

Sygn. akt: KIO 154/24

WYROK

Warszawa, dnia 5 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Rams

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 stycznia 2024 r. przez wykonawcę 4M PLUS sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu,

w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Zachodniopomorskie -Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich,

orzeka:

- 1..... Oddala odwołanie;
- 2..... Kosztami postępowania obciąża wykonawcę

4M PLUS sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 154/24

UZASADNIENIE

W dniu 15 stycznia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy 4M PLUS sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu - Województwo Zachodniopomorskie - Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich ul. Szczecińska 31 75-122 Koszalin (dalej „Zamawiający”) niezgodne z

przepisami ustawy Pzp czynność polegające na:

- 1) odrzucenia oferty Odwołującego, którego oferta takiemu odrzuceniu nie podlegała, z uwagi błędnie przyjęte założenie, iż jakoby treść oferty Wykonawcy była niezgodna z warunkami zamówienia;
- 2) określeniu i zastosowaniu wymagań w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę w sytuacji, gdy wymóg ten ze względu na charakter zamówienia nie mógł zostać zastosowany;
- 3) wyborze oferty V-light traffic s.c. T. L., Ł. S., zawierającej rażąco niską cenę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy – V-light traffic s.c. T. L., Ł. S., którego oferta: zawiera rażąco niską cenę, stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności wskutek utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku;
- 5) zaniechaniu uzyskania rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień od V-light traffic s.c. T. L., Ł. S. w trybie art. 223 ust. 1 i art. 224 ust. 1 i 5 PrZamPubl w sprawie zaproponowanej ceny świadczenia usług, które wskazywałyby kompleksowo i spójnie obiektywne czynniki mające wpływ na ukształtowaną cenę (przekazane przez V-light traffic s.c. T. L., Ł. S. informacje nie uzasadniają w sposób precyzyjny podstawy i okoliczności ustalenia ceny ofertowej);
- 6) nieprawidłowym uwzględnieniu wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny złożonej przez V-light traffic s.c. T. L., Ł. S. za pismami z 06.01.2024 r. i 08.01.2024 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 95 ustawy Pzp poprzez określenie i zastosowanie wymagań związanych z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, w sytuacji,

gdy: Odwołujący nie zatrudnia żadnych pracowników, Odwołujący zamierzał realizować zamówienie za pośrednictwem

zasobów osobowych wykonawcy NowoNET M. M., wykonującego czynności w zakresie realizacji zamówienia osobiście lub za pośrednictwem umów o pracę.

- 2) art. 95 ust. 2 ustawy Pzp poprzez niewskazanie, który rodzaj czynności miałby być wykonywany przez osoby/osobę w oparciu o umowę o pracę;
- 3) art. 95 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie w sytuacji, gdy Zamawiający wymagał, aby usługi były wykonywane przez osobę posiadającą samodzielne funkcje techniczne w budownictwie (specjalność instalacyjna w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych);
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego zastosowania, w sytuacji gdy oferta Odwołującego była zgodna z warunkami zamówienia;
- 5) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, który zaoferował cenę rażąco niską i poprzez złożenie oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji, przede wszystkim polegającego na wykluczeniu innych wykonawców z dostępu do rynku;
- 6) art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny realizacji usługi, a tym samym oparcie decyzji w sprawie wyboru oferty na danych (wyjaśnieniach), które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny;
- 7) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uzyskania od V-light rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty (przekazane przez V-light traffic s.c. T. L., Ł. S. informacje nie uzasadniają w sposób precyzyjny podstawy i okoliczności ustalenia ceny ofertowej);
- 8) art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która jest niezgodna z ustawą, a w szczególności zawiera cenę rażąco niską, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 9) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku;
- 10) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 11) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę;
- 12) art. 224 ust. 5 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie ogólnych (nieprecyzyjnych) wyjaśnień i tym samym nieuwzględnienie obiektywnych czynników, które mają wpływ na wysokość zaproponowanej ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty; nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności: badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej; nakazanie Zamawiającemu nieodrzucaenia oferty złożonej przez Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu odrzuceniu oferty złożonej przez V-light traffic s.c. T. L., Ł. S. i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania albo alternatywnie unieważnienie postępowania w całości.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 9 stycznia 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty V-light traffic s.c. T. L., Ł. S. ul. Poznańska 2 66-400 Gorzów Wielkopolski w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym na: Bieżące utrzymanie i konserwację urządzeń sygnalizacji świetlnej w ciągach dróg wojewódzkich na terenie działania RDW w Pyrzycach. Przesyłając informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 09.01.2024 r. poinformował on także o odrzuceniu oferty Odwołującego powołując się na art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, iż: W złożonym Formularzu oferty, w pkt. 7 Wykonawca skreślił wymóg zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia opisane w Dziale III pkt. 4 SWZ. Artykuł 95 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych stanowi, że Zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia na usługi bądź roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2023 r., poz. 1465). Przepis ten jest bezwzględnie obowiązujący i nakazuje konkretne zachowanie Zamawiającego, polegające na obowiązku określenia wymagań związanych z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy danej grupy osób. Ponadto, poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 29 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym, Zamawiający określił w SWZ wymagania związane z realizacją zamówienia, wyznaczając m.in. wymóg zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę (ów) na podstawie stosunku pracy wszystkich osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności, wymagań realizacji zamówienia szczegółowo określone w Rozdziale C SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, tj. bieżącego utrzymania i konserwacji urządzeń sygnalizacji

świetlnych w ciągach dróg wojewódzkich na terenie działania RDW w Pyrzycach, a Wykonawca w swojej ofercie nie zobowiązał się do wykonania zamówienia zgodnie z powyższym wymogiem. Należy zatem uznać, że treść oferty nie jest zgodna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego i podlega odrzuceniu na wyżej wskazanej podstawie prawnej.

Zdaniem Odwołującego, z powyższym jednak nie można się zgodzić, ponieważ:

a) Odwołujący nie zatrudnia żadnej osoby, a zatem nie mógł złożyć oświadczenia w treści wskazanej przez Zamawiającego tj. OŚWIADCZAM, że do realizacji zamówienia zatrudniam na podstawie stosunku pracy osoby wykonujące czynności w zakresie realizacji zamówienia opisane w Dziale III pkt 4 SWZ. Jednocześnie czynności przewidziane w zamówieniu zamierzał wykonywać z uwzględnieniem zasobów zespołu osobowego NowoNET M. M. z siedzibą w Gryficach ul. Sienkiewicza 11, zgodnie z pkt 9 oferty Odwołującego;

b) wymóg, o którym mowa w Dziale III pkt 4 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) nie został skonkretyzowany co do konkretnych czynności (rodzaju czynności), które miałyby być wykonywane na podstawie umowy/umów o pracę, podczas gdy zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający powinien wskazać czynności w zakresie realizacji zamówienia, a zatem nie powinien ich formułować w sposób ogólny i szeroki, uniemożliwiający porównanie ofert;

c) wymóg, o którym mowa w Dziale III pkt 4 SWZ nie powinien w ogóle zostać sformułowany i zawarty w Specyfikacji Warunków Zamówienia ze względu na wymagania Zamawiającego, aby zamówienie było realizowane przez:

a) osobę posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych – tak Rodział C – Opis Przedmiotu Zamówienia pkt 4 SWZ, zgodnie z którym: Przy wykonywaniu zamówienia od strony Wykonawcy musi uczestniczyć min. 1 osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

b) zapewnienie stałych, całodobowych dyżurów osoby posiadającej uprawnienia budowlane do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (specjalność instalacyjna w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych) – tak Rozdział C – Opis Przedmiotu Zamówienia pkt 8 lit. c) SWZ, zgodnie z którym: Dyspozycyjność Wykonawcy/Wykonawca powinien posiadać: (...)

c) stałe, całodobowe dyżury osoby posiadającej uprawnienia budowlane do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (specjalność instalacyjna w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych),

podczas gdy czynności wykonywane przez te osoby nie są wykonywane w ramach umów o pracę, ze względu na samodzielność tych osób, co zostało również potwierdzone w opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

AD A. UZASADNIENIE ZARZUTU BRAKU UWZGLĘDNIENIA OSOBISTEJ PRACY ORAZ FAKTU BRAKU ZATRUDNIENIA OSÓB NA UMOWĘ O PRACĘ PRZEZ WYKONAWCĘ

Odwołujący wskazał, że nie zatrudnia osób na umowie o pracę. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie ma obowiązku zatrudnienia osób na umowę o pracę i nie może składać nieprawdziwego oświadczenia w tym zakresie. Odwołujący w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu posłużył się zasobami podwykonawcy NowoNET M. M., który udostępnił również zasoby osobowe. Zamawiający w SWZ, sprzecznie z art. 95 ustawy Pzp, pominął możliwość wykonywania zamówienia osobiście, tj. poprzez wykonywanie czynności osobiście lub za pośrednictwem podwykonawcy, który czynności będzie wykonywał na zasadzie jednoosobowej działalności gospodarczej (samozatrudnienie). Sam Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazuje bowiem, że wymóg zawarcia umowy o pracę nie obowiązuje w stosunku do samozatrudnionych. Fragment ten brzmi następująco: Wymaganie dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę powinno odnosić się zarówno do wykonawcy, jak i podwykonawców, którym wykonawca powierza realizację części zamówienia. Sformułowania użytego w Pzp:

„zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę” nie należy rozumieć jako alternatywy rozłącznej, umożliwiającej zamawiającemu postawienie stosownych wymagań – zgodnie z jego wyborem – tylko jednemu z tych podmiotów. Wymaganie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę będzie miało zastosowanie do obydwu z nich odpowiednio, w zakresie, w jakim osoby zaangażowane przez wykonawcę lub podwykonawcę do realizacji zamówienia wykonywać będą czynności wskazane przez zamawiającego. Podstawowym przesłaniem

tego przepisu jest, aby na podstawie stosunku pracy wykonywane były wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, a nie określany poziom zatrudnienia u wykonawcy lub podwykonawcy. Przepis ten nie znajduje natomiast zastosowania do osobistego wykonywania zamówienia przez osobę fizyczną, w tym również do przedsiębiorcy prowadzącego indywidualną działalność gospodarczą. [podk. własne – przypis autora] (Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz pod re. H. Nowaka i M. Winiarza, Warszawa 2021, str. 321) .

W ocenie Odwołującego, oznacza to zatem, że Zamawiający, jeśli miał wątpliwości (a powinien mieć!) co do złożonej przez Odwołującego oferty, winien w pierwszej kolejności wezwać go do wyjaśnienia, a nie odrzucać jego oferty. Odwołujący prawidłowo złożył ofertę wraz z oświadczeniem odzwierciedlającym sposób realizacji zamówienia, który zgodny jest z art. 95 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że w SWZ Zamawiający, sprzecznie z art. 95 ustawy Pzp, pominął możliwość wykonywania zamówienia osobiście, co jest kluczowym elementem naszej oferty. Wymóg

zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, jak wskazuje wyżej cytowany komentarz, nie ma zastosowania do osobistego wykonywania zamówienia przez przedsiębiorcę prowadzącego indywidualną działalność gospodarczą.

UZASADNIENIE ZARZUTU BRAKU OKREŚLENIA ZAKRESU CZYNNOŚCI WYKONYWANYCH PRZEZ OSOBĘ/OSOBY W OPARCIU O UMOWĘ O PRACĘ

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy. Zgodnie z art. 95 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku gdy zamawiający przewiduje wymagania w tym zakresie określa w dokumentach zamówienia w szczególności:

- 1) rodzaj czynności związanych z realizacją zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia;
- 2) sposób weryfikacji zatrudnienia tych osób;
- 3) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę

wymagań związanych z zatrudnianiem tych osób oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań.

Zamawiający jednak nie wskazał jaki jest rodzaj czynności związanych z realizacją zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia. Wymaganie to bowiem zostało sformułowane w sposób ogólny, co uniemożliwia porównanie ofert złożonych przez poszczególnych wykonawców w tym postępowaniu. Jak wskazuje się w doktrynie: Niezgodne z treścią art. 29 ust. 3a PrZamPubl2004 [uw. aut. – obecnie art. 95 ust. 1] byłoby wskazanie tylko niektórych czynności, choćby miały znaczenie doniosłe dla zamawiającego i pominięcie innych mających np. znaczenie drugorzędne. Niedopuszczalne będzie zarówno scedowanie tego obowiązku na wykonawcę, np. w formie zapisu, że jeśli wykonawca ujawni po swojej stronie czynności o takim charakterze zobowiązany będzie zawrzeć z pracownikami je wykonującymi umowy o pracę, jak też nadmiernie ogólne ich wskazanie, np. w formie zapisu, że zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących czynności o takim charakterze podczas realizacji, etc. Oba opisane powyżej przypadki nie tylko mogą skutkować złożeniem przez wykonawców nieporównywalnych cenowo ofert (wykonawcy mogą różnie oceniać charakter tego samego stosunku, którego ocena należy do zamawiającego), ale też są niezgodne z treścią art. 29 ust. 1 PrZamPubl2004 [uw. aut. – obecnie art. 99 ust. 1], który w odniesieniu do precyzji opisu przedmiotu zamówienia zachowuje swoją moc. Podkreślić należy, że zamawiający zasadniczo nie zastępuje wykonawcy w określeniu sposobu realizacji świadczenia. W trakcie przygotowywania procedury przetargowej na zamówienie, Zamawiający ma obowiązek dokonać szczegółowej analizy, czy usługi mogą być wykonane przez osoby zatrudnione przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umów cywilnoprawnych, takich jak umowy o dzieło czy zlecenie. Kluczowe jest tu ustalenie, czy natura prawna tych umów odpowiada stosunkowi pracy. Jest to zadanie wymagające, ponieważ wymaga od Zamawiającego dogłębnej znajomości różnych aspektów pracy, zdefiniowanych w art. 22 § 1 Kodeksu Pracy, i opartych na specjalistycznej wiedzy. Zamawiający nie może jednak przekazywać tego obowiązku wykonawcy, na przykład poprzez warunek w umowie, że wykonawca musi zatrudniać na umowę o pracę osoby wykonujące prace o takim charakterze. Również nie jest dopuszczalne formułowanie tego wymogu w sposób zbyt ogólny, na przykład przez stwierdzenie, że Zamawiający wymaga zatrudnienia na umowę o pracę wszystkich osób wykonujących prace o określonym charakterze w ramach realizacji zamówienia. Zatem, w ocenie Odwołującego, treść Specyfikacji Warunków Zamówienia była w tym zakresie wadliwa, albowiem nie precyzowała czynności jakie miały być wykonywane przez osoby zatrudnione w oparciu o umowę o pracę, co tym samym uniemożliwiało porównanie ofert Wykonawców.

UZASADNIENIE ZARZUTU BŁĘDNEGO WYMAGU REALIZACJI ZAMÓWIENIA PRZEZ

OSOBY WYKONUJĄCE CZYNNOŚCI NA PODSTAWIE UMOWY O PRACĘ

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie powinien w ogóle zawierać w Specyfikacji Warunków Zamówienia wymogu o którym mowa w art. 95 ustawy Pzp, z uwagi na wymagania wobec osoby/osób wykonujących czynności w ramach zamówienia, które powinny posiadać uprawnienia budowlane do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. A mianowicie osoby te nie są zatrudniane w oparciu o umowę o pracę z uwagi na samodzielny charakter czynności, które realizują. Jak wskazuje się w doktrynie: Cechy stosunku pracy. Zgodnie z orzecznictwem SN najważniejszymi cechami stosunku pracy są:

- 1) okoliczność, że jest to zobowiązanie wzajemne; obowiązkiem pracownika jest wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy, a obowiązkiem pracodawcy jest zatrudnienie pracownika za wynagrodzeniem;
- 2) wymóg osobistego świadczenia pracy; pracownik wykonuje swoje zobowiązanie tylko wtedy, kiedy osobiście świadczy pracę;
- 3) zobowiązanie się pracownika do wykonywania pracy określonej rodzajowo;

- 4) odpłatność – pracodawca zobowiązuje się do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem;
- 5) wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy; istotą tego kierownictwa jest prawo pracodawcy do wydawania pracownikowi poleceń; „Pracownik zostaje w stosunku pracy zobowiązany do wykonywania pracy podporządkowanej (art. 22 § 1 KP), a zatem ma obowiązek wykonywać pracę pod kierownictwem pracodawcy i w sposób przez niego określony” (tak wyr. SN z 19.3.2014 r., I PK 187/13, Legalis);
- 6) trwałość świadczenia pracy;
- 7) stosunek pracy jest stosunkiem starannego działania, co różni go od zobowiązań rezultatu;
- 8) ponoszenie przez pracodawcę ryzyka w procesie pracy; zdaniem J. Steliny „najczęściej wyróżnia się cztery takie ryzyka: ekonomiczne, techniczne, socjalne i osobowe. Ryzyko ekonomiczne polega na obciążeniu podmiotu zatrudniającego obowiązkiem wypłaty wynagrodzenia i realizacji innych świadczeń wynikających ze stosunku pracy w zamian za wykonaną pracę, niezależnie od uzyskanych z tego tytułu przez pracodawcę efektów ekonomicznych. (...) Ponadto pracodawca jest zobowiązany wypłacać wynagrodzenie także za czas nieświadczenia pracy z

przyczyn techniczno-organizacyjnych, jeśli pracownik był gotowy do wykonywania pracy (ryzyko techniczne) lub w razie nieobecności pracownika w pracy z ważnych względów osobistych (np. choroby, opieki nad dzieckiem itd. – ryzyko socjalne). Wreszcie to podmiot zatrudniający obciążony jest skutkami niezawinionych, niekiedy także zawinionych, przez pracownika działań, których skutkiem jest szkoda w majątku pracodawcy (ryzyko osobowe)” (J. Stelina, w: A. Sobczyk (red.), Kodeks, art. 22, Nb 6).

Natomiast zgodnie z SWZ zamówienie powinno być realizowane przez:

- a) osobę posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych – tak Rozdział C – Opis Przedmiotu Zamówienia pkt 4 SWZ, zgodnie z którym: zapewnienie stałych, całodobowych dyżurów osoby posiadającej uprawnienia budowlane do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (specjalność instalacyjna w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych)

Oznacza to, że te osoby nie mogą być zatrudnione na umowę o pracę, bowiem ich charakter czynności oraz brak kierownictwa ze strony zleceniodawcy/pracodawcy decyduje o tym, że te czynności realizują one samodzielnie i samodzielnie wyznaczają sobie zadania. Powyższe potwierdzone zostało przez Urząd Zamówień Publicznych w stanowisku: Z kolei, w ocenie Urzędu czynności wykonywane przez kierowników budowy, kierowników robót i inspektorów nadzoru, tj. osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 r. poz. 290 ze zm.), zasadniczo nie polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. Osoby wykonujące te czynności są samodzielnymi uczestnikami procesu budowlanego i działają samodzielnie, także w tym rozumieniu, że same wyznaczają sobie zadania i same te zadania realizują. Podobnie wskazuje się w doktrynie (por. P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021): (...) w ocenie Urzędu czynności wykonywane przez kierowników budowy, kierowników robót i inspektorów nadzoru, tj. osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy z 7.7.1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1333 ze zm.), zasadniczo nie polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. Osoby wykonujące te czynności są samodzielnymi uczestnikami procesu budowlanego i działają samodzielnie, także w tym rozumieniu, że same wyznaczają sobie zadania i same te zadania realizują. Reasumując Zamawiający, przy opracowywaniu SWZ powinien unikać wymogu z art. 95 ustawy Pzp,

dotyczącego osób wykonujących czynności w ramach zamówienia. Istotne jest, że osoby te, które powinny posiadać uprawnienia budowlane do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zazwyczaj nie są zatrudniane na podstawie umowy o pracę. Wynika to z niezależnego charakteru ich działania, które realizują samodzielnie, bez bezpośredniego kierownictwa zleceniodawcy lub pracodawcy. Charakterystyka stosunku pracy, zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, obejmuje kilka kluczowych cech, takich jak wzajemność zobowiązań, osobiste świadczenie pracy, rodzajowo określone obowiązki, wynagrodzenie, kierownictwo pracodawcy, trwałość zatrudnienia, staranne działanie oraz ponoszenie ryzyka przez pracodawcę. W kontekście osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, te cechy zazwyczaj nie są spełnione, co oznacza, że ich działalność nie wpisuje się w definicję pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. SWZ określa, że realizację powinny przeprowadzać osoby z uprawnieniami budowlanymi, odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej. Obejmuje to zapewnienie stałych dyżurów oraz samodzielne pełnienie funkcji technicznych w budownictwie. Wskazuje to na brak podporządkowania tych osób zleceniodawcy lub pracodawcy, co wyklucza zatrudnienie na umowę o pracę. W ocenie Odwołującego, stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych oraz opinie doktryny potwierdzają, że czynności wykonywane przez kierowników budowy, kierowników robót i inspektorów nadzoru, jako osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, nie są uznawane za pracę w rozumieniu Kodeksu pracy. Te osoby działają niezależnie, samodzielnie wyznaczając i realizując swoje zadania. Tym samym, wprowadzenie wymogu zatrudnienia na umowę o pracę w SWZ mogłoby być nieadekwatne do charakteru ich pracy i prowadzić do nieporozumień w zakresie prawidłowego rozumienia stosunku pracy.

ZWIĘZŁE UZASADNIENIE W ZAKRESIE RAŻĄCO NISKIEJ CENY

W ocenie Odwołującego, zaproponowana przez V-light cena realizacji usługi wynosi 11 601,36 zł (słownie: jedenaście tysięcy sześćset jeden złotych 36/100). Była to najniższa cena spośród wszystkich złożonych ofert, która przy uwzględnieniu innych kryteriów wyboru spowodowała wybór właśnie tej oferty. Zamawiający na sfinansowanie usługi

objętej przedmiotem zamówienia przeznaczył kwotę 50 000 zł (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych). Jednocześnie jeden z wykonawców p. K. M. wyjaśnił, iż minimalna kwota jaka powinna przez niego zostać złożona wynosi 29 000 zł brutto. Zamawiający wezwał V-light traffic s.c. T. L., Ł. S. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca ten udzielił niepełnych wyjaśnień, wskazując, że:

- Rejon Pyrzyc to rejon z korzystnymi warunkami: Firma wykonuje dwie sygnalizacje świetlne w rejonie Pyrzyc, z których jedna jest na gwarancji. Wszelkie uszkodzenia gwarancyjne rozliczane są z innej puli finansowej, co nie obciąża bieżącego utrzymania. Następnie informacja to została sprostowana w piśmie Wykonawcy z 8 stycznia 2024 r., zgodnie z którym oświetlenie nie podlega jednak gwarancji, a zatem argumentacja wybranego wykonawcy była w tym zakresie chybiona. Niezależnie jednak należy mieć na uwadze, że fakt podlegania gwarancji nie posiada doniosłego znaczenia, albowiem jak pokazuje doświadczenie większość awarii lub usterek nie jest związanych z gwarancją (np. uszkodzenia mechaniczne);
- Kontrole i naprawy zapobiegające awariom: Dzięki bieżącym kontrolom i naprawom, firma minimalizuje ryzyko awarii, które mogłyby zwiększyć koszty. Wykonawca posiada umiejętności do naprawy większości drobnych usterek bez konieczności wysyłania części do serwisu.
- Oszczędności dzięki objazdom: Przedsiębiorca realizuje usługi również w innych rejonach, co pozwala na oszczędności, na przykład około 800 zł miesięcznie na paliwie. Lokalizacje w rejonie Pyrzyc mieszczą się na trasie cotygodniowych objazdów tego przedsiębiorcy, przy czym jako zostanie to wykazane, przedsiębiorca nie może wygenerować takich oszczędności, tym bardziej, że trasy przejazdów nie odbywają się z taką częstotliwością jak wskazano.
- Wynagrodzenia pracowników: Firma zatrudnia pracowników na umowy o pracę z wynagrodzeniem średnim w wysokości 6500 zł brutto.
- Zgodność z przepisami: Wykonawca zapewnia, że stosowane rozwiązania techniczne są zgodne z przepisami Prawa Budowlanego, Polskich Norm, a także z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, pomocy publicznej, prawa pracy, zabezpieczenia społecznego i ochrony środowiska.

Odwołujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu V-light traffic s.c. T. L., Ł. S. zaproponował cenę cztery razy niższą od kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Przedmiotem zamówienia organizowanego przez Zamawiającego jest bieżące utrzymanie i konserwację urządzeń sygnalizacji świetlnej w ciągach dróg wojewódzkich na terenie działania RDW w Pyrzycach. Zamówienie obejmuje bieżące utrzymanie i konserwację urządzeń sygnalizacji świetlnej w ciągach dróg wojewódzkich na terenie działania Rejonu Dróg Wojewódzkich w Pyrzycach. W ryczałt utrzymania wliczona jest: a) robocizna,

b) sprzęt /samochód, podnośnik

c) wszelkie materiały niezbędne do prawidłowego działania urządzeń sygnalizacji świetlnej, w szczególności: żarówki, przyciski dla pieszych, soczewki, wkłady LED, przewody i kable do odbudowy pętli indukcyjnych, kable sygnalizacyjne i zasilające, śruby, oprawki żarówek i bezpieczników, farba, spoiwo cynowe, podzespoły elektroniczne itp.

Podstawowe koszty związane z realizacją usług, będących przedmiotem zamówienia, to m.in.: koszt pracowników, koszty paliwa, koszt amortyzacji, koszty materiałów, koszty administracyjne, podatki, umowy ubezpieczenia (w tym obowiązkowego OC), energii elektrycznej, koszty zabezpieczenia pasa drogowego na czas realizacji prac, koszt komputera. W oferowanej cenie musi zostać uwzględniony przez wykonawcę co najmniej minimalny zysk wykonawcy, chociażby na poziomie 1%.

Jako podmiot posiadający doświadczenie w realizacji tego typu usług, Odwołująca stwierdza, iż kalkulacja ceny przez wybranego wykonawcę nie uwzględnia wielu istotnych czynników, które zostały wskazane powyżej. W przypadku ceny zaferowanej przez V-light usługę jednak musiałaby być świadczona znacznie poniżej rentowności. Odwołujący wskazał, że ustawa Pzp nie precyzuje, jaką cenę należy uznać za rażąco niską, ani też kiedy dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i podjęcia przez wykonawcę działań, które służą wyeliminowaniu z rynku przedsiębiorców prowadzących działalność konkurencyjną. Jednakże zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp szczególne prawdopodobieństwo wystąpienia ceny rażąco niskiej zachodzi m.in. w sytuacji, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (niepodlegających odrzuceniu).

Zdaniem Odwołującego, w oparciu o przedstawione ustalenia faktyczne należy uznać, że oferta wybranego wykonawcy przewiduje świadczenie usługi objętej przedmiotowym zamówieniem znacznie poniżej jej kosztów – zawiera „rażąco niską cenę”. Za rażąco niską powinna być bowiem uznana cena oferty odbiegająca swoją wartością in minus od rynkowej wartości przedmiotu zamówienia, a wykonawca w ramach swoich wyjaśnień nie wykazał, że różnica ta jest uzasadniona, tj. że będzie mógł należycie wykonać zamówienie bez strat i finansowania go z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne (zob. m.in. wyr. KIO z 19.1.2017 r., KIO 22/17, Legalis). W przypadku ceny zaferowanej przez wybranego wykonawcę usługa musiałaby być świadczona znacznie poniżej rentowności. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej

jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym

ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających (zob. wciąż aktualną w powyższym zakresie tezę z wyr. KIO z 7.12.2016 r., KIO 2115/16, KIO 216/16, Legalis). Niewątpliwie wskazane powyżej okoliczności potwierdzają, że cena zaproponowana przez Vlight traffic s.c. T. L., Ł. S. jest ceną poniżej kosztów realizacji usługi i będzie realizowana ze stratą. Co prawda, Zamawiający zwrócił się do V-light o wyjaśnienia nt. ceny wskazanej w ofercie, jednakże udzielone wyjaśnienia są bardzo lakoniczne i nie wykazują zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny i w związku z tym nie można ich uznać za wyjaśnienia merytoryczne.

Udzielenie samej odpowiedzi przez Wykonawcę, nie oznacza, że: a) wykonawca spełnił swój obowiązek polegający na udzieleniu wyjaśnień; b) jego wyjaśnienia potwierdziły rynkowość zaoferowanej usługi, a tym samym rozwiały wszelkie wątpliwości Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że wykonawca V-light traffic s.c. T. L., Ł. S. nie przedłożył dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny przewidywanych przez art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy (których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego według właściwych przepisów). Zamawiający nie może bezkrytycznie przyjmować i akceptować wszystkich wypowiedzi wykonawcy, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Ustawa Pzp wymaga od Zamawiającego, aby podjął się on rzeczywistego wyjaśnienia, czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący wskazał, że istotny składnik cenotwórczy – stawka roboczogodziny w wysokości 50 zł z/h brutto (lub 6500 zł brutto miesięcznie, a dla pracodawcy koszt ten wynosi 7831,20 zł brutto miesięcznie), przyjęta przez V-light do obliczenia ceny ofertowej – nie pokrywa kosztów pracy wynikających z ogólnie obowiązujących przepisów prawa pracy oraz praw socjalnych, nawet przy najniższym wynagrodzeniu miesięcznym, określonym przepisami prawa. Dokonując oceny poprawności treści oferty - sporządzonego przez wybranego wykonawcę - nie można pominąć dokonania oceny przyjętych do kalkulacji - „kosztów pracy” (do tego pojęcia wprost odnosi się przepis art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp), jakie ponosić będzie pracodawca (wykonawca), w związku z zatrudnieniem pracowników na podstawie

umowy o pracę. W tym zakresie Zamawiający zobowiązany był wziąć pod uwagę zarówno: wszelkie koszty, jakie będzie ponosił wykonawca z tytułu zatrudniania pracownika, wynikające z obowiązujących przepisów prawa, jak i realny czas, przez jaki pracownik (osoba pozostająca w stosunku pracy – umowa o pracę) będzie świadczyła pracę, otrzymując określone wynagrodzenie miesięczne. Wykonawca, chcąc rzetelnie skalkulować koszty pracy, zgodnie z obowiązującymi go przepisami, tak aby móc obliczyć (wyznaczyć) stawkę robocizny (roboczogodziny), wynikającą z wynagrodzenia pracownika, musi przede wszystkim obliczyć efektywny czas świadczenia pracy przez pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę, biorąc pod uwagę, co najmniej, przepisy: ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1320) oraz ustawy z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1920). Warto przy tym podkreślić, iż Zamawiający wymaga całodobowej dyspozycyjności, co oznacza, że osoby zatrudniona na umowę o pracę musi nie tylko być dostępna w standardowych godzinach pracy, to dodatkowo musi zapewnić swoją dostępność przez 24 h na dobę. W skali roku, obliczając roczny wymiar czasu pracy pracownika, należy uwzględnić dni wolne od pracy: 52 niedziele; 52 dni inne wolne od pracy (obowiązuje 5 dniowy tydzień pracy, co oznacza, że w każdym tygodniu - poza niedzielą - pracownik ma także jeszcze jeden dzień wolny od pracy); inne dni ustawowo wolne od pracy (ustawa z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1920). Zgodnie z przepisami art. 130 § 2 ustawy Kodeks pracy - każde święto (dzień ustawowo wolny od pracy) występujące w okresie rozliczeniowym i przypadające w innym dniu niż niedziela obniża wymiar czasu pracy o 8 godzin. Co oznacza, że tylko w przypadku, gdy dzień wolny od pracy wskazany przepisami ustawy przypada w niedzielę, nie powoduje to obniżenia ustawowego wymiaru pracy. Odnosząc się do roku 2024, liczba dodatkowo dni wolnych od pracy, przypadających w inne dni niż niedziela, tzn. obniżających ustawowy wymiar pracy, wynosi 9. Stąd faktyczny wymiar pracy, określany ilością dni roboczych w bieżącym roku, wynosi: $366 - (52 * 2 + 9) = 253$ dni robocze w roku 2024. Pracodawca dokonując kalkulacji stawki godzinowej musi również uwzględnić okresy czasu, w których pracownik nie świadczy pracy otrzymując wynagrodzenie. Uwzględniając przepisy art. 154 § 1 pkt 1 ustawy Kodeks pracy, pracownikowi przysługuje prawo do urlopu. Tak więc, obliczony powyżej roczny wymiar świadczenia pracy musi zostać pomniejszony o dalsze 23 dni. Pracodawca, zobowiązany jest także uwzględnić okres niezdolności do pracy (absencję chorobową), za okres której pracownikowi również przysługuje wynagrodzenie (przepisy Kodeksu pracy - Dział III „Wynagrodzenie za pracę i inne świadczenia”, Rozdział III „Świadczenia przysługujące w okresie czasowej niezdolności do pracy”). Opierając się o dane Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, całkowicie uzasadnione będzie przyjęcie, iż w skali roku – średnia absencja chorobowa pracownika to ok. 12 dni. Uwzględniając powyższe, efektywna ilość dni świadczenia pracy przez pracownika w skali roku 2024 wynosi: $253 - (23$

$+ 12) = 218$ dni roboczych. Stąd średniomiesięczny czas pracy pracownika wynosi: $(218 \text{ dni/rok} \times 8 \text{ godz./dzień}) / (12 \text{ miesięcy/rok}) = \text{około } 145,33 \text{ godz./miesiąc}$. Podsumowując, w roku 2024 pracownik, biorąc pod uwagę dni świąteczne wypadające w inne dni niż niedziela, urlopy oraz średnią absencję chorobową, będzie miał do przepracowania 218 dni roboczych, co przekłada się na średniomiesięczny czas pracy wynoszący około 145,33 godzin. Jednocześnie z uwagi na obowiązek całodobowego zapewnienia dyspozycji wykonawca powinien zapewnić pracowników przez okres 8784 godziny, co oznacza, że musiałby mieć do dyspozycji co najmniej 5 pracowników. Przy założeniu wynagrodzenia w wysokości 6500 zł brutto (a de facto 7831,20 zł brutto (koszt dla pracodawcy)), zgodnie z treścią wyjaśnień wykonawcy, oznaczałoby by to konieczność utrzymywania pracowników o łącznym koszcie 39 156 zł miesięcznie.

Odwołujący wskazał, że powyższe wyliczenie jest przykładowe i zależy od aktualnych stawek minimalnego wynagrodzenia oraz dodatkowych kosztów pracodawcy, które mogą się różnić w zależności od roku i sytuacji rynkowej.

Do powyższego wyliczenia można również doliczyć szereg dodatkowych kosztów związanych z pracą pracownika, jak np. premie regulaminowe, płace dodatkowe (dodatki stażowe, inne dodatki regulaminowe), nagrody pieniężne itp., a także uwzględnić minimalne pomniejszenie wynagrodzenia pracownika za okres niezdolności pracownika do pracy, zgodnie z art. 92 § 1 pkt 1 ustawy Kodeks pracy. Odwołującemu wskazał, że nie jest znany sposób kalkulacji stawki, którą wykonawca przyjął do obliczenia ceny ofertowej, oczywistym jest zatem, iż Odwołująca nie jest w stanie: ani wskazać, które konkretnie przepisy przywołanych ustaw lub rozporządzeń zostały naruszone, ani też rozstrzygnąć czy przyjęcie tej stawki jest następstwem błędu wykonawcy czy świadomego jego działania.

Odwołujący wskazał, że w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6 (art. 224 ust. 4 ustawy Pzp). Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 czerwca 2021 r., sygn. akt: KIO 1412/21 „Przepis art. 224 ust. 4 ustawy Pzp koreluje z wyrażoną w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp (mającym zastosowanie także w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne, prowadzonych w trybie podstawowym bez negocjacji) koniecznością określenia przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagań związanych z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w

sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy. W aktualnie obowiązującej ustawie Pzp przewidziano mechanizmy mające na celu przeciwdziałanie zatrudnieniu osób w oparciu o umowy cywilnoprawne, w sytuacji gdy wykonywane przez nie czynności w istocie stanowią świadczenie pracy w rozumieniu Kodeksu pracy i umożliwienie zamawiającym realnej i skutecznej weryfikacji działań wykonawców w tym zakresie (por. art. 95 ust. 2 ustawy Pzp wprowadzający konieczność określenia m.in. sposobu weryfikacji zatrudnienia osób w oparciu o umowę o pracę i uprawnień zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań związanych z zatrudnianiem tych osób oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań). Artykuł 224 ust. 4 ustawy Pzp jest jednym z narzędzi służących takiej weryfikacji, umożliwiającym zamawiającym zbadanie jeszcze na etapie prowadzenia postępowania czy w cenie oferty uwzględniono wszelkie niezbędne w świetle przepisów koszty związane z zatrudnieniem osób mających realizować zamówienie na umowę o pracę i czy przyjęte do kalkulacji wynagrodzenie pracowników nie jest niższe niż ustawowo wymagane”. Dalej wskazał należy, że w myśl art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 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 (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). A zatem aby odrzucić ofertę wykonawcy z powodu ww. okoliczności konieczne jest uprzednie uruchomienie procedury wyjaśniającej cenę lub koszt, w ramach której wykonawca będzie miał możliwość wyjaśnienia wszystkich okoliczności dotyczących sposobu zbudowania ceny ofertowej lub danego kosztu oraz przedstawienia dowodów. W okolicznościach Zamawiający wymagał zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności wskazane w projektowanych postanowieniach umowy. W konsekwencji koszty pracy w tym zakresie stanowiące podstawę kalkulacji ceny oferty winny być zgodne z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Niezależnie należy mieć na uwadze, że Zamawiający bez weryfikacji przyjął, że wyjazdy Vlight będą następować w tym samym okresie, co wyjazdy na rzecz Zamawiającego, podczas gdy wykonawca poza oświadczeniem nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. Należy mieć na uwadze, iż wyjaśnienia Wykonawcy:

- Koszty przejazdu: Załóżmy, że obiekt jest odwiedzany raz w tygodniu, a trasa Pyrzyce - Barlinek to około 140 km w obie strony. Jeśli zużycie paliwa wynosi 10 litrów na 100 km, to tygodniowe zużycie paliwa to około 14 litrów. Przy cenie oleju

napędowego 6,5 PLN za litr, koszt paliwa na jeden przejazd wynosi około 91 PLN. Miesięczny koszt paliwa wynosi więc około 364 PLN.

- Koszty pośrednie i administracyjne: Do kosztów bezpośrednich należy dodać koszty pośrednie takie jak zarządzanie, administracja, amortyzacja sprzętu, ubezpieczenie i inne koszty operacyjne. Te koszty mogą znacznie zwiększyć całkowity koszt usługi. Oferta nie zawiera kosztów nabycia sprzętu (samochodu) i podnośnika, a przecież V-light musiał ponieść te koszty.

Taka dysproporcja może wskazywać na to, że cena jest rażąco niska i może nie zapewnić realizacji usługi na odpowiednim poziomie jakości i efektywności. W istocie zatem stanowisko Zamawiającego oparte zostało na przypuszczeniach dotyczących sposobu zbudowania ceny ofertowej przez V-light, w oderwaniu od rzeczywistych i całościowych kosztów założonych przez pracodawcę – wykonawcę V-light. Tym samym w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego zaistniał obowiązek odrzucenia oferty V-light traffic s.c. T. L., Ł. S. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – ze względu na nieudzielenie wyjaśnień nt. zaoferowanej ceny uwzględniających obiektywne czynniki, o których mowa art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Co więcej, opisane wyżej okoliczności stanowią spełnienie również dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz 7 ustawy Pzp.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Bieżące utrzymanie i konserwację urządzeń sygnalizacji świetlnych w ciągach dróg wojewódzkich na terenie działania RDW w Pyrzycach.

Izba ustaliła, że w Dziale III pkt 4 SWZ Zamawiający wskazał: Na podstawie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę(ów) na podstawie stosunku pracy wszystkich osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności, w zakresie realizacji zamówienia szczegółowo określonego w Rozdziale C SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, tj. bieżącego utrzymania i konserwacji urządzeń sygnalizacji świetlnej w ciągu dróg wojewódzkich na terenie działania rejonu Dróg Wojewódzkich w Pyrzycach.

Izba ustaliła, że w Rozdziale C – Opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający wskazał, że w ryczałt utrzymania wliczona jest robocizna. sprzęt samochodów, podnośnik, jak i wszelkie materiały niezbędne do prawidłowego działania urządzeń sygnalizacji świetlnych, w szczególności: żarówki, przyciski dla pieszych. Soczewki, przewody i kable do odbudowy

indukcyjnych, kable sygnalizacyjne i zasilające. śruby. oprawki żarówek bezpieczników. farba, spoiwo cynowe, podzespoły elektroniczne itp.

Zamówienie obejmuje bieżące utrzymanie i konserwację urządzeń sygnalizacji świetlnej zlokalizowanej na:

- a) skrzyżowaniu ul. 1 Maja i ul. Barnima w m. Pyrzyce, OW 119.
- b) ul. Gorzowska, m. Barlinek, DW 151
- c) ul. Starogrodzka. m. Pełczyce. OW 151.

Przedmiotowe prace będą polegać na zapewnieniu prawidłowej pracy sygnalizacji świetlnych odnośnie poszczególnych elementów, w szczególności poprzez właściwe utrzymanie ich stanu technicznego. Przy wykonywaniu zamówienia od strony Wykonawcy musi uczestniczyć min. 1 osoba posiadająca uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Wykonawca usuwa awarię w oparciu o rozpoznanie własne i w zakresie niezbędnym do jak najszybszego uruchomienia pracy sygnalizacji świetlnych. Zakres usług w szczególności obejmuje: Zamawiający wymaga m.in., aby nie mną niż jeden raz w tygodniu odbywał się objazd wszystkich sygnalizacji świetlnych.

Izba ustaliła, że Zamawiający wskazał, że przedmiotowe prace będą polegać na całodobowym zapewnieniu prawidłowej pracy sygnalizacji świetlnych odnośnie poszczególnych ich elementów, w szczególności poprzez właściwe utrzymanie ich stanu technicznego.

Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

Oferta nr	Wykonawca	Cena brutto PLN
1	F.P.H.U. CHEĆKO J. C. Ul. Piłkarska 25 66-400 Gorzów Wielkopolski	22 140,00
2	4MPlus Sp. z o.o. Al. Marcina Kromera 51A 51-163 Wrocław	31 438,80
3	K. M Borzyszewo 4A 72-300 Gryfice	17 880,00
4	InQubator Sp. z o.o. Ul. Trębacka 4 00-074 Warszawa	44 280,00

V-light traffic s.c. T. L. Ł. S. Ul. Poznańska 2 66-400 Gorzów Wlkp.	11 601,36
--	-----------

Izba ustaliła, że Odwołujący w złożonym formularzu oferty przekreślił pkt 7 Formularza oferty w którym zawarte było oświadczenie: OŚWIADCZAM, że do realizacji zamówienia zatrudniam na podstawie stosunku pracy osoby wykonujące czynności w zakresie realizacji zamówienia opisane w Dziale III pkt 4 SWZ.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 2 stycznia 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę V-light to złożenia wyjaśnień Na podstawie art. 224 ust.1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej przez Państwa ceny, albowiem jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy. Wartość zamówienia powiększona o podatek VAT wynosi: 37 770,84 zł. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi: 25 468,03 zł. W swojej ofercie za wykonanie przedmiotu zamówienia zaproponowali Państwo kwotę 11 601,36 zł brutto. Wysokość zaproponowanego wynagrodzenia może wskazywać na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie, czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w warunkach umowy, opisie przedmiotu zamówienia, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące. Należy zatem przedłożyć kalkulację cenową przedstawiającą sposób obliczenia zaproponowanej ceny ofertowej, w szczególności podać szacowane koszty realizacji zamówienia np. koszt wykonania istotnych jego części, tj. wynagrodzenia pracowników, koszt dojazdów, utrzymania sprzętu oraz dokładne przedstawienie wszystkich okoliczności, które mają wpływ na skalkulowaną cenę, a także podać przewidywalny zysk z realizacji przedmiotu zamówienia. W wyjaśnieniach należy odnieść się do możliwości zrealizowania całości przedmiotu zamówienia za oferowaną kwotę.

Wykonawca zobowiązany jest do wyjaśnienia powodów zaoferowania danej ceny oraz wskazania stanu faktycznego uwzględniającego np.:

- zarządzanie procesem świadczonych usług,
- wybrane rozwiązania techniczne,
- wyjątkowo korzystne warunki związane z realizacją zamówienia,
- zgodność 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 (t.j. Dz.U. 2023 poz. 1667) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- zgodność z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach

dotyczących pomocy publicznej;

- zgodność z prawem w rozumieniu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego,

obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

- zgodność z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

Izba ustaliła, że pismem z dnia 6 stycznia 2024 r. wykonawca V-light złożył wyjaśnienia. Wykonawca wskazał: Firma V-light Traffic s.c. stwierdza iż ceny zawarte w formularzach są prawidłowe i pozwalają wykonać to zadanie należycie. Posiadamy przy Państwa zadaniu wyjątkowo korzystne warunki związane z realizacją zamówienia. Przedstawiamy następujące argumenty:

- a) Rejon w Pyrzycach posiada dwie sygnalizacje świetlne które zostały wykonane przez naszą firmę, są to sygnalizacje na gwarancji- na jednej jako bezpośredni wykonawca na drugiej jako podwykonawca. Wszelkie uszkodzenia podlegające gwarancji zostają w tym wypadku rozliczane z innej puli finansowej- nie z bieżącego utrzymania,
- b) Bieżące kontrole i naprawy pozwalają wykluczyć awarie które zmuszały by nas do dodatkowych wyjazdów oraz zwiększyły by koszty do których może doprowadzić drobna usterka. Jako technicy elektrycy większość drobnych usterek potrafimy naprawić sami bez konieczności wysyłania części do serwisu. Potwierdzamy tym samym iż wykorzystane przez nas rozwiązania techniczne spełniają wszelkie wymogi Prawa Budowlanego oraz Polskich Norm.
- c) Oszczędności z wykonywania zamówienia biorą się z tego iż objazdy wykonywane będą razem z innymi rejonami które posiadamy w utrzymaniu (GDDKiA O/Szczecin Rejon Wałcz oraz Lipiany, ZDW Rejon Kłodawa, ZZDW Rejon Chojna, ZZDW Rejon Drawsko Pomorskie). Pozwala nam to zaoszczędzić około 800zł netto na samym paliwie miesięcznie. Państwa lokalizacje znajdują się na trasie naszych

cotygodniowych objazdów sygnalizacji świetlnych lub w niedużej odległości od innych lokalizacji,

- d) Osoby zatrudnione przez nas posiadają umowy o pracę o średnim wynagrodzeniu w kwocie 6500zł brutto.

Dodatkowo oświadczamy że

- wybrane rozwiązania techniczne nie odbiegają niczym od rozwiązań stosowanych w innych tego typu usługach,
- posiadamy wyjątkowo korzystne warunki związane z realizacją zamówienia,
- działamy 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 (t.j. Dz.U. 2023 poz. 1667) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- działamy zgodnie z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

- działamy zgodnie z prawem w rozumieniu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; działamy zgodnie z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

W załączeniu wykonawca przedstawił obrazowo swoją obecną trasę objazdów i kontroli sygnalizacji świetlnych świadczonych w ramach zawartych obecnie umów z uwzględnieniem dodatkowych postojów i kontroli sygnalizacji w Rejonie Zamawiającego. Wykonawca przedstawił mapę. Na trasie objazdu sygnalizacji świetlnych Rejonu Dróg Krajowych w Wałczu (Recz- Wałcz (DK10) Wałcz- Gorzów Wlkp (DK22). Przejeżdżamy przez Barlinek, Pełczyce oraz Choszczno. Państwa sygnalizacje leżą obecnie bezpośrednio na trasie naszych objazdów. Umowę na świadczone usługi konserwacji sygnalizacji w Rejonie w Wałczu posiadamy do dnia: 30.04.2027r. Dodatkowo na podobnej trasie jadąc w stronę Łobza, Czaplinka oraz Węgorzyna w tym roku udało nam się pozyskać Rejon W Drawsku Pomorskim. Jadąc na tamten Rejon także jedziemy przez Państwa drogi i sygnalizacje. Wykonawca przedstawił mapę trasy. Jeżeli chodzi o sygnalizację świetlną w Pyrzycach- ta znajduje się nieopodal trasy jaką wykonujemy dla GDDKiA Rejon Lipiany oraz ZZDW Rejon Chojna: - Wykonawca przedstawił mapę trasy. W tym wypadku musimy nieznacznie zboczyć z trasy ale jest to może naddatek rzędu max 30-40km. Umowę na świadczenie usług dla GDDKiA Lipiany posiadamy do dnia 25.06.2027r. oraz dla ZZDW w Chojnie do dnia 28.02.2023r. Dodatkowo posiadamy w tych Rejonach wiele wykonywanych przez nas

obiektów- sygnalizacji świetlnych, znaków aktywnych, oświetleń hybrydowych czy oświetleń przejść dla pieszych co także wymusza na nas dodatkowe możliwe wyjazdy, kontroli, napraw. Reasumując wykonywanie przeglądów oraz napraw w Państwa Rejonie nie będzie znacząco generować kosztów dla naszej firmy. Można by je skalkulować w następujący sposób: Koszt dodatkowego dojazdu do sygnalizacji w Pyrzycach- 40km x 4objazdy w msc= 160km~16l paliwa ON~86zł netto Koszt pracy: 50zł/h brutto X 4lokalizacje po 30min pracy (czyszczenie soczewek, przeglądy sygnalizacji, układów sterowania, sprawdzanie czasów oraz pozostało czynności wchodzące w kontrolę): 50zł/0,5h= 25zł X 4 = 100zł/ tyg X 4tyg= 400zł msc. Podsumowując koszt związany z konserwacją sygnalizacji świetlnych w Państwa Rejonie został skalkulowany przez nas na kwotę: 486zł netto. Przedstawiona przez nas kwota 786zł netto/ msc wygeneruje dla nas 300zł netto msc zysku co w skali roku wynosi 3600zł netto.

Izba ustaliła, że w dniu 9 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. W odniesieniu do Odwołującego, Zamawiający wskazał, że odrzuca ofertę wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż: W złożonym Formularzu oferty, w pkt 7 Wykonawca skreślił wymóg zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia opisane w Dziale III pkt 4 SWZ. Artykuł 95 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych stanowi, że Zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia na usługi bądź roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2023 r., poz. 1465). Przepis ten jest bezwzględnie obowiązujący i nakazuje konkretne zachowanie Zamawiającego, polegające na obowiązku określenia wymagań związanych z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy danej grupy osób. Ponadto, poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 29 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie uznania przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia. Zasadność jednakże tego zarzutu pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 266 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty wykonawcy, którego treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający uznał, że wobec przekreślenia przez Odwołującego w formularzu oferty oświadczenia z pkt 7, oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wykonawca bowiem nie złożył wymaganego oświadczenia, że zatrudni na podstawie stosunku pracy osoby wykonujące czynności w zakresie realizacji zamówienia opisane w Dziale III pkt 4 SWZ. Zdaniem Izby stanowisko Zamawiającego jest błędne.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony wustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2022 r.ioraz z 2023 r. i. W przypadku gdy zamawiający przewiduje wymagania, o których mowa w ust. 1, określa w dokumentach zamówienia w szczególności: 1) rodzaj czynności związanych z realizacją zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia; 2) sposób weryfikacji zatrudnienia tych osób; 3) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań związanych z zatrudnianiem tych osób oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań.

Niewątpliwie więc w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w Dziale III pkt 4 SWZ dążył do wprowadzenia w SWZ obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób z pomocą których wykonawca będzie realizował zamówienie.

Sposób jednak implementacji regulacji z art. 95 ustawy Pzp został dokonany przez Zamawiającego w sposób niewłaściwy i nie uwzględniający specyfiki przedmiotu zamówienia, jak również przyjętego przez wykonawcę sposobu jego realizacji. Nie budzi wątpliwości, że klauzule społeczne, w tym klauzule zobowiązujące wykonawców do zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę mają istotne znaczenie w systemie prawa zamówień publicznych. Ustawodawca m.in.

poprzez art. 95 ustawy Pzp dąży do ochrony pracowników, zakładając, że mają oni słabszą pozycję w relacji z pracodawcą, który kierując się czynnikami ekonomicznymi czy zakresem uprawnień pracowniczych wynikających z przepisów kodeksu prawa pracy, może unikać zatrudnienia pracowników w oparciu o umowę o pracę. Zauważyć należy jednakże, że art. 95 ustawy Pzp nie statuuje bezwzględnego obowiązku zatrudnienia wszystkich pracowników wykonawców na podstawie umowy o pracę. Ustawodawca wskazał, że taki obowiązuje istnieje tylko w sytuacji, gdy czynności składające się na realizację zamówienia polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w ustawie kodeksu pracy. Zatem, Zamawiający wprowadzając wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę zobowiązany jest, na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia, dokonać analizy pod kątem tego, czy dane świadczenie może być spełnione przez osoby skierowane przez wykonawcę lub podwykonawcę do realizacji zamówienia, którymi dysponują na podstawie umów o charakterze cywilnoprawnym, w szczególności umowy o dzieło lub zlecenia, czy jednak charakter stosunku prawnego łączącego te osoby z wykonawcą lub podwykonawcą spełnia przesłanki uznania go za stosunek pracy. Jeśli zatem Zamawiający decyduje się wprowadzenie takiej klauzuli społecznej do SWZ, to również Zamawiający musi uzasadnić jej zastosowanie.

Tymczasem w analizowanym stanie faktycznym stanowisko Zamawiającego sprowadza się do stwierdzenia, że Odwołujący nie dostosował się do wymagań wynikających z postanowień SWZ i Formularza oferty, a zatem istniała przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający argumentował, że wykonawca nie może zmieniać formularza oferty. Wykonawca nie kwestionował postanowień SWZ, a tym samym są one dla niego wiążące. Zdaniem Izby takie postawa Zamawiającego jest przerzuceniem na wykonawcę odpowiedzialności za błędne czynności Zamawiającego, a zatem nie może zasługiwać na aprobatę. Izba podkreśla, że to Zamawiający jest autorem SWZ i to Zamawiający zdecydował się na zastosowanie art. 95 ustawy Pzp. W konsekwencji, błędna implementacja tej regulacji w postanowieniach SWZ winna obciążać Zamawiającego, nie zaś wykonawcę. Izba w pełni zgadza się z argumentacją Odwołującego zawartą w odwołaniu w zakresie omawianego zarzutu. Uzupełniająco Izba wskazuje, że po pierwsze, z postanowień SWZ nie wynika co do jakich konkretnych czynności (rodzaju czynności) należy odnieść wymóg zatrudnienia na podstawie umowy/umów o pracę. Przepis art. 95 ustawy Pzp wskazuje, że Zamawiający powinien wskazać czynności w zakresie realizacji zamówienia. Odwołanie się do całego opisu przedmiotu zamówienia nie czyni zadość wymaganiu wskazanemu w art. 95 ustawy Pzp. Tym bardziej, że w swoim stanowisku Zamawiający nie wyjaśnił podstaw swojej decyzji. Po drugie, na co słusznie zwrócił uwagę Odwołujący, wymóg, o którym mowa w Dziale III pkt 4 SWZ nie powinien w

ogóle zostać sformułowany i zawarty w SWZ ze względu na wymagania Zamawiającego, aby zamówienie było realizowane przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych – tak Rozdział C – Opis Przedmiotu Zamówienia pkt 4 SWZ, zgodnie z którym: Przy wykonywaniu zamówienia od strony Wykonawcy musi uczestniczyć min. 1 osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Czynności wykonywane przez te osoby z reguły nie są wykonywane w ramach umów o pracę ze względu na samodzielność tych osób. Wynika to z niezależnego charakteru ich działania, które realizują samodzielnie, bez bezpośredniego kierownictwa zlecniodawcy lub pracodawcy. Zamawiający w tym zakresie nie przedstawił żadnej argumentacji.

Izba zgadza się również z Odwołującym, że zastosowanie art. 95 ustawy Pzp nie może prowadzić do niezasadnego ograniczenia konkurencji poprzez uniemożliwienie złożenia oferty wykonawcom wykonujące usługi osobiście lub poprzez podwykonawców prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą. A taki skutek miałyby czynności Zamawiającego, gdyby uznać ją za zasadną. Takie działanie wypacza idei konkurencji. Zastosowanie art. 95 musi mieć uzasadnienia w warunkach danego postępowania przetargowego, zaś przełożenie tego przepisu na konkretne postępowanie nie może odbywać w sposób blankietowy poprzez powtórzenie treści regulacji. Zadaniem Zamawiającego jest dokonanie analizy przedmiotu zamówienia, czynności jakie składają się na jego wykonanie i dopiero po dokonaniu takiej analizy ewentualne zadecydowanie o zastosowaniu art. 95 ustawy Pzp. W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający nie wyjaśnił w żaden sposób swojej decyzji.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w sposób nieprawidłowy. Stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w istocie była konsekwencją błędów samego Zamawiającego, który w sposób nieuzasadniony narzucił wykonawcom obowiązek zatrudnienia pracowników wykonujących czynności związane z realizacją zamówienia na podstawie umowy o pracę, nie wykazując podstaw do zastosowania takiego wymogu.

Zasadność jednakże powyższego zarzutu nie ma wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na

wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że wybór oferty wykonawcy V-light został dokonany przez Zamawiającego z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 3, pkt 7 i 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i 5 ustawy Pzp. Zatem oferta Odwołującego i tak nie byłaby uznana za najkorzystniejszą, pomimo jej nieprawidłowego odrzucenia przez Zamawiającego. A zatem ewentualne uwzględnienie podniesionego zarzutu pozostawałoby bez wpływu na wynika postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 3, pkt 7 i 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i 5 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że argumentacja Odwołującego sprowadza się do przytoczenia orzecznictwa Izby w kwestii wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny czy też samego pojęcia rażąco niskiej ceny. Taka argumentacja jest jednak bez znaczenia dla sprawy, jeśli pozostaje tylko suchym przytoczeniem treści uzasadnień Izby z innych wyroków, wydanych w odmiennych okolicznościach faktycznych i w konkretnych postępowaniach przetargowych. Ma to istotne znaczenie w kontekście analizy wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, które to wyjaśnienia w swojej istocie zawsze odnoszą się do indywidualnych i jednostkowych uwarunkowań danego wykonawcy, w kontekście konkretnego zamówienia i konkretnych wymagań zamawiającego.

Odnosząc się do nielicznych argumentów merytorycznych zawartych w odwołaniu, Izba uznała, że w istocie stanowią one bardzo ogólne zakwestionowanie oświadczeń wykonawcy V – light z pisma z dnia 6 stycznia 2024 r., bez pogłębionej analizy ich treści i warunków realizacji zamówienia. Po pierwsze, Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie dokonał weryfikacji czy wyjazdy wykonawcy V - light będą następować w tym samym okresie, co wyjazdy na rzecz Zamawiającego, podczas gdy wykonawca poza oświadczeniem nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. Izba wskazuje, że wykonawca V – light powołał się w wyjaśnieniach na umowy, które obecnie realizuje, wskazał czasookres ich obowiązywania, jak również planowane trasy przejazdu pracownika, który będzie dokonywał przeglądów. Przedstawił proponowane trasy przejazdu. Na podstawie takich założeń obliczył koszty realizacji zamówienia. SWZ nie narzuca w jakie konkretnie dni wykonawca ma wykonać przegląd albo w jakich godzinach. To wykonawca opracowuje indywidualne zasady jego szczegółowego wykonania, uwzględniając swoje indywidualne uwarunkowania. Takie założenia i uwarunkowania uwzględnił wykonawca V-light, wyjaśniając podstawy do ich przyjęcia. Odwołujący zaś poza stwierdzeniem o braku złożenia dowodów, sam nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej w zakresie wykazania nieprawidłowości oświadczeń wykonawcy V-light.

Dalej Odwołujący wskazał, że wykonawca V-light nie uwzględnił ryzyka wystąpienia awarii. Izba wskazuje, że w treści wyjaśnień wykonawca wskazał, że minimalizuje ryzyko awarii z uwagi na przeprowadzane kontrole. Odwołujący w tym zakresie nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej na wykazanie błędności przyjętego założenia. Mógł Odwołujący wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie chociażby informacji o częstotliwości awarii sygnalizacji objętej przedmiotem zamówienia, w celu wykazania, że założenia wykonawcy V -light są nieprawidłowe.

Dalej Izba wskazuje, że żaden przepis prawa nie nakłada na wykonawcę obowiązku uwzględniania co najmniej minimalnego zysku wykonawcy, chociażby na poziomie 1%, na co wskazał Odwołujący w uzasadnieniu podniesionego zarzutu. Izba uznaje ten argument Odwołującego za niezasadny. Zysk wykonawcy nie musi być postrzegany wyłącznie w kategoriach finansowych. Zysk może mieć również wymiar niematerialny, wyrażający się choćby w zdobytym doświadczeniu jakie wykonawca nabywa poprzez realizację zamówienia czy też możliwość kontynuowania działalności gospodarczej poprzez uzyskanie zamówienia.

Odnosząc się do argumentu Odwołującego, że istotny składnik cenotwórczy – stawka roboczogodziny w wysokości 50 zł z/h brutto (lub 6500 zł brutto miesięcznie, a dla pracodawcy koszt ten wynosi 7831,20 zł brutto miesięcznie), przyjęta przez wykonawcę V-light do obliczenia ceny ofertowej nie pokrywa kosztów pracy wynikających z ogólnie obowiązujących przepisów prawa pracy oraz praw socjalnych, nawet przy najniższym wynagrodzeniu miesięcznym, określonym przepisami prawa, Izba uznała, że argument ten nie odnosi się do specyfiki zamówienia. Odwołujący przedstawia wyliczenia odnośnie efektywnej liczby dni pracy przez pracownika w roku 2024, konkludując, że oznacza to konieczność utrzymywania pracowników o łącznym koszcie 39 156 zł miesięcznie. Pomija jednakże Odwołujący, że z postanowień SWZ nie wynika obowiązek zatrudnienia pracownika na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, a wyłącznie obowiązek odbywania przeglądów raz w tygodniu i wymóg aby przy wykonywaniu zamówienia od strony wykonawcy uczestniczyły co najmniej 1 osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Nie wskazał w tym zakresie Zamawiającego żadnych wymagań co do czasowego poziomu zaangażowania takiego pracownika. Pomija również Odwołujący, że Zamawiający nie wymagał wyłączenia pracownika na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Stąd też wyliczenia kosztów zatrudnienia pracownika na zasadach wskazanych przez Odwołującego są bez znaczenia dla sprawy. Zamawiający wymagał wykonania raz w tygodniu objazdu sygnalizacji i

wykonania w ramach tego objazdu szeregu czynności, które służą utrzymaniu sygnalizacji w odpowiednim stanie technicznym. Odwołujący w treści wyjaśnień określił koszty pracy, wskazał ile czasu przewiduje na wykonanie czynności opisanych w OPZ. Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnej szczegółowej analizy czy argumentacji.

Odnosząc się w końcu do argumentu o braku uwzględnienia w treści wyjaśnień kosztów pośrednich, kosztów administracyjnych czy innych bliżej nie określonych kosztów, Izba wskazuje, że zasadność zarzutu nie może być oparta wyłącznie na ogólnym stwierdzeniu odwołującego się wykonawcy, że jakieś koszty nie zostały uwzględnione, a taki charakter ma gros argumentacji Odwołującego. Ma to istotne znaczenie w kontekście przedmiotowego zamówienia. Dotyczy bowiem ono utrzymania sygnalizatorów w trzech lokalizacjach. Sposób jego wykonania w dużej mierze będzie zależeć od indywidualnych uwarunkowań wykonawcy. Dla niektórych będzie to zamówienie istotne i znaczące, dla innych, tak jak dla wykonawcy V-light, stanowi niewielkie uzupełnienie realizowanych już zamówień, co przekłada się na sposób wyliczenia kosztów. Zasada równego traktowania wykonawców nie oznacza, że każdy z wykonawców wylicza koszty w taki sam sposób jak inni wykonawcy. Odwołujący powołując się na koszty administracyjne czy koszty pośrednie nie rozwinął w żaden sposób swojego argumentacji. Nie wyjaśnił jak takie koszty odnoszą się do przedmiotowego postępowania przetargowego i jaki jest ich ewentualny wpływ na koszty realizacji zamówienia. W konsekwencji, ogóle argumenty nie mogą stanowić podstawy do uwzględnienia podniesionego zarzutu.

Izba uznała, że nie ma podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 i 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W konsekwencji, brak jest również podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 226 ust. 1

pkt 7 ustawy Pzp. Na marginesie, Izba wskazuje, że Odwołujący poza powołaniem się na art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie zawarł w odwołaniu żadnego rozwinięcia tego zarzutu. Samo przytoczenie podstawy prawnej nie stanowi prawidłowo sformułowanego zarzutu względem czynności Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 lit. b) w zw. z §8 ust.pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodnicząca: