

WYROK
z dnia 2 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **MM SERVICE MONITORING sp. z o.o., ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów** oraz **MAXUS sp. z o.o., ul. 3-go Maja 64/66, 93-408 Łódź,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne - Łódź sp. z o.o., ul. Tramwajowa 6, 90-132 Łódź,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **EKOTRADE sp. z o.o., ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa, SILESIA EKOTRADE sp. z o.o., ul. Śmiłowskiego 2, 41-100 Siemianowice Śląskie** oraz **EKOTRADE SERWIS FM sp. z o.o., ul. Hutnicza 3, 81-212 Gdynia,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **EKOTRADE sp. z o.o., SILESIA EKOTRADE sp. z o.o.** oraz **EKOTRADE SERWIS FM sp. z o.o.,** na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne - Łódź sp. z o.o., ul. Tramwajowa 6, 90-132 Łódź, i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: MM SERVICE MONITORING sp. z o.o., ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów oraz MAXUS sp. z o.o., ul. 3-go Maja 64/66, 93- 408 Łódź, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne-Łódź sp. z o.o., ul. Tramwajowa 6, 90-132 Łódź, na rzecz odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: MM SERVICE MONITORING sp. z o.o., ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów oraz MAXUS sp. z o.o., ul. 3- go Maja 64/66, 93- 408 Łódź, kwotę 18 600 zł 000 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 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 – Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne-Łódź sp. z o. o., ul. Tramwajowa 6, 90-132 Łódź, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług w zakresie ochrony mienia, w tym obiektów, terenów, taboru w MPK – Łódź Spółka z o.o.”, numer referencyjny: WZ-091-6/22. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13.04.2022 r., nr 2022/S 073-196843.

W dniu 21.10.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: MM SERVICE MONITORING sp. z o. o., ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów oraz MAXUS sp. z o. o., ul. 3-go Maja 64/66, 93- 408 Łódź (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 2 w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej dalej: „uznk”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum EKOTRADE sp. z o. o., SILESIA EKOTRADE sp. z o.o., EKOTRADE SERWIS FM sp. z o.o. w sytuacji, gdy cena złożonej oferty była rażąco niska i stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji poprzez zaniżenie kosztów realizacji usługi co wypełnia przesłankę utrudniania dostępu do rynku innym przedsiębiorcom poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów jej świadczenia.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„(...) Po analizie dokumentacji – wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami – złożonej przez Wykonawcę Konsorcjum Ekotrade wskazać należy, iż nie udowodnił on wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi faktu możliwości realizacji usługi w sposób zgodny z udzielonymi wyjaśnieniami. W szczególności nie udowodnił w sposób należyty możliwości realizacji usługi wyłącznie przy pomocy pracowników w wieku powyżej 55 lat (kobiety) oraz 60 lat (mężczyźni) nie posiadających stażu pracy uprawniającego do urlopu w wymiarze 26 dni. Zgodnie z deklaracjami Wykonawcy Konsorcjum Ekotrade wszyscy pracownicy oddelegowani do realizacji umowy znajdują się w wieku powyżej 55/60 lat i nie posiadają stażu uprawniającego do naliczenia im urlopu wypoczynkowego w wymiarze 26 dni.

Jedynymi dowodami jakie zostały przedstawione – oprócz oświadczenia Wykonawcy – są kopie umów o pracę, wzór informacji o warunkach zatrudnienia (przykładowy nie podpisany przez pracownika) oraz kopie 2 świadectw pracy – p. T. (...) oraz p. W. (...). Wskazać należy, iż dokument umowa o pracę nie może stanowić jakiegokolwiek dowodu

potwierdzającego wymiar urlopu pracownika. Umowa o pracę potwierdza jedynie fakt dysponowania konkretnym pracownikiem. Analogicznie nie podpisany przez pracownika dokument – wzór informacji o warunkach zatrudnienia – także nie może zostać uznany za jakikolwiek dowód potwierdzający wymiar urlopu pracownika w wysokości 20 dni.

Jednocześnie z załączonych świadectw pracy wystawionych przez pracodawcę Stekop Ochrona Sp. z o.o. dla P. (...) oraz (...) wynika wprost, że posiadają oni staż pracy uprawniający ich do 26 dniowego wymiaru urlopu. Powyższe wynika z faktu, iż:

a) Pan T. (...) będąc zatrudnionym w firmie Stekop Ochrona Sp. z o.o. do 5 stycznia 2021 (jeden miesiąc roku 2021) otrzymał za ten okres (od 1 stycznia 2021 do 5 stycznia 2021) ekwiwalent za 24 godziny urlopu niewykorzystanego tj. za 3 dni; wynika to z następujących wyliczeń 1 miesiąc / 12 miesięcy x 26 dni = 2,166 dnia; zgodnie z obowiązującymi przepisami w zakresie rozliczania urlopów (art. 155³ §3 Kodeksu Pracy) ilość dni urlopowych zaokrąglą się do pełnych dni z korzyścią dla pracownika; gdyby Pan T. (...) posiadał wymiar urlopu w wymiarze 20 dni wówczas w firmie Stekop Ochrona Sp. z o.o. otrzymałby wynagrodzenie za 16 godzin niewykorzystanego urlopu tj. za 2 dni – 1 miesiąc / 12 miesięcy x 20 dni = 1,666 dnia;

b) Pan W. (...) będąc zatrudnionym w firmie Stekop Ochrona Sp. z o.o. do 4 stycznia 2021 (jeden miesiąc roku 2021) otrzymał za ten okres (od 1 stycznia 2021 do 5 stycznia 2021) ekwiwalent za 24 godziny urlopu niewykorzystanego tj. za 3 dni; wynika to z następujących wyliczeń 1 miesiąc / 12 miesięcy x 26 dni = 2,166 dnia; zgodnie z obowiązującymi przepisami w zakresie rozliczania urlopów (art. 155³ §3 Kodeksu Pracy) ilość dni urlopowych zaokrąglą się do pełnych dni z korzyścią dla pracownika; gdyby Pan W. (...) posiadał wymiar urlopu w wymiarze 20 dni wówczas w firmie Stekop Ochrona Sp. z o.o. otrzymałby wynagrodzenie za 16 godzin niewykorzystanego urlopu tj. za 2 dni – 1 miesiąc / 12 miesięcy x 20 dni = 1,666 dnia.

(...) Tym samym przedstawione przez Wykonawcę Konsorcjum Ekotrade dowody mające na celu udowodnienie realności możliwości realizacji usługi zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami stanowią wprost ich zaprzeczenie, gdyż potwierdzają że pracownicy skierowani do realizacji umowy posiadają staż pracy uprawniający do 26 dniowego wymiaru urlopu. (...)

Tym samym w każdym aktach osobowych pracownika musi znajdować się imienny dokument podpisany przez pracodawcę oraz pracownika, który w ten sposób potwierdza jego otrzymanie. O ile zgodzić się należy z wyjaśnieniami Wykonawcy Konsorcjum Ekotrade, iż poinformowanie pracownika o warunkach jego zatrudnienia może przyjąć formę odesłania do odpowiednich przepisów to załączony do wyjaśnień dokument jako anonimowy oraz nie podpisany ani przez pracodawcę ani przez pracownika nie może służyć za jakikolwiek dowód w sprawie. Tym bardziej nie może potwierdzać, iż pracownik w wieku powyżej 55/60

lat nie posiada stażu pracy uprawniającego do urlopu w wymiarze 26 dni. (...)

Powyższe rozważania są o tyle istotne dla analizowanej sprawy ponieważ w przypadku gdy pracownicy skierowani do realizacji przedmiotowej usługi legitymować się będą prawem do 26 dniowego wymiaru urlopu (teza ta nie została w żaden sposób przez Konsorcjum Ekotrade obalona) wówczas Konsorcjum Ekotrade z tytułu realizacji przedmiotu umowy zamiast zysku w wysokości 29 163,96 zł odnotuje stratę w wysokości: 200 159,14 zł.

Wynika to z następujących wyliczeń:

Koszt miesięczny świadczenia urlopowego dla 1 etatu pracownika przy wymiarze urlopu 20 dni – 302,00 zł (wartość zadeklarowana w dowodzie nr 18 – załącznik do wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny udzielony przez wykonawcę Konsorcjum Ekotrade). (...)

Ilość etatów pracowników skierowana do realizacji umowy 70,31 (ilość zadeklarowana wartość zadeklarowana w dowodzie nr 18 – załącznik do wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny udzielony przez wykonawcę Konsorcjum Ekotrade). (...)

Ilość miesięcy realizacji umowy - 36

Łączny koszt świadczenia urlopowego przy wymiarze 20 dni w okresie 36 miesięcy wynosi:

$302 \text{ zł} \times 70,31 \text{ etatów} \times 36 \text{ miesięcy} = 764\,410,32$.

Poniżej przedstawiamy kalkulację kosztów urlopu w przypadku, gdy każdemu z pracowników przysługiwać będzie urlop wypoczynkowy w wymiarze 26 dni.

Mając na uwadze fakt, iż miesięczny koszt świadczenia urlopowego w przypadku wymiaru 20 dniowego wyniesie 302,00 zł, koszt świadczenia urlopowego w przypadku wymiaru 26 dniowego wyniesie 392,60 zł. Wynika to z następujących wyliczeń:

$(302 \text{ zł} \times 12 \text{ miesięcy} / 20 \text{ dni}) \times 26 \text{ dni} / 12 \text{ miesięcy} = 392,60 \text{ zł}$

Ilość etatów pracowników skierowana do realizacji umowy 70,31

Ilość miesięcy realizacji umowy – 36

Łączny koszt świadczenia urlopowego przy wymiarze 26 dni wyniesie zatem:

$392,60 \text{ zł} \times 70,31 \text{ etatów} \times 36 \text{ miesięcy} = 993\,733,42 \text{ zł}$

Oznacza to, że w przypadku konieczności udzielenia pracownikom urlopy w wymiarze 26 dni zamiast 20 (co nieskutecznie próbowało udowodnić Konsorcjum Ekotrade) poniesie ono stratę z tytułu realizacji przedmiotu umowy w wysokości 200 159,14 zł co wynika z poniższych wyliczeń:

$993\,733,42 - 764\,410,32 = 229\,323,10$ (zwiększony koszt świadczenia urlopowego)

$29\,163,96$ (oczekiwany zysk) – $229\,323,10$ (zwiększony koszt świadczenia urlopowego) =

- $200\,159,14$ (strata)

(...) Podkreślamy także, iż w przypadku gdy już zaledwie 9 spośród 71 pracowników tj. (12,68 %) Konsorcjum Ekotrade posiadać będzie prawo do urlopu wypoczynkowego w wymiarze 26 dni wykonawca ten osiągnie stratę z tytułu realizacji przedmiotu umowy zamiast planowanego zysku. Wynika to z następujących wyliczeń.

Zwiększony koszt urlopu dla 1 etatu pracownika w okresie 36 miesięcy: 229 323,10 zł / 70,31 etatów = 3261,60 zł.

Zwiększony koszt urlopów dla 9 pracowników: 9 x 3261,60 = 29 354,40 zł

Oczekiwany zysk Wykonawcy Konsorcjum Ekotrade = 29 163,96 zł

Strata = 29 354,40 – 29 163,96 = - 190,44 zł (strata).

(...) W tym miejscu podkreślić należy, iż oferta odwołującego – mimo, iż droższa zaledwie o 19 404,91 zł brutto od oferty Konsorcjum Ekotrade – pozwala na wygenerowanie zysku tylko i wyłącznie dlatego, że przewidział on zatrudnienie do realizacji przedmiotu umowy pracowników bezrobotnych, do których uzyska dofinansowanie w wysokości 303 984 zł co pozwoliło obniżyć cenę oferty o 373 900,32 (303 984 zł + 23 % VAT). W tym celu odwołujący zawarł 16 umów z Powiatowym Urzędem Pracy, które załączył do wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny przekazanych Zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie. Cena oferty odwołującego bez uwzględnienia dofinansowania wynosiłaby zatem 13 285 815,48 zł. Jako dowód w załączeniu do niniejszego postępowania odwołujący załącza wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny udzielone przez Odwołującego. (...)

Mając na uwadze wyżej przytoczone okoliczności, Zamawiający powinien odrzucić ofertę Wykonawcy Ekotrade sp. z o. o. jako rażąco niską, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy pzp. Wykonawca nie udowodnił bowiem, iż zaproponowana przez niego cena jest realistyczna, a wręcz przeciwnie, uwzględniając zasady logiki i doświadczenia życiowego należy przyjąć, że oferta wskazanego Wykonawcy jest rażąco niska. Trudno bowiem sobie wyobrazić, żeby ponad 70 pracowników zatrudnionych do realizacji przedmiotowego zamówienia znajdowało się w wieku przedemerytalnym z jednoczesnym uprawnieniem do urlopu w wymiarze 20 dni. W tym zakresie, z uwagi na wyjątkowo sprzyjające warunki na które powołał się Wykonawca, powinien był potwierdzić tę okoliczność niebudzącymi wątpliwości dowodami, czego należy oczekiwać w myśl przepisu art. 224 Ustawy pzp.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty ww. konsorcjum z powodu rażąco niskiej ceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Pismem z dnia 24.10.2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: EKOTRADE sp. z o.o., ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa, SILESIA EKOTRADE sp. z o. o., ul. Śmiłowskiego 2, 41-100 Siemianowice Śląskie oraz EKOTRADE SERWIS FM sp. z o. o., ul. Hutnicza 3, 81-212 Gdynia (dalej: „przystępujący”), zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i przedstawili swoją argumentację w sprawie. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 31.10.2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi fizycznej ochrony osób i mienia zamawiającego, w tym jego terenów i obiektów, a także wszelkich ruchomości (również powierzonych zamawiającemu przez osoby trzecie) oraz taboru (z wyłączeniem taboru w ruchu miejskim) przed zniszczeniem, uszkodzeniem, utratą lub kradzieżą. Usługa nie obejmuje konwojowania.

W rozdziale VIII, w pkt 1.3.b) SWZ zamawiający opisał warunek dysponowania potencjałem kadrowym, zgodnie z którym wykonawcy mieli wykazać dysponowanie „nie mniej niż 69 osobami (bez orzeczenia stopnia niepełnosprawności) zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę (minimum jedna z tych osób musi posiadać wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej), na pełny etat oraz (oznacza wymóg łącznego spełnienia warunku) co najmniej jedną grupą interwencyjną, tzn. patrolem zmotoryzowanym, wyposażonym w sprzęt łączności bezprzewodowej, kamizelki odblaskowe, w środki przymusu bezpośredniego (pałki) i latarki, przygotowanym do podjęcia bezpośredniej interwencji, na wezwanie pracownika ochrony Wykonawcy lub Zamawiającego wykonującego usługę/pracę w chronionym obiekcie, mającym na celu oddalenie zagrożenia bądź usunięcie już istniejącego naruszenia chronionego mienia lub dostępu do tegoż, zatrzymanie sprawców szkody, zabezpieczenie śladów w przypadku popełnienia czynu zabronionego na chronionym terenie. Maksymalny czas dojazdu grupy interwencyjnej na miejsce wezwania, liczony do chwili otrzymania zgłoszenia, nie będzie dłuższy niż 15 minut”.

W postępowaniu złożono 11 ofert. Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 13.500.000,00 zł netto, co daje 16.605.000,00 zł brutto (jest to też kwota na sfinansowanie zamówienia). Średnia arytmetyczna ofert wynosi 13.446.814,60 zł brutto. Przystępujący złożył ofertę z ceną 12.892.510,34 zł brutto. Cena oferty przystępującego jest więc o 22,36% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz o 4,12% niższa od średniej arytmetycznej ofert.

Pismem z dnia 29.06.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 224 ust., 2 pkt 1 ustawy Pzp, wezwał m.in. przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty. Zamawiający wskazał, że cena ofertowa umożliwia realizację zamówienia zgodnie z SWZ, w tym zapisem VIII ust. 1 pkt 3) lit. b) SWZ oraz, iż uwzględni również koszty wyposażenia i umundurowania pracowników (odzież letnia i zimowa), wyposażenia obiektów w systemy/oprogramowanie do kontroli pracy pracowników ochrony, obsługę tego systemu (cykliczne przesyłanie na obiekty raportów z obchodów), koszty działania Grupy Interwencyjnej, pozostałe koszty operacyjne (koszty utrzymania administracji, koszty paliwa) i zysk Wykonawcy. Zamawiający wezwał też o udzielenie wyjaśnień:

- „1. czy cena Państwa oferty została skalkulowana poniżej, czy też powyżej rzeczywistych kosztów, jakie poniosą Państwo jako Wykonawca w celu realizacji przedmiotu zamówienia,
2. czy złożona przez Państwa oferta odpowiada zakresowi i wymogom określonym przez Zamawiającego w treści SIWZ, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia oraz projekcie umowy,
3. czy kalkulacja nastąpiła zgodnie z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,
4. czy kalkulacja nastąpiła zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.”

Pismem z dnia 04.07.2022 r. przystępujący udzielił wyjaśnień, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wniósł odwołanie, które zostało przez zamawiającego uwzględnione w zakresie dotyczącym braku ujawnienia ww. wyjaśnień, w wyniku czego postępowanie odwoławczego zostało umorzone (KIO 2433/22).

W udzielonych wyjaśnieniach przystępujący m.in. zakwestionował podstawy do wzywania go do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wskazał że zamawiający nie sprecyzował, jakie elementy wyceny ofertowej budzą jego wątpliwości i nie uzasadnił swoich wątpliwości, podał przewidywany zysk w wysokości 29.163,96 zł, a także wskazał, że:

„Szczególne parametry pracowników, których wykonawca zamierza skierować do realizacji zamówienia, to:

1. wszyscy pracownicy są w wieku powyżej 55 lat w przypadku kobiet lub powyżej 60 lat w przypadku mężczyzn, który znosi obowiązek odprowadzania za tych pracowników składek na Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych,
2. wszyscy pracownicy posiadają staż pracy poniżej 10 lat, który uprawnia pracowników do

jedynie 20 dni urlopu wypoczynkowego w roku kalendarzowym.

Spośród osób, które wykonawca planuje skierować do realizacji zamówienia:

- żadna osoba nie przedstawiła dokumentów potwierdzających zdobyte wykształcenie,
- jedynie dwie osoby przedstawiły dokumenty potwierdzające staż pracy (w obu przypadkach na krótkie okresy (Dowód nr 20).

Podkreślić należy, że to na pracowniku ciąży obowiązek wykazania stażu pracy. Pracodawca nie może niejako „z urzędu” uznać pracownikowi uprawnienia do 26 dni urlopu wypoczynkowego tylko z racji jego wieku. Staż pracy musi zostać odpowiednio udokumentowany przez samego pracownika i dopiero na podstawie tej dokumentacji pracodawca może uznać jego prawo do 26 dni urlopu wypoczynkowego.

Skoro pracownicy wykonawcy nie udokumentowali stażu pracy uprawniającego do 26 dni urlopu wypoczynkowego, to z oczywistych względów wykonawca nie jest w stanie przedstawić więcej dowodów niż wskazane wyżej oraz oświadczenie własne. Oświadczam, że pracownicy nie udokumentowali stażu pracy uprawniającego do 26 dni urlopu wypoczynkowego”.

Do ww. wyjaśnień przystępujący załączył:

- 1) kalkulator kosztów realizacji zamówienia,
- 2) przykładowe dokumenty potwierdzające poziom wynagrodzeń pracowników wykonawcy,
- 3) dokumenty potwierdzające staż pracy dwóch pracowników wykonawcy,
- 4) przykładową informację o warunkach zatrudnienia u wykonawcy,
- 5) informację o wysokości stopy składki na ubezpieczenie wypadkowe,
- 6) referencję ze ZWIK Łódź potwierdzającą niedawny termin zakończenia usługi,
- 7) przykładowe umowy na monitoring obiektów wraz z interwencją patrolu.

