Sygn. akt: KIO 1277/22

WYROK

z dnia 30 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 27 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 11 maja 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum w składzie: Basma Security Sp. z o. o., MW Scorta Sp. z o. o., Cerber Ochrona Sp. z o. o. z siedzibą lidera w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Wojewódzką Bibliotekę Publiczną im. Hieronima Łopacińskiego w Lublinie

przy udziale wykonawcy Ekotrade Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Ekotrade Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

3. Zasądza od zamawiającego Wojewódzkiej Biblioteki Publicznej im. Hieronima Łopacińskiego w Lublinie na rzecz odwołującego Konsorcjum: Basma Security Sp. z o.o., MW Scorta Sp. z o. o., Cerber Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie kwotę 11 100 zł (słownie: jedenaście tysięcy sto 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 2021 r., poz. 1129) 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: .....

Sygn. akt KIO 1277/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Wojewódzka Biblioteka Publiczna im. Hieronima Łopacińskiego w Lublinie, dalej jako: „Zamawiający", prowadzi postępowanie w trybie podstawowym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), dalej jako: „ustawa PZP", na ,,Świadczenie usługi ochrony osób i mienia w Wojewódzkiej Bibliotece Publicznej im. H. Łopacińskiego w Lublinie". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 stycznia 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00037978/01.

W dniu 11 maja 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum w składzie: Basma Security Sp. z o. o., MW Scorta Sp. z o. o., Cerber Ochrona Sp. z o. o. z siedzibą lidera w Warszawie, w którym zarzucili oni Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy PZP poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez EKOTRADE, mimo iż złożone przez ww. wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniły podanej w ofercie ceny, a w konsekwencji cena podana przez EKOTRADE jest ceną rażąco niską oraz

alternatywnie, na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutu

2) naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy PZP poprzez błędną ocenę oferty wykonawcy EKOTRADE i przyznanie mu maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert „doświadczenie personelu Wykonawcy wyznaczonego do realizacji zamówienia", podczas gdy, jak wynika z wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wykonawca ten nigdy nie zamierzał skierować do realizacji zamówienia wskazanych w formularzu ofertowym osób.

W związku z postawionymi zarzutami Zamawiający wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty EKOTRADE oraz dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego oraz alternatywnie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1 o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert i dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

Argumentując postawione zarzuty, Odwołujący wskazywał, co następuje:

Zdaniem Odwołującego, po analizie SWZ, nie ulega żadnej wątpliwości, że Zamawiający sformułował wymóg, aby osoby wskazane w Formularzu ofertowym, celem uzyskania przez wykonawcę punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert o wadze aż 45%, miały być skierowane do realizacji przedmiotowego zamówienia. Wobec powyższego oczywistym jest, że kalkulując ofertę wykonawca EKOTRADE zobowiązany był uwzględnić koszty pracy tych konkretnych, wymienionych z imienia i nazwiska pracowników, albowiem to dokładnie te osoby wykonawca EKOTRADE zamierzał skierować do realizacji zamówienia i to dzięki tym konkretnym osobom, uzyskał maksymalną ilość punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert. Oczywistym jest także, że EKOTRADE kalkulował ofertę na moment jej składania (a więc przy założeniu, że konkretne, wskazane w ofercie na potrzeby kryterium oceny ofert osoby, będą ją realizować, nie zaś na potrzeby i moment wyjaśnień rażąco niskiej ceny). Podkreślić należy, że wykonawca EKOTRADE nie wykazał, że rzeczywiście takimi osobami dysponuje, a jedynie gołosłownie powołuje się na taką okoliczność.

