby funkcjonowało ono w godzinach określonych przez Zamawiającego. Nie oznacza to jednak, że „Personel biurowy ma w tym czasie przebywać cały czas w biurze. [...] w zależności od organizacji pracy może włączyć do pomocy personel pomocniczy i Personel Konsultanta dostępny w okresie przeglądów i rozliczenia Kontraktu”

(por. str. 4 części wyjaśnień stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa) [podkr. TS].

22. Reasumując Promost oświadcza, że zamierza zapewnić dostępność biura nie w części przez Personel biurowy, a w części przez Personel pomocniczy i w części przez Personel Konsultanta.

23. Z taką interpretacją przytoczonych powyżej postanowień OPZ nie można się zgodzić. Przede wszystkim, Zamawiający wymaga zatrudnienia w okresie przeglądów i rozliczenia Kontraktu po 1 osobie z Personelu biurowego i Personelu pomocniczego, przy czym Personel biurowy ma zapewnić funkcjonowanie i realizację obowiązków przez Biuro Konsultanta co najmniej od poniedziałku do piątku w godzinach 8 – 16, tj. co najmniej w wymiarze 40 godzin tygodniowo. W konsekwencji, zatrudnienie 1 osoby jako personelu biurowego w wymiarze 20 godzin tygodniowo jest równoznaczne z tym, że powyższe wymagania Zamawiającego nie zostaną dotrzymane.

24. Warto także zauważyć, że treść przywołanego pkt 2.1 OPZ jednoznacznie wskazuje na to, że to Personel biurowy (a nie jakikolwiek personel wykonawcy) ma zapewnić dostępność Biura konsultanta. Zatem zapewnienie dostępności biura innym personelem niż Personel biurowy w sposób oczywisty narusza treść SIWZ.

25. Co więcej, każda z osób wchodzących w skład personelu wykonawcy w trakcie realizacji Zamówienia ma do wykonania swoje obowiązki. Z tego względu niezasadnym jest założenie, że część obowiązków Personelu Biurowego w okresie po wydaniu ostatniego Świadectwa Przejęcia może zostać przejęta przez inne osoby, np. Personel Konsultanta. (...)

27. Wreszcie należy zwrócić uwagę na to, że zgodnie z przywołanymi wyżej postanowieniami OPZ (pkt 2.1) dostępność Biura Konsultanta nie polega tylko na dostępie do przestrzeni biurowej czy urządzeń biurowych, ale także na wykonywaniu opisanych w OPZ obowiązków przez Personel biurowy (np. takich jak: przyjmowanie korespondencji, skanowanie, kopiowanie, itp.). Jednoznacznie świadczy o tym wyrażenie Personel biurowy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 8-16 na wszystkich etapach Kontraktu. Tymczasem wg Promost praca biura ma być zapewniana tylko w ½ etatu przez Personel biurowy (czyli de

facto 4 godziny dziennie), a w pozostałym zakresie (drugie 4 godzinny) przez inne osoby.

28. Dodatkowo podkreślenia wymaga, że pozostały personel, tj. Personel pomocniczy jak i Personel Konsultanta ma inny zakres obowiązków (por. pkt 2.1, 2.1.1 i 2.1.2 OPZ), w ramach których nie mieszczą się czynności przypisane Personelowi biurowemu. Zatem gdyby przyjąć sposób realizacji zamówienia opisany przez Promost osoby te musiałyby wykonywać inne czynności niż przypisane im w OPZ. To z kolei prowadziłoby do obciążania Zamawiającemu wynagrodzeniem za pracę dla Personelu konsultanta lub Pomocniczego, choć powinno być to wliczone w stawkę ryczałtową dla Personelu biurowego.

29. W konsekwencji, należy uznać, że Promost składając ofertę, z której wynika, że na etapie rozliczenia robót budowlanych będzie zatrudniać po 1 osobie w ramach Personelu biurowego i Personelu pomocniczego, ale w wymiarze ½ etatu, złożył ofertę niezgodną z wymaganiami SIWZ, a w szczególności z warunkami określonymi w punkcie 2.1 OPZ. (...)

35. W dalszej kolejności należy wskazać, że oferta Promost podlegała również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp2004 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp2004, ponieważ zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w zakresie poz. 1.5, 1.6, 4.5 i 4.6 Formularza cenowego.

36. Jak wskazano już we wcześniejszej części uzasadnienia, Zamawiający wymaga zgodnie z § 13 ust. 4 Umowy oraz pkt 2.1 OPZ, aby w okresie prowadzenia robót budowlanych, tj. do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia wykonawca zatrudnił na umowie o pracę 2 osoby jako personel biurowy i 2 jako personel pomocniczy.