Pismem z dnia 11.10.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

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 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, 3, 5 i 6 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

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

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z przytoczonych przepisów wynika, że okoliczności wskazywane przez wykonawcę w wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty, które mają wpływ na wysokość tej ceny, powinny być wykazane dowodami (art. 224 ust. 1 i 6 ustawy Pzp). Wyjaśnienia zatem nie tylko muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie zweryfikować sposób skalkulowania ceny i uwzględnienie w niej wszystkich niezbędnych

elementów zamówienia, ale muszą być też poparte dowodami, aby zamawiający mógł się upewnić, że wyjaśnienia te są wiarygodne. Sam zresztą zamawiający, w wezwaniu z dnia 29.06.2022 r., podkreślił, że wyjaśnienia muszą być złożone „wraz z przedstawieniem wiarygodnych dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, potwierdzających w sposób obiektywny złożone wyjaśnienia”.

W przedmiotowej sprawie ani zamawiający, ani przystępujący, nie kwestionowali wyliczeń odwołującego, z których wynika, że przyjęcie w wycenie 20-dniowego urlopu dla pracowników w wieku przekraczającym 55 lat (kobiety) lub 60 lat (mężczyźni) pozwoliło przystępującemu na obniżenie ceny jego oferty, natomiast przyjęcie 26-dniowego urlopu, nawet tylko dla 9 pracowników, spowodowałoby realizowanie zamówienia ze stratą. Skoro zatem przyjęcie 20-dniowego urlopu dla ww. pracowników ma w niniejszej sprawie decydujące znaczenie dla tego, czy przystępujący w ogóle osiągnie zysk, to niewątpliwie jest to okoliczność, która powinna zostać udowodniona. Przystępujący powinien zatem wykazać dowodami, że jest w stanie zatrudnić ok. 70 osób w wieku ponad 55 i 60 lat, z takim stażem pracy lub wykształceniem, które pozwalają im na skorzystanie z urlopu w wymiarze jedynie 20-dniowym (art. 154 § 1, art. 154¹ § 1 i art. 155 § 1 kodeksu pracy).

Powyższe pośrednio potwierdza także powoływany przez strony i przystępującego wyrok z dnia 21.10.2021 r. o sygn. akt KIO 2833/21, w którym Izba wprawdzie stwierdziła jedynie konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sprawie ceny jego oferty, niemniej jednak wskazała także: *„Mając na uwadze przytoczone przepisy Kodeksu pracy, treść SWZ, a także w oparciu o zasady logiki i doświadczenia życiowego, stwierdzić należy, że osoby w wieku przedemerytalnym, o doświadczeniu i uprawnieniach wymaganych w SWZ, przeważnie będą legitymować się okresem stażowym uprawniającym do pełnego wymiaru urlopu wypoczynkowego. Aczkolwiek mogą istnieć wyjątki od tej reguły, to jednak okoliczność ta winna podlegać wyjaśnieniu przez Zamawiającego, a Przystępujący powinien wykazać realność przyjętych założeń w zakresie kosztów pracy i potwierdzić tę realność dowodami. Jeżeli Przystępujący faktycznie dysponuje – jak twierdzi – osobami w wieku przedemerytalnym, które nie mają udokumentowanego stażu pracy i świadczyły usługi na podstawie umów zleceń i to takie właśnie założenia przyjął w kalkulacji, to powinien w ramach wyjaśnień okoliczność tę wykazać stosownymi dowodami. W przeciwnym razie potwierdzi się teza odwołania, że nie jest możliwa realizacja zamówienia za zaoferowaną przez Przystępującego cenę bez straty po stronie wykonawcy”*. Izba stwierdziła zatem, że zatrudnienie osób w wieku powyżej 55 i 60 lat z prawem do jedynie 20-dniowego urlopu wymaga udowodnienia, dlatego nakazała wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami. Odnosząc się przy tym do argumentacji zamawiającego i przystępującego, zgodnie z którą po zapadnięciu ww. wyroku wykonawca złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że nie dysponuje dokumentami pracowników potwierdzającymi staż pracy

uprawniającego do wyższego wymiaru urlopu i mimo to jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, na co nie wniesiono odwołania, należy stwierdzić, że:

- po pierwsze, z powyższego wynika, że prawidłowość złożonych ostatecznie wyjaśnień o ww. treści nie została w tym przypadku oceniona przez Izbę ani w ww. wyroku KIO 2833/21 ani w żadnym innym,
- po drugie, fakt dokonania określonej czynności przez jednego zamawiającego (w tym wypadku – uznania wyjaśnień za wystarczające i wybrania oferty za najkorzystniejszą) nie oznacza, że czynność ta została dokonana prawidłowo i że stanowi wzór do naśladowania dla innych zamawiających.

Wracając do sprawy będącej przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego, należy zauważyć, że przystępujący nie złożył dowodów potwierdzających, że ma możliwość zatrudnienia ok. 70 osób w wieku ponad 55 i 60 lat, którym ze względu na staż pracy lub wykształcenie, przysługuje urlop w wymiarze jedynie 20 dni. W szczególności nie jest takim dowodem, zawarte w wyjaśnieniach na str. 4, oświadczenie własne przystępującego o treści: „Oświadczam, że pracownicy nie udokumentowali stażu pracy uprawniającego do 26 dni urlopu wypoczynkowego”. Oświadczenie własne może być bowiem dowodem jedynie w sytuacji, gdy obiektywnie nie istnieje możliwość wykazania danej okoliczności w inny sposób. Tymczasem przystępujący mógł wykazać uprawnienie ww. osób do jedynie 20-dniowego wymiaru urlopu poprzez złożenie podpisanych przez nie CV lub oświadczeń o wykształceniu i stażu pracy. Niepodobna uwierzyć, że 70 osób miałyby zbiorowo odmówić złożenia takich oświadczeń lub CV, zatem przedstawienie dowodów w tej postaci nie powinno stanowić dla przystępującego niemożliwej do pokonania przeszkody.

Nie można się też zgodzić z przystępującym, że same wyliczenia ceny oferty są wystarczającym dowodem w tej sprawie. To, czy wyliczenia będą stanowić wystarczający dowód uzasadniający cenę oferty zależy m.in. od charakteru zamówienia, czy konkretnej okoliczności, która ma być wykazana. W tym przypadku, tj. przyjęcia do wyceny 20-dniowego urlopu, nie można uznać, że sama kalkulacja ceny oferty jest adekwatnym dowodem, gdyż potwierdza ona jedynie sposób obliczenia ceny oferty, a nie to, że przystępujący jest w stanie zatrudnić ok. 70 osób w określonym wieku i z określonym wykształceniem lub doświadczeniem zawodowym dającym prawo do jedynie 20-dniowego urlopu.

Nie można także uznać za prawidłowe czynności zamawiającego, który stwierdził, że ocenił cenę oferty przystępującego jako realną m.in. na podstawie dołączonych do wyjaśnień referencji. Referencje potwierdzają należyte wykonanie danej umowy, nie zaś prawidłowość skalkulowania ceny oferty, w tym zwłaszcza dysponowanie ok. 70-ma osobami w wieku ponad 55 i 60 lat ze stażem pracy lub wykształceniem uprawniającym do urlopu w wymiarze jedynie 20 dni. Nie jest to więc dowód właściwy do potwierdzenia ww. okoliczności.

Skoro zatem przystępujący nie wykazał dowodami okoliczności mającej znaczenie dla sposobu skalkulowania przez niego ceny oferty i wysokości tej ceny, a nawet przesądzającej o tym, czy w ogóle ma on szansę osiągnąć zysk, to nie można uznać, że jego wyjaśnienia uzasadniają podaną w ofercie cenę. Z uwagi na powyższe Izba uwzględniła odwołanie i nakazała m.in. odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

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

Izba uznała za nieprzydatne dowody złożone na rozprawie przez przystępującego:

- w postaci oświadczeń podpisanych w trybie art. 29 § 3 kodeksu pracy, ponieważ w pkt 3 zacytowano w nich jedynie art. 154 § 1 kodeksu pracy, bez wskazania, jaki konkretnie wymiar urlopu przysługuje danemu pracownikowi,
- informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, którego dotyczył wyrok KIO 2833/21, z przyczyn, o których mowa powyżej w zakresie dotyczącym tego wyroku.

Izba uznała także za nieprzydatny dowód złożony na rozprawie przez odwołującego w postaci odwołania złożonego przez przystępującego w innym postępowaniu odwoławczym, ponieważ to jakie wyroki przystępujący powoływał w innej sprawie nie ma znaczenia dla przedmiotowej sprawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 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).

Przewodniczący