Odwołujący podkreślił, iż w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Wykonawca EKOTRADE oświadczył, że wszystkie osoby skierowane do realizacji zamówienia są w wieku powyżej 60 lat (mężczyźni), dla których nie będzie obowiązku odprowadzania ubezpieczenia na Fundusz

Pracy - FGŚP, co jednak nie jest prawdą. Odwołujący wskazał przy tym na posiadane dowody, iż osoby, na które w wyjaśnieniach RNC powołuje się wykonawca EKOTRADE nie są w wieku powyżej 60 lat, a tym samym wykonawca w sposób nieuprawniony powołał się

na możliwość obniżenia kosztów w stosunku do tych pracowników.

Odwołujący dodał również, iż argumentacja jakoby wykonawca EKOTRADE dysponował personelem, który zostanie skierowany do realizacji zamówienia i któremu przysługuje urlop wypoczynkowy w wymiarze 20 dni, co pozwala mu na dokonanie oszczędności, nie została w żaden sposób udowodniona. Dotyczy to również innych okoliczności wpływających na możliwość obniżenia ceny.

Zdaniem Odwołującego wykonawca EKOTRADE pomimo wielokrotnych wezwań Zamawiającego nie przedłożył ani jednego dowodu na poparcie twierdzeń umożliwiających obniżenie kosztów realizacji usługi (dot. Funduszu Pracy, FGŚP, 20 dniowego urlopu). Wykonawca EKO-TRADE nie wykazał, że dysponuje osobami o wymienionych wyżej cechach, a jednocześnie z okoliczności dysponowania takimi właśnie osobami wywodzi twierdzenie, że jego cena nie jest rażąco niska. Dlatego też wykonawca EKOTRADE nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny i z tego względu jego oferta powinna zostać odrzucona.

Bez względu na powyższe podkreślić należy, że ostatecznie Zamawiający nie ma i nie może mieć pewności:
- jakie osoby wykonawca EKOTRADE finalnie zamierza skierować do realizacji zamówienia,

- czy osoby te są w wieku powyżej 60 roku życia, są zatrudnione na umowę o pracę, mają wymagane kwalifikacje i doświadczenie, mają prawo wyłącznie do 20 dni urlopu i nie nabędą

prawa do 26 dni urlopu w trakcie realizacji zamówienia (24 miesiące) - a te właśnie okoliczności miały wskazywać, że cena zaoferowana przez EKOTRADE nie jest rażąco niska,

- w konsekwencji wykonawca EKOTRADE nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny.

Odnośnie zarzutu alternatywnego Odwołujący wskazał, iż wykonawca EKOTRADE nigdy nie zamierzał skierować do realizacji zamówienia wskazanych w formularzu ofertowym osób i tym samym nie mógł za te osoby otrzymać punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert. Jak bowiem wynika z wyjaśnień rażąco niskiej ceny, EKOTRADE od początku, przyjmował, że do realizacji zamówienia skieruje osoby powyżej 60-roku życia, zatrudnione na umowę o pracę i posiadające prawo jedynie do 20 dni urlopu i na takiej właśnie podstawie skalkulował ofertę. Tymczasem osoby wskazane w formularzu ofertowym, nie mają takich właściwości - mogących wpłynąć na obniżenie kosztów.

W wyjaśnieniach EKOTRADE nie sposób znaleźć przyczyn, dla których ww. wykonawca nie wskazał w formularzu ofertowym osób, które pozwoliły mu oszacować ofertę na takim właśnie poziomie - tj. 9 osób w wieku powyżej 60 lat, zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, uprawnionych do urlopu wypoczynkowego w wymiarze 20 dni, które nie nabędą prawa do urlopu w wyższym wymiarze w przeciągu 24 miesięcy, posiadających wymagane w SWZ uprawnienia i doświadczenie. Wobec tego uzasadniony jest wniosek, że ww. wykonawca dokonał świadomej manipulacji celem uzyskania przedmiotowego zamówienia. Polegała ona na wskazaniu w formularzu ofertowym osób spełniających wymogi zamawiającego wyłącznie dla uzyskania dodatkowych punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert, które to osoby nigdy nie miały w rzeczywistości realizować zamówienia, pomimo takiego wymogu w SWZ. A jednocześnie, szacując ofertę, wykonawca uwzględniał od samego początku zupełnie inne osoby. Takie działanie pozwoliło EKOTRADE uzyskać maksymalną ilość w pozacenowym kryterium oceny ofert i jednocześnie najniższą cenę.