37. Dodatkowo, w § 13 ust. 5 Umowy Zamawiający wskazał, że: „Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, przez okres świadczenia Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu”. W tym miejscu należy dodać, że zgodnie z § 13 ust. 4 Umowy, wymóg zatrudnienia na umowę o pracę obejmuje zarówno Personel biurowy jak i Personel pomocniczy.

38. W konsekwencji powyższego oferta Promost powinna zakładać, że w okresie do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia wykonawca ten zatrudni jako personel biurowy i pomocniczy łącznie 4 osoby, każdą na pełen etat. Z tego względu, minimalnym kosztem zatrudnienia jednej osoby w okresie 1 miesiąca realizacji Zamówienia powinna być, zgodnie z przytoczonym Rozporządzeniem, kwota 3.374,00 zł.

39. Pomimo tego, z oferty Promost wynika, że w ramach pozycji 1.5 Formularza cenowego, tj. miesięcznego kosztu zatrudnienia 2 osób jako personelu biurowego w okresie prowadzenia robót, wykonawca przewiduje kwotę 3.700,00 zł, czyli de facto niewiele ponad wynagrodzenie za pełny etat dla 1 osoby. Podobnie sytuacja wygląda w przypadku pozycji 1.6, tj. dla Personelu pomocniczego. W okresie rozliczenia Kontraktu, gdzie wymóg został ograniczony do zatrudnienia po 1 osobie jako Personelu biurowego i pomocniczego,

Promost przewiduje miesięczny koszt zatrudnienia 1 osoby na kwotę 1.850,00 zł (por. pozycje 4.5 i 4.6 Formularza cenowego).

40. W dniu 22.02.2021 r. Zamawiający wezwał Promost do złożenia wyjaśnień w zakresie ww. kwot wskazanych w pozycjach 1.5, 1.6, 4.5 i 4.6 Formularza cenowego. W wyjaśnieniach z dnia 1.03.2021 r. Promost wskazał, że w swoich kalkulacjach założył zatrudnienie jako Personelu pomocniczego i Personelu biurowego osób w ramach skierowania na prace interwencyjnego z Urzędu Pracy. Gdyby zaś nie udało mu się na każde stanowisko pozyskać po 2 osoby z dofinansowaniem, planuje zatrudnić po 1 osobie na każdy etat, a obowiązku drugiej osoby pełnić będą komandytariusze lidera konsorcjum. W ocenie Odwołującego, Promost w swych wyjaśnieniach nie udźwignął wynikającego z art. 90 ust. 2 Pzp2004 obowiązku obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, gdyż zawierają one wyłącznie wysoce hipotetyczne założenia, niepoparte żadnymi dowodami i w żaden sposób nie uprawdopodobnione.

41. Odnosząc się do pierwszej części wyjaśnień, tj. do zatrudnienia 4 osób w ramach prac interwencyjnych, należy zwrócić uwagę na następujące kwestie. Po pierwsze, Promost nie wykazał, że w ogóle złożył stosowny wniosek do Urzędu Pracy ani, tym bardziej, że ma pewność (albo chociaż wysokie prawdopodobieństwo), iż uzyska on tą drogą 4 pracowników o koniecznych kwalifikacjach. Co więcej tłumaczenia Promost o pracy współników wręcz potwierdzają, że prawdopodobieństwo tego sposobu zatrudnienia jest co najwyżej niskie, o ile w ogóle można mówić o jakiejś jego realności.

42. Przede wszystkim, Urząd Pracy w Kielcach, skąd niewątpliwie mieliby być pozyskani pracownicy, posiada ograniczoną pulę środków na dofinansowanie do wynagrodzeń. Oznacza to, że w każdej chwili budżet może zostać wyczerpany, a w konsekwencji Promost nie otrzyma oczekiwanych dotacji. Tym bardziej, że w obecnej sytuacji gospodarczej spowodowanej pandemią SARS COV-2, wysoce prawdopodobnym jest, że z możliwości otrzymania dotacji będzie chciało skorzystać więcej pracodawców niż zwykle.

43. Ponadto, Promost nie wykazał, że w bazie osób bezrobotnych Urzędu Miasta w Kielcach są osoby posiadające kwalifikacji do pełnienia obowiązków Personelu biurowego i Personelu pomocniczego zgodnie z wymaganiami SIWZ i OPZ. Jest to o tyle istotna kwestia, że wyjaśnień wynika, iż wniosek Promost ma być oparty na art. 59 ust. 1 ustawy z dn. 20.04.2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (t. j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1409 z późn. zm.; dalej jako „Ustawa”), co oznacza, że do pracy będą musiały być skierowane osoby bezrobotne powyżej 50-go roku życia.

44. Kolejną kwestią, którą Promost pominął w swoich wyjaśnieniach jest to, że zgodnie z art. 59 ust. 4 Ustawy, refundacja wynosi do 50% minimalnego wynagrodzenia za pracę dla osób powyżej 50. roku życia, które nie spełniają warunków koniecznych do nabycia prawa do świadczenia przedemerytalnego (art. 59 ust. 4 pkt 2 Ustawy) i do 80% minimalnego

wynagrodzenia za pracę, dla osób, które ww. warunki spełniają (art. 59 ust. 4 pkt 1 Ustawy). Oznacza to, że odpowiednio 50% i 80% dofinansowania to górna granica, jednak Urząd Pracy w swojej decyzji może przyznać kwotę niższą. Pomimo tego, Promost – zakładając raczej, że zatrudni osoby spełniające warunki, o których mowa w art. 59 ust. 1 pkt 2 Ustawy, zakłada, iż otrzyma maksymalne możliwe dofinansowanie. Na czym jednak wykonawca ten opiera swoje założenia, w wyjaśnieniach nie zostało wskazane.

45. Co istotne, zgodnie z art. 59 ust. 1 Ustawy, dofinansowanie udzielane jest na okres do 24 miesięcy dla jednej osoby. Po upływie tego czasu, Promost będzie musiał dalej zatrudniać te osoby, przy czym ich wynagrodzenie będzie musiał opłacić samodzielnie w pełnej wysokości.

46. Ponadto warto zauważyć, że w praktyce musi być spełnione w sumie łącznie sześć przesłanek, aby Promost był w stanie wykonać przedmiot Zamówienia w zaoferowanej cenie:

- w dacie złożenia wniosku musi być jeszcze uruchomiony program dofinansowań,
- urząd pracy musi wydać pozytywną decyzję o przyznaniu dofinansowania,
- muszą znaleźć się cztery osoby bezrobotne powyżej 50-ego roku życia (nawet bowiem gdyby do wykonawcy zostały skierowane tylko 3 osoby w ramach prac interwencyjnych, to założony przez Promost koszt nie pokryłby wynagrodzenia w wysokości połowy minimalnego wynagrodzenia dla trzech osób i pełnego minimalnego wynagrodzenia dla czwartej osoby zatrudnionej bez pośrednictwa Urzędu Pracy),
- ww. osoby muszą spełniać wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ oraz posiadać kwalifikacje do pracy biurowej (co wcale nie jest takie oczywiste),
- wszystkie te osoby muszą zamieszkiwać w najbliższej okolicy Biura Konsultanta, gdyż nieprawdopodobnym jest, aby ktokolwiek – w zamian za minimalne wynagrodzenie – dojeżdżał do pracy kilkadziesiąt kilometrów lub przeprowadzał się do miejsca świadczenia pracy,
- okres zatrudnienia takich osób musi pokrywać się z okresem realizacji zamówienia (45 m-cy + 15 m-cy), co w praktyce oznacza konieczność znalezienia kolejnych takich 4 osób po 24 m-cach pracy oraz kolejnych 2 osób po okresie 48 m-cy.

47. Powyższe pokazuje, że założenia poczynione przez Promost są w praktyce niemożliwe do osiągnięcia, a cena wskazana w ofercie w poz. 1.5 i 1.6 jest ceną zaniżoną i ceną niższą o kosztów jej świadczenia, a jako taka jest to cena rażąco niska.

48. Powyższe uwagi odnoszą się także do okresu po wydaniu ostatniego Świadectwa Płatności, z tą różnicą, że w tym okresie jako Personel biurowy i Personel pomocniczy powinny być zatrudnione po 1 osobie na każde stanowisko.

49. W konsekwencji powyższego należałoby uznać, że Promost nie wykazał, że poczynione przez niego kalkulacje dla pozycji 1.5, 1.6, 4.5 i 4.6 Formularza Cenowego uzasadniają uznanie, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

50. Oceny wyjaśnień nie może zmienić przedstawione przez Promost rozwiązanie sytuacji, w której nie zostaną skierowane z Urzędu Pracy 4 osoby w ramach prac interwencyjnych. O ile poza wszelkimi wątpliwościami pozostaje zatrudnienie po 1 osobie jako Personelu biurowego i Personelu pomocniczego z miesięcznym wynagrodzeniem 3.700,00 zł brutto. Jednak całkowicie niezasadne jest założenie, że jeżeli funkcję pozostałych dwóch osób, po jednej z Personelu biurowego i pomocniczego pełnić będą komandytariusze lidera konsorcjum, co miałyby prowadzić do tego, że wykonawca z tego tytułu nie poniesie żadnych kosztów.

51. Wręcz przeciwnie, fakt, że sam wykonawca zamierza pełnić daną funkcję w trakcie inwestycji nie oznacza, że nie ponosi z tego tytułu żadnych kosztów. Nie można jednocześnie zgodzić się, że skoro wynagrodzenie komandytariuszy lidera konsorcjum stanowi uzyskany przez spółkę zysk, to spółka nie ponosi żadnych kosztów związanych z pełnionymi przez nich obowiązkami w ramach Zamówienia.

52. Należy podkreślić, że nawet w takim przypadku, przewidywane wynagrodzenie powinno być wynagrodzeniem rynkowym. Koszt pracy współnika czy właściciela firmy musi być również wliczany jako koszt realizacji przedmiotu umowy. Co więcej koszt ten musi odzwierciedlać z jednej strony kwalifikacje i doświadczenie, z drugiej zaś fakt, że gdyby dana osoba nie była zaangażowana w tą inwestycję mogłaby realizować inną i na niej również zarabiać. (...)

54. Dodatkowo należy podkreślić, że praktycznie niemożliwym wydaje się, aby faktycznie, gdyby Promost nie zatrudnił 4 osób w ramach współpracy z Urzędem Pracy, komandytariusze pełnili funkcje personelu biurowego i personelu pomocniczego. Należy bowiem zwrócić uwagę na następujące kwestie. Lider konsorcjum, Promost Consulting sp. z o.o. sp.k. ma dwóch komandytariuszy, natomiast współnikiem uprawnionym do reprezentacji spółki jest komplementariusz, tj. Promost Consulting sp. z o.o. (będący w Postępowaniu jednocześnie partnerem konsorcjum). Do reprezentowania Promost Consulting sp. z o.o. są z kolei uprawnieni członkowie zarządu – dokładnie te same osoby, które są komandytariuszami lidera konsorcjum. Przedstawiona przez Promost hipotetyczna sytuacja prowadziłaby do tego, że jedyne osoby uprawnione zgodnie z wpisami do KRS do reprezentowania obu spółek wchodzących w skład konsorcjum, jako członkowie zarządu komplementariusza i partnera konsorcjum w jednym, przez przewidywanych 15 miesięcy realizacji robót budowlanych, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, co tydzień od poniedziałku do piątku pracowałyby w Biurze Konsultanta w godzinach od 8-16. (...)

56. Reasumując powyższe uwagi należy stwierdzić, że w swoich wyjaśnieniach z dn. 1.03.2021 r. Promost nie wykazał, że zaoferowane przez niego ceny jednostkowe dla pozycji 1.5, 1.6, 4.5 i 4.6 Formularza Cenowego zostały skalkulowane w sposób prawidłowy, przy uwzględnieniu wszystkich wymogów Zamawiającego, a konsekwencji nie wykazał, że cena

ofertowa nie jest ceną rażąco niską. (...)

59. Odwołujący zdaje sobie sprawę, że wystosowane przez Zamawiającego do Promost w dniu 22.02.2021 r. wezwanie przywołało jako podstawę prawną art. 87 ust. 1 Pzp2004 a nie na art. 90 ust. 1 Pzp2004, niemniej w jego ocenie istotne jest nie wskazanie konkretnego przepisu prawnego, a treść zapytania. (...)

62. Porównując zatem treść wezwania oraz treść art. 90 ust. 1 Pzp2004 widocznym jest, że pomimo iż Zamawiający oparł wezwanie o art. 87 ust. 1 Pzp2004, było to de facto wezwanie do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, ponieważ decydujące znaczenie o charakterze danego pisma ma nie jego tytuł a jego treść. A w tym przypadku treść jest jednoznaczna.

63. Z uwagi na powyższe, wezwanie i wyjaśnienia powinny zostać uznane za złożone w trybie art. 90 Pzp2004.

64. Gdyby jednak Izba uznała, że w wezwaniu powinna zostać wskazana wprost regulacja dotycząca rażąco niskiej ceny, Zamawiający powinien zostać zobowiązany do wezwania Promost w trybie art. 90 ust. 1 Pzp2004.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty konsorcjum Promost jako najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenie oferty konsorcjum Promost na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp,
- 3) ewentualnie - wezwanie konsorcjum Promost do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wyceny poz. 1.5, 1.6, 4.5 i 4.6 Formularza cenowego.

Pismami z dnia 27 i 28 maja 2021 r. następujący wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego:

- 1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Promost Consulting sp. z o.o. sp. k., ul. Jana Niemierskiego 4, 35-307 Rzeszów oraz Promost Consulting sp. z o.o., ul. Jana Niemierskiego 4, 35-307 Rzeszów (dalej: „przystępujący Promost”), zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- 2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Firma Inżynierska ARCUS sp. z o.o. sp. k., ul. Kuźnicy Kołłątajowskiej 17i/37, 31-234 Kraków oraz Inwestycje Budownictwo, Handel „Inwest-Complex” sp. z o.o., ul. Góry Chełmskiej 15, 44-100 Gliwice (dalej: „przystępujący Arcus”), zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Izba stwierdziła, że przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 18.06.2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której

wniósł o jego oddalenie.


Ponadto pismem z dnia 22.06.2021 r. przystępujący Promost przedstawił swoją argumentację w sprawie i wniósł o oddalenie odwołania.

W trakcie rozprawy strony i obaj przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi w zakresie nadzoru nad projektowaniem, zarządzania i kontroli oraz nadzoru nad realizacją umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której przedmiotem jest budowa obwodnicy Opatowa w ciągu S74 i DK9, na warunkach określonych w Umowie z Konsultantem oraz zgodnie z Warunkami Kontraktowymi dla każdej Części zadania inwestycyjnego.

W formularzu cenowym zamawiający przewidział m.in. następujące pozycje:

L.p.	Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych	Jedn. czasu/ilości/rozliczenia	Liczba jednostek	Cena jednostkowa netto w PLN	Wartość netto
					w PLN
1	2	3	4	5	6
1	Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia (nie więcej niż 15% wartości wyliczonej w pozycji A niniejszego formularza)				
1.1	Biuro Konsultanta	miesiąc	45		
1.2	Środki transportu Konsultanta	miesiąc	45		
1.3	Biuro Zamawiającego	miesiąc	45		
1.4	Środek transportu Zamawiającego	miesiąc	45		
1.5	Personel biurowy	miesiąc	45		
1.6	Personel pomocniczy	miesiąc	45		
	Koszty administracyjne: Razem				

4	Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności				
4.1	Biuro Konsultanta (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.1)	miesiąc	15		

4.2	Środki transportu Konsultanta (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.2)	miesiąc	15		
4.3	Biuro Zamawiającego (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.3)	miesiąc	15		
4.4	Środek transportu Zamawiającego (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.4)	miesiąc	15		
4.5	Personel biurowy (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.5)	miesiąc	15		
4.6	Personel pomocniczy (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.6)	miesiąc	15		
Koszty administracyjne: Razem					

Uwagi Zamawiającego	
1	Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia
<p>1. Dział obejmuje całość kosztów administracyjnych związanych z prawidłową realizacją Usługi zgodnie z Umową i OPZ.</p> <p>2. Pozycja "Personel biurowy" obejmuje całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta.</p> <p>3. Pozycja "Personel pomocniczy" obejmuje całość kosztów związanych z zapewnieniem wszelkich innych asystentów, którzy nie zostali wymienieni w kategorii "Inni eksperci", a którzy są niezbędni do prawidłowego wykonania Usługi zgodnie z Umową i OPZ.</p> <p>4. W przypadku, gdy Usługa obejmuje kilka zadań (Kontraktów) Koszty administracyjne należy uwzględnić w osobnych Formularzach Cenowych dla każdego zadania.</p>	
4	Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności (pozycja 4)
1. Uwagi analogiczne jak w Dziale 1.	

Zgodnie z pkt 2.1.opisu przedmiotu zamówienia:

Konsultant na każdym etapie trwania Kontraktu zapewni Personel niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia.

W celu realizacji zamówienia Konsultant zapewni odpowiedni:

1) Personel Konsultanta (Eksperci Kluczowi, Inni Eksperci),

2) Personel biurowy:

Dla okresu projektowania oraz okresu realizacji robót budowlanych min. 2 osoby, np.: sekretariat, obsługa techniczno - administracyjna itp.

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

3) Personel pomocniczy:

Dla okresu projektowania oraz okresu wykonywania robót budowlanych min 2 osoby,

niezbędne w czasie realizacji usługi,

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

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

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

(...) Inżynier Kontraktu będzie odpowiedzialny za pracę swojego Personelu oraz Personelu biurowego i pomocniczego.

Konsultant powinien tak zorganizować pracę Personelu Konsultanta oraz Personelu biurowego i pomocniczego, aby uwzględnić godziny pracy określone w Umowie, postanowienia dotyczące godzin pracy zawarte w Warunkach Kontraktu na roboty, nad którymi sprawowany będzie nadzór oraz ryzyko związane z dostosowaniem pracy do potrzeb między innymi z rzeczywistym czasem pracy Wykonawcy Robót, dostosowaniem zakresu i intensywności prac w okresach zimowych itp.

Inżynier Kontraktu oraz pozostałe osoby powinny być dostępne na każde wezwanie Zamawiającego lub Wykonawcy Robót.

Konsultant na każdym etapie trwania Kontraktu zapewni Personel niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia.

Personel biurowy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 8-16 na wszystkich etapach Kontraktu.

W § 1 projektu umowy podano definicję Personelu biurowego i pomocniczego: „personel, skierowany przez Konsultanta do realizacji Umowy, zapewniający działanie Biura Konsultanta w pełnym zakresie opisanym w Umowie i Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ)”.

W § 13 ust. 4 i 5 projektu umowy zamawiający wskazał:

4. Zamawiający wymaga, aby zatrudnione na podstawie umowy o pracę były osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy, tj.: czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w pkt. 2.1. OPZ.

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

Przystępujący Promost w formularzu cenowym wskazał w pozycjach 1.5. i 1.6. cenę jednostkową netto – 3.700,00 zł, zaś w pozycjach 4.5. i 4.6. – 1850,00 zł.

Pismem z dnia 22.02.2021 r. zamawiający, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego Promost do złożenia wyjaśnień w zakresie cen zaoferowanych przez przystępującego w pozycjach 1.5., 1.6., 4.5. i 4.6. Zamawiający wskazał, że z porównania oferty przystępującego z innymi ofertami wynika, że przystępujący wycenił te pozycje bardzo nisko. W związku z tym zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie przyjętych cen jednostkowych za 1 miesiąc świadczenia usług przez Personel

biurowy i Personel pomocniczy. Zamawiający dodał, że wyjaśnienia wykonawcy powinny dotyczyć w szczególności kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. 2020 poz. 2207).

Przystępujący Promost udzielił wyjaśnień, w których wskazał, że w zakresie pozycji 1.5 i poz. 1.6 planuje skorzystać z instrumentów rynku pracy przewidzianych w art. 59 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U.2020.0.1409), tj. refundacji przez starostę kosztów zatrudnienia w ramach prac interwencyjnych. Przystępujący wskazał też, że: „Po zakończeniu refundacji Oferent planuje do urzędów pracy z kolejnymi wnioskami o refundację, a dotychczasowych pracowników, w zależności od posiadanych kwalifikacji skierować do pracy na innych stanowiskach lub do innego oddziału Oferenta (np. do Oddziału w Kielcach). Niezależnie od powyższych wyjaśnień, w przypadku braku możliwości skorzystania z refundacji, Oferent planuje do pracy na stanowisku Pracownik biurowy i Pracownik pomocniczy zaangażować dwóch wspólników - komandytariuszy spółki Promost Consulting sp. z o.o. sp.k. W niniejszym przypadku będziemy mieli do czynienia z czynnościami podejmowanymi bezpośrednio przez wykonawcę, których przepis art. 29 ust. 3a p.z.p. nie obejmuje. (...) Wynagrodzeniem wspólników - komandytariuszy za pełnienie wyżej wskazanych obowiązków, będzie udział w zysku spółki.”

Co do pozycji 4.5. i 4.6. formularza ofertowego, przystępujący Promost wskazał, że: „Jeżeli chodzi o okres przeglądów i rozliczenia kontraktu Zamawiający nie określił w jakim wymiarze czasu pracy mają być zatrudniony personel biurowy i pomocniczy. (...) W związku z powyższym skalkulowane przez Oferenta zatrudnienie Personelu pomocniczego i biurowego w w/w okresie w wymiarze ½ etatu jest zgodnie z zapisami SIWZ i koszt zatrudnienia pracownika nie jest niższy niż określony w rozporządzeniu. Jednocześnie należy zwrócić uwagę na zapis pkt. 2.1 Opisu przedmiotu zamówienia mówiący o tym iż, „Personel biurowy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 8-16 na wszystkich etapach Kontraktu.” Zapis ten mówi o takiej organizacji pracy biura przez personel biurowy aby funkcjonowało ono w godzinach określonych przez Zamawiającego. Nie oznacza to jednak, że Personel biurowy ma w tym czasie przebywać cały czas w biurze. Jest on odpowiedzialny za funkcjonowanie biura. W zależności od organizacji pracy może włączyć do pomocy personel pomocniczy oraz Personel Konsultanta dostępny w okresie przeglądów i rozliczenia kontraktu. Musi jednak czuwać nad tym aby biuro w tym okresie funkcjonowało w godzinach od 8.00 do 16.00.”

Pismem z dnia 13.05.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego Promost.

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

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3,
- 4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 -3 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (...),

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu niezgodności oferty przystępującego Promost z siwz, należy zwrócić uwagę, że usługa będą przedmiotem niniejszego zamówienia będzie wykonywana w dwóch fazach:

- od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia,
- od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności.

Wykonawcy mieli obowiązek wskazać w formularzu cenowym koszty administracyjne obejmujące m.in. koszty personelu biurowego i koszty personelu pomocniczego w podziale na ww. dwa etapy, tj. w pozycjach 1.5. i 1.6. (pierwsza faza) i w pozycjach 4.5. i 4.6. (druga faza).

Jednocześnie w § 13 ust. 5 projektu umowy zamawiający wyraźnie wskazał, że: „Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, przez okres świadczenia Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu”. Tym samym wymóg zatrudnienia w wymiarze pełnego etatu zamawiający odniósł jedynie do okresu świadczenia Usługi aż do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, czyli tylko do pierwszej fazy realizacji zamówienia. W żadnym postanowieniu siwz taki wymóg nie pojawił się w stosunku do drugiej fazy: od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności. W związku z powyższym nie można stwierdzić, że przystępujący Promost, przewidując w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności zatrudnienie personelu biurowego i pomocniczego na 1/2 etatu, złożył ofertę niezgodną z siwz. Jak wskazano powyższej, w świetle § 13 ust. 5 projektu umowy, w drugiej fazie realizacji zamówienia, wykonawcy nie byli zobowiązani zatrudnić osób wchodzących w skład ww. personelu w pełnym wymiarze czasu pracy.

Nie można przy tym zgodzić się z odwołującym, że obowiązek taki wynika z faktu, że w pkt 2.1. opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał, że: „Personel biurowy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 8-16 na wszystkich etapach Kontraktu”. Po pierwsze, wywodzenie takiego obowiązku nie jest zasadne w świetle jednoznacznego brzmienia ww. § 13 ust. 5 projektu umowy. Po drugie, w pkt 2.1. OPZ wpisano jedynie, że praca i

dostępność biura Konsultanta ma być zapewniona w określonych dniach i godzinach, natomiast nie zawarto w ww. punkcie wymogu, aby zapewnienie tej pracy i dostępności odbywało się poprzez zatrudnienie personelu w pełnym wymiarze czasu pracy. Tym samym wykonawca może starać się zapewnić spełnienie wymogu z pkt 2.1. OPZ w inny sposób, niż zatrudniając personel biurowy na pełny etat.

Należy przy tym zauważyć, że przystępujący Promost złożył w tym zakresie wyjaśnienia, z których wynika, że w zależności od organizacji pracy zamierza włączyć do pomocy personel pomocniczy oraz Personel Konsultanta dostępny w okresie przeglądów i rozliczenia kontraktu. Nie można przy tym uznać, że wyjaśnienia te są pozbawione podstaw. W szczególności zaangażowanie do pomocy personelu pomocniczego jest jak najbardziej zasadne, gdyż jak wynika z pkt 2.1. opisu przedmiotu zamówienia, personel ten wraz z personelem biurowym mają ten sam zakres obowiązków, zatem nie ma przeszkód, żeby personel pomocniczy również pracował przy zapewnieniu dostępności Biura Konsultanta. Tym samym przystępujący jest w stanie spełnić ww. wymóg w inny sposób, niż poprzez zatrudnienie w pełnym wymiarze czasu pracy.

Biorąc zatem pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że nie zachodzi podstawa do odrzucenia oferty przystępującego Promost w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego Promost, przede wszystkim należy zauważyć, że już sam fakt niepotwierdzenia się zarzutu niezgodności oferty przystępującego z siwz, czyni argumentację odwołującego częściowo niezasadną.

Ponadto Izba stwierdziła, że kwestionowane przez odwołującego pozycje formularza cenowego, nie stanowią istotnych części składowych ceny oferty. Jak wskazano w wyroku o sygn. akt KIO 468/19 z dnia 08.04.2019 r.: „samo wyodrębnienie ceny w formularzu ofertowym nie może przesądzać o istotności tej części składowej. Istotna część składowa ceny to między innymi taka, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki generuje koszty po stronie wykonawcy.”.

Po pierwsze zatem, należy zauważyć, że odwołujący kwestionuje pozycje dotyczące personelu biurowego i pomocniczego, którego praca, choć niezbędna, nie jest jednak najistotniejsza dla należytego wykonania zamówienia. Tym samym nie są to pozycje istotne przedmiotowo.

Po drugie, sam zamawiający wskazał w formularzu cenowym, że wartość pozycji 1.1. – 1.6. nie może przekroczyć 15% ceny oferty netto, a odwołujący kwestionuje tylko dwie

z tych pozycji, tj. 1.5. i 1.6. Nawet gdyby uznać, że wartość każdej z tych sześciu pozycji jest taka sama (choć niewątpliwie najwyższą wartość ma w tym przypadku poz. 1.1. – Biuro Konsultanta), oznaczałoby to, że łączna wartość pozycji 1.5. i 1.6. wynosi 5% ceny oferty netto. Z kolei w przypadku pozycji 4.5. i 4.6. sam zamawiający zaznaczył w formularzu cenowym: „(cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.5)” oraz „(cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.6)”. Skoro zatem wartość pozycji 1.5. i 1.6. wynosi ok. 5% ceny oferty netto, to wartość pozycji 4.5. i 4.6. wyniesie ok. 2,5% ceny oferty netto. Oznacza to, że kwestionowane w odwołaniu pozycje nie tylko nie są istotne przedmiotowo, ale stanowią jedynie ok. 7,5% wartości zamówienia.

Powyższe teoretyczne obliczenia potwierdzają ceny:

- przystępującego Promost - w formularzu cenowym wartość kwestionowanych pozycji wynosi 388 500 zł, cena netto oferty – 7.709.410 zł, co oznacza że wartość kwestionowanych pozycji wynosi ok. 5% ceny oferty netto,
- odwołującego – w formularzu cenowym wartość kwestionowanych pozycji wynosi 729 750 zł, cena netto oferty – 8.447.999 zł, co oznacza że wartość kwestionowanych pozycji wynosi ok. 8,5% ceny oferty netto.

Każdy z pokazanych powyżej wyników (7,5%, 5%, 8,5%), świadczy o tym, że łączna wartość kwestionowanych pozycji nie jest wysoka. Tym samym nie można uznać, że pozycje te istotnymi składowymi ceny oferty.

Niezależnie od powyższego, należy zwrócić uwagę na wyjaśnienia przystępującego Promost udzielone na wezwanie zamawiającego. Przystępujący wskazał w nich m.in., że zamierza skorzystać z dofinansowania prac interwencyjnych w oparciu o art. 59 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1100 ze zm.). Nie można zgodzić się z odwołującym podnoszącym, że skorzystanie z tej formy dofinansowania jest obarczone wskazanymi przez niego ryzykami. W szczególności, przystępujący nie musi ubiegać się o dofinansowanie wyłącznie w Urzędzie Pracy w Kielcach, ale także np. w Opatowie (zamówienie dotyczy usług przy budowie obwodnicy Opatowa). Zamawiający nie sformułował żadnych szczególnych wymagań dla personelu biurowego i pomocniczego, a zakres obowiązków osób wchodzących w skład tego personelu nie jest skomplikowany, w związku z tym nie zachodzi ryzyko, że brak będzie osób będących w stanie wykonywać te prace (dotyczy to także osób po 50-tym roku życia). Ponadto przystępujący przewidział dalsze zatrudnianie tych osób na innych stanowiskach (np. w oddziale spółki w Kielcach) po zakończeniu okresu dofinansowania i zatrudnianie kolejnych ponownie z wykorzystaniem dofinansowania. Przystępujący przewidział także wykorzystanie do wykonywania ww. prac komandytariuszy (mających zamiast

wynagrodzenia udział w zysku spółki) na wypadek niezyskania refundacji z urzędu pracy. Powyższe założenia nie są, jak wskazano w odwołaniu: „w praktyce niemożliwe do osiągnięcia”, zwłaszcza, że dotyczą jedynie 4 etatów na stanowiskach biurowych i pomocniczych, a zatem nie wymagających specjalistycznej wiedzy i umiejętności.

Biorąc zatem pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że nie zachodzi podstawa do odrzucenia oferty przystępującego Promost w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący postawił w odwołaniu także zarzut ewentualny – naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego Promost do złożenia wyjaśnień, pomimo że istotna część składowa ceny, tj. koszt zatrudnienia personelu biurowego i personelu pomocniczego, budziła wątpliwości. Jak wskazano wyżej, Izba stwierdziła, że kwestionowane pozycje nie stanowią istotnych części składowych ceny oferty. Ponadto zamawiający wezwał przystępującego Promost do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty, o czym świadczy treść tego wezwania, bez względu na wskazaną w nim podstawę prawną. Tym samym Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020).

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron i przystępujących przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący

.....

.....