

WYROK

z 21 czerwca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie 21 czerwca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 1 czerwca 2022 r. przez R.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Magic Service R.S. z siedzibą

we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Zegrzu przy udziale wykonawcy Macrova Biznes