Powyższa argumentacja zdaniem Odwołującego powinna skutkować uwzględnieniem odwołania.

Pismem z dnia 16 maja 2022 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca EKOTRADE, przedstawiając również swoje stanowisko. Zdaniem Przystępującego odwołanie w całości oparte jest na nieuprawnionym twierdzeniu, że wybrany wykonawca zobowiązany jest realizować przedmiot zamówienia personelem wskazanym z nazwiska w ofercie. Odwołujący wybiórczo analizuje zapisy SWZ, całkowicie pomijając projekt umowy oraz ogólne zasady systemu zamówień publicznych. Przystępujący powołał treść motywu 94 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, z którego jego zdaniem wynika

wprost, że zastąpienie personelu jest możliwe - za zgodą zamawiającego, który weryfikuje

czy osoby zmieniające zapewniają równoważny poziom jakości, czyli po prostu czy posiadają co najmniej takie same kwalifikacje jak zaoferowane w ofercie.

Zdaniem Przystępującego w pkt 7 odwołania Odwołujący mija się z prawdą, gdyż Przystępujący tylko jeden raz został wezwany do złożenia wyjaśnień ceny oferty (pismo z 03.03 br.). Następnie Zamawiający dwa razy zwrócił się o uszczegółowienie wyjaśnień (pisma z 11.03. br. i 17.03. br.). Z kolei podstawą prawną czwartego z wezwań skierowanych do Przystępującego (pismo z 28.04. br.) był art. 223 ust. 1 ustawy PZP, a więc to wezwanie nie było związane w procedurą badania ceny oferty. Przystępujący oświadczył, że dysponuje osobami o określonych parametrach oraz szczegółowo wyjaśnił dlaczego nie może przedstawić innych dowodów. Odwołujący zdaje się oczekiwać przedstawienia namacalnych dowodów, chociaż Przystępujący szczegółowo wyjaśnił dlaczego jest to niemożliwe.

Zdaniem Przystępującego zarzut dotyczący błędnej oceny oferty Przystępującego oparty jest na błędnym przekonaniu Odwołującego, że dla oceny ofert istotne jest skierowanie do realizacji zamówienia dokładnie tego samego zespołu pracowników jak wskazany w ofercie. W związku z powyższym wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Pismem z dnia 26 maja 2022 r. odpowiedź na odwołanie wniósł Zamawiający, w treści której ustosunkował się do zarzutów i twierdzeń Odwołującego. W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał na porównanie cen ofert, jakie wpłynęły w prowadzonym postępowaniu. Z przedstawionej tabeli wyraźnie wynika, że różnica między ceną oferty złożonej przez Odwołującego, a ofertą spółki Ekotrade wynosi - w całym, 24-miesięcznym okresie realizacji zamówienia - zaledwie 13 665,60 zł brutto (!), przy czym obecna wartość miesięcznej usługi świadczonej przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego to 46 158,65 zł brutto.

Następnie Zamawiający przyznał, iż wezwanie do wyjaśnień ceny miało miejsce, jednak spowodowane było to wniesionym odwołaniem, które zostało przez Zamawiającego uwzględnione, a nie istnieniem obligatoryjnych przesłanek do sporządzenia wezwania określonych w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 3 marca 2022 r., Przystępujący pismem z dnia 4 marca 2022 r. udzielił wyjaśnień oraz złożył stosowne dowody, m.in. kalkulator do obliczenia ceny oferty, w którym wyszczególnione zostały czynniki cenotwórcze mające wpływ na wysokość zaoferowanej stawki za roboczogodzinę, a co za tym idzie - na całą cenę oferty. Analiza tego dokumentu potwierdzała, że Wykonawca zgodnie z obowiązującymi przepisami skalkulował wysokość wynagrodzenia dla pracownika (tj. 3 010,00 zł), czy chociażby przewidział wypłatę dodatku za pracę w porze nocnej. W innych pozycjach zostały wskazane należności publicznoprawne, jak i koszty poboczne - z zastrzeżeniem, że obejmują one wartości uśrednione. Co istotne, przedstawione wyliczenie zawierało także pozycję potwierdzającą skalkulowanie przez Wykonawcę miesięcznego zysku.

Jednocześnie Wykonawca opisał m.in. okoliczności związane z optymalizacją kosztów zatrudnienia, z uwagi na zaangażowanie personelu o konkretnych parametrach (kryterium wieku - znoszące obowiązek odprowadzania składek na Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych oraz kryterium stażu pracy - uprawniające do

udzielenia pracownikowi 20 dni urlopu wypoczynkowego w roku kalendarzowym).

Zamawiający podkreślił, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie określają katalogu dowodów, które wykonawca jest zobowiązany przedłożyć Zamawiającemu w celu uzasadnienia wyceny złożonej oferty. Z tego wynika, iż każdy dowód, który w ocenie Wykonawcy potwierdza stanowisko prezentowane w składanych przez niego wyjaśnieniach, może być uznany za przydatny w dokonywanej przez Zamawiającego ocenie. W ocenie Zamawiającego okoliczności uzasadniające przyjęte przez Wykonawcę Ekotrade wartości cenowe dla kalkulacji złożonej oferty, zostały wyjaśnione i udowodnione w sposób wyczerpujący, także za pośrednictwem własnych oświadczeń Wykonawcy - obowiązujące przepisy nie dają podstawy do żądania w tym zakresie od Wykonawcy określonych dowodów.

Powyższe prowadziło więc do zaakceptowania przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień i ostatecznie do wyboru oferty Przystępującego.

Zamawiający wskazał również, że przyczyną odrzucenia oferty może być wyłącznie rażące

zaniżenie całej ceny lub jej części składowych, ale tylko takich, które mają charakter istotny. Cena całkowita oferty Przystępującego nie była zaś przez Odwołującego kwestionowana - trudno zresztą podważać cenę, która w znikomym stopniu jest niższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Skoro zarzuty odwołania dotyczyły zaniżania części składowych ceny, to Odwołujący miał obowiązek wykazać ich istotność, czego jednak w ocenie Zamawiającego nie dowiódł.

W opinii Zamawiającego nie może zasługiwać na uwzględnienie zarzut rażąco niskiej ceny oferty Wykonawcy oparty jedynie na polemice z treścią złożonych przez spółkę Ekotrade wyjaśnień oraz oświadczeń i zmierzający do kwestionowania personelu skierowanego do realizacji zamówienia. Zgodnie z postanowieniami SWZ oraz udzielonymi przez

Zamawiającego odpowiedziami na etapie poprzedzającym składanie ofert, kluczowymi wymaganiami odnośnie personelu był fakt zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę, z których wszyscy mieli być wpisani na ,,listę kwalifikowanych pracowników ochrony", a osoby wykazywane dodatkowo w formularzu ofertowym - miały legitymować się konkretnym doświadczeniem. Zamawiający nie dopuścił możliwości realizacji usługi przez osoby niepełnosprawne z racji specyfiki usługi oraz barier architektonicznych w ochranianych budynkach. Odwołujący nie podważył, aby osoby określone przez Przystępującego w ofercie nie spełniały wymaganych w SWZ przymiotów bądź nie posiadały deklarowanego doświadczenia, kwestionując (w kontekście ceny, ale bez jakiegokolwiek odniesienia do jej istotnych części składowych czy chociażby własnej kalkulacji), wyłącznie ich wiek oraz wymiar przysługującego im urlopu.

Odnośnie zarzutu ewentualnego Zamawiający wskazał, iż z treści przedmiotowego zarzutu wynika twierdzenie Odwołującego jakoby Wykonawca Ekotrade nigdy nie zamierzał skierować do realizacji zamówienia osób wskazanych w formularzu ofertowym i tym samym nie powinien otrzymać maksymalnej punktacji za to kryterium. Zarzut dotyczy właściwie jedynie wieku wykazanych przez Przystępującego dwóch osób - Odwołujący nie kwestionuje faktu wpisania tych osób na ,,listę kwalifikowanych pracowników ochrony", czy też posiadanego przez nich doświadczenia, które to przesłanki były podstawą do przyznania spółce Ekotrade punktacji.

Niezaprzeczalnie Zamawiający miał możliwość zastosowania kryterium doświadczenia personelu w niniejszym postępowaniu, jednakże formułując wymóg skierowania tych osób do realizacji zamówienia (usługa ma być świadczona przez 24 miesiące od dnia zawarcia umowy), ze względów racjonalnych, ale także przy uwzględnieniu treści 94 motywu Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zobligowany był przewidzieć w treści wzoru umowy możliwość zastąpienia tego personelu, co też uczynił. Zatem, jakakolwiek modyfikacja treści oferty Przystępującego w zakresie wykazanego personelu jest co do zasady dopuszczalna, ale będzie każdorazowo badana przez Zamawiającego i będzie uzależniona od uzyskania jego zgody.

Wobec powyższej argumentacji Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawcę EKOTRADE,

zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego. Przystąpienie wpłynęło w terminie, a Przystępujący wskazał na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba rozpatrując odwołanie wzięła również pod uwagę dokumentację postępowań odwoławczych, które uprzednio toczyły się w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozpatrywanych przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygnaturami KIO 568/22 oraz KIO 903/22. Izba uwzględniła także w

ramach materiału dowodowego złożone przez Odwołującego: zaświadczenia o wpisie na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, a także przez Zamawiającego: umowę na usługę pełnienia ochrony osób i mienia z dnia 14 marca 2022 r. wraz z aneksem nr 1 i 2.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie na „Świadczenie usługi ochrony osób i mienia w Wojewódzkiej Bibliotece Publicznej im. H. Łopacińskiego w Lublinie".

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdz. III ust. 3 SWZ) określono, iż usługa ma być realizowana przez osoby legitymujące się wpisem na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej (dwie osoby na zmianie), które dodatkowo muszą być zatrudnione przez

Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy (Rozdz. III ust. 13 SWZ).

Jednocześnie, jako warunek udziału w postępowaniu, zastrzeżono wymóg wykazania się przez Wykonawcę dysponowania personelem w ilości minimum 9 osób wpisanych na „listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej" (Rozdz. V ust. 1 pkt 4 lit. b SWZ).

Oferty oceniane były na podstawie dwóch kryteriów: cena (waga - 55 %) oraz doświadczenie personelu Wykonawcy wyznaczonego do realizacji zamówienia (waga - 45%), przy czym punktowane było doświadczenie personelu wykraczające ponad minimalny poziom określony w Rozdz. V ust. 1 pkt 4 lit. b SWZ, a konkretnie minimum 12-miesięczne doświadczenie zawodowe jako pracownik ochrony (zdobyte po wpisaniu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej), uzyskane przy świadczeniu usługi ochrony w ramach specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych w budynkach użyteczności publicznej podlegających obowiązkowej ochronie przez specjalistyczne uzbrojone formacje

ochronne (Rozdz. XIII ust. 3 SWZ).

Dodatkowo Zamawiający sformułował zastrzeżenie, iż osoby wskazane w „Formularzu Ofertowym", celem uzyskania przez Wykonawcę punktów w ramach kryterium DPW będą skierowane do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający w dniu 21 lutego 2022 r. zawiadomił wykonawców o zakończeniu badania i oceny ofert oraz wyborze oferty wykonawcy EKOTRADE. Odwołujący w dniu 28 lutego 2022 r. złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej wskazując, że w przedmiotowym postępowaniu zaistniały okoliczności uzasadniające wezwanie wykonawcy EKOTRADE do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Dnia 3 marca 2022 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i rozpoczął procedurę wyjaśniania rażąco niskiej ceny. Sprawa prowadzona pod sygnaturą akt KIO 568/22.

W ramach wyjaśnień ceny skierowane zostały do Przystępującego wezwania z dnia 3 marca 2022 r. oraz doprecyzowujące je wezwania z dnia 11 oraz 17 marca 2022 r. Dodatkowo, dnia 28 kwietnia 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP.

W dniu 6 maja 2022 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez Ekotrade Sp. z o.o. z siedzibą w

Warszawie.

Izba zważyła, co następuje:

Na uwzględnienie zasługiwał zarzut nr 1, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2

w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy PZP poprzez

wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez EKOTRADE, mimo iż złożone przez ww. wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniły podanej w

ofercie ceny, a w konsekwencji cena podana przez EKOTRADE jest ceną rażąco niską. Wobec powyższego, zarzut nr 2, który był zarzutem ewentualnym, nie podlegał rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności Izba pragnie zwrócić uwagę na treść art. 224 ust. 6 ustawy PZP, zgodnie z którym 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. Przepis ten w ocenie Izby znacząco odmiennie reguluje kwestię odrzucenia oferty niż obowiązujący w uprzednim stanie prawnym art. 90 ust. 3, który nakazywał odrzucenie oferty, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W uprzednim stanie prawnym zatem zamawiający chcąc odrzucić ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy musiał poczynić tak ścisłe ustalenia, aby być w stanie wykazać wykonawcy, że z jego wyjaśnień i dowodów wynika, że zaoferowana cena jest rażąco niska, natomiast obecnie zamawiający ma dokonać oceny, czy wyjaśnienia i dowody uzasadniają podaną cenę lub koszt i może odrzucić ofertę jeśli jest w stanie wykazać za na podstawie udzielonych wyjaśnień i dowodów nie był w stanie uznać ceny lub kosztu za uzasadniony. Tym samym poprzestanie na twierdzeniach lub złożenie wyjaśnień niepopartych dowodami w obecnym stanie prawnym naraża wykonawcę na ryzyko, że zamawiający uzna te wyjaśnienia jako niewystarczające dla uzasadnienia ceny (tak: wyrok z dnia 8 września 2021 r., KIO 2031/21).

Dlatego też dla uwzględnienia odwołania zawierającego zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy PZP nie jest koniecznym wykazanie przez Odwołującego, że cena kwestionowanej przez niego oferty jest rażąco niska, a wystarczy jedynie wykazanie, że wyjaśnienia składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP, nie uzasadniają zaoferowanej przez niego ceny. Stwierdzenie powyższego prowadzi do tożsamych skutków jak uznanie ceny oferty za rażąco niską, tj. do jej odrzucenia na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

W pierwszej kolejności Izba pragnie zauważyć, iż twierdzenia Przystępującego zawarte w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 3 marca 2022 r., jakoby wezwanie Zamawiającego miało charakter ogólny, nie zasługują na uwzględnienie. Zamawiający precyzyjnie wskazał, iż jego wątpliwości dotyczą istotnej części składowej ceny jaką jest stawka za roboczogodzinę świadczenia usługi. Sprecyzował również jakie okoliczności powinny zostać przez wykonawcę wyjaśnione i wykazane, tj. zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, które nie mogą być niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalna stawka godzinowa, założenia przyjęte przez niego do kalkulacji ceny jednostkowej, zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, w tym wysokości ponoszonych należności publicznoprawnych (tj. składek ZUS pracodawcy, jak i ew. wykazania, czy zachodzą jakiekolwiek przesłanki uzasadniające zwolnienie pracodawcy z opłacania składek na FP lub FGŚP), wyliczeń wynagrodzenia z uwzględnieniem świadczenia pracy w porze nocnej, a także innych kosztów (jak np. PPK), czy należności, mających wpływ na ustalenie wysokości zaoferowanej stawki za roboczogodzinę.

Przystępujący w swoich wyjaśnieniach wskazywał, że głównymi atutami jego oferty, które pozwalają na obniżenie ceny ofertowej w większym stopniu niż konkurencja, jest dysponowanie określonym personelem, tj. osobami znajdującymi się 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 oraz fakt, iż wszyscy pracownicy posiadają staż pracy poniżej 10 lat, który uprawnia pracowników do jedynie 20 dni urlopu wypoczynkowego w roku kalendarzowym, co automatycznie powoduje obniżenie kosztów.

Izba nie neguje samej możliwości, chociaż mało prawdopodobnej, by osoby odpowiednio powyżej 55 lat w przypadku kobiet lub powyżej 60 lat w przypadku mężczyzn, legitymowały się stażem pracy poniżej 10 lat, co nie zmienia faktu, że okoliczność ta powinna zostać przez Przystępującego wyjaśniona i udowodniona. Przystępujący wskazywał jedynie w wyjaśnieniach, że to na pracowniku ciąży obowiązek wykazania stażu pracy, a pracodawca nie może z urzędu przyznać pracownikowi uprawnienia do 26 dni urlopu wypoczynkowego tylko z racji jego wieku. Skoro więc pracownicy stażu pracy nie udokumentowali, to niemożliwym jest przedstawienie przez Przystępującego dowodu innego niż oświadczenie własne.

Izba nie zgadza się z powyższym stwierdzeniem. Pamiętać należy, iż zgodnie z wymogami Zamawiającego, co zadeklarował również Przystępujący w składanych wyjaśnieniach,

wszystkie osoby skierowane do realizacji zamówienia musiały być zatrudnione u wykonawcy lub podwykonawcy na podstawie umowy o pracę. Formę i treść umowy o pracę, jak też wszelkie obligatoryjne elementy towarzyszące jej zawarciu uregulowane są w ustawie z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. z 2020 r., poz. 1320). Zgodnie z art. 29 § 3 pkt 3 ww. ustawy pracodawca informuje pracownika na piśmie, nie później niż w ciągu 7 dni od dnia zawarcia umowy o pracę, o wymiarze przysługującego pracownikowi urlopu wypoczynkowego. Nie jest zatem prawdą, że Przystępujący nie mógł przedstawić innego dowodu na potwierdzenie ww. okoliczności, niż oświadczenie własne, skoro zgodnie z powszechnie obowiązującym prawem, w przypadku zatrudnienia pracowniczego ma obowiązek poinformowania pracownika na piśmie o wymiarze przysługującego mu urlopu. Zdaniem Izby, nie było żadnych przeciwwskazań do tego, by odpowiednio zanonimizowane kopie takich informacji załączyć do wyjaśnień ceny, co rozwiałoby wszelkie związane z tą kwestią wątpliwości i potwierdziło prawidłowość założeń kalkulacji cenowej.

To samo dotyczy kwestii wieku pracowników, który pozwala wykonawcy na oszczędność kosztów związanych z odprowadzaniem składek na Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Po pierwsze należy wskazać, że przedłożone przez Przystępującego do wyjaśnień ceny dowody w postaci umów o pracę, które dotyczyły osób niewskazanych w formularzu ofertowym jako skierowanych do realizacji zamówienia, są zupełnie nieprzydatne przy formułowaniu oceny Zamawiającego w kontekście prawidłowości składanych wyjaśnień. Izba przyjmuje za własną argumentację Odwołującego, że kalkulując ofertę wykonawca EKOTRADE zobowiązany był uwzględnić koszty pracy tych konkretnych, wymienionych z imienia i nazwiska pracowników, albowiem to dokładnie te osoby wykonawca EKOTRADE zamierzał skierować do realizacji zamówienia i to dzięki tym konkretnym osobom, uzyskał maksymalną ilość punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert. Oczywiście wymiana personelu na etapie realizacyjnym jest możliwa. Natomiast ocenie podlegają oferty na moment ich skalkulowania i przyjęcia pewnych założeń, które na tym etapie są niezmienne. Zatem wyjaśnienia ceny Przystępującego winny odnosić się właśnie do tych konkretnych osób, które w formularzu zostały wskazane jako wyznaczone do realizacji zamówienia i na których właściwościach wykonawca opierał swoją kalkulację ceny. Uwzględniając zatem okoliczności stanu faktycznego, nie można zaakceptować sytuacji, w której na potrzeby oceny ofert w pozacenowym kryterium Przystępujący wskazuje w formularzu ofertowym pewne osoby, natomiast wyjaśnienia ceny odnoszą się do zupełnie innych osób lub do po prostu bliżej nieskonkretyzowanej grupy osób, powołując się przy tym na pewne właściwości tych osób, co do których nie ma pewności, iż legitymują się nimi również osoby wskazane w formularzu ofertowym.

Wskazać zatem należy, że powołując dysponowanie personelem w odpowiednim wieku, jako jeden z głównych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty, wykonawca powinien powyższe udowodnić. Mogło to nastąpić np. poprzez przedstawienie jako dowodów kopii umów o pracę, z których wynikałoby, że osoby na których właściwości powołuje się wykonawca, faktycznie są w wieku, który pozwala na zaoszczędzenie kosztów, choćby przez odtajnienie pierwszych dwóch cyfr numeru PESEL. Przesądziłoby to o zasadności założeń Przystępującego i realności obniżenia przez niego kosztu oraz spełniłoby obowiązek wykazania realności zaoferowanej ceny. Z pewnych względów Przystępujący tego zaniechał, a Zamawiający nie mógł bezrefleksyjnie przyjąć oświadczeń przez niego składanych skoro możliwym było przedłożenie innych dowodów.

Nie można również pominąć faktu, iż Odwołujący wykazał przedłożonymi dowodami, iż niektóre osoby wymienione przez Przystępującego w formularzu ofertowym, nie posiadają właściwości, na które w wyjaśnieniach ceny się on powołuje, tj. nie są w wieku pozwalającym na pominięcie kosztów związanych ze składkami na fundusz pracy i FGŚP, co poddaje w wątpliwość całość złożonych wyjaśnień.

Powyższe prowadzi do wniosku, iż Przystępujący nie wykazał okoliczności, które jego zdaniem wpłynęły na możliwość obniżenia ceny, chociaż mógł i powinien to zrobić. Nabiera to jeszcze większego znaczenia z uwagi na fakt, iż w składanych wyjaśnieniach Przystępujący podkreślał, iż dysponowanie personelem o odpowiednich właściwościach jest jego unikalną przewagą nad konkurencją, co pozwala mu zaoferować cenę na niższym poziomie. Z tego względu, tym bardziej Przystępujący powinien dążyć do wykazania powyższego Zamawiającemu, a Zamawiający do wyjaśnienia tej kwestii ponad wszelką wątpliwość.

Powyższe doprowadziło Izbę do wniosku, iż prawidłowa ocena wyjaśnień Przystępującego powinna doprowadzić Zamawiającego do uznania, że Przystępujący zaniechał wykazania okoliczności, które jak sam przyznał, pozwalają mu na zaoferowanie cen niższych niż

konkurencja. Powyższe świadczy o tym, że przedłożone przez niego wyjaśnienia nie uzasadniają zaoferowanej przez niego ceny, a tym samym jego oferta powinna zostać odrzucona.

Z tego względu przedmiotowy zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od

odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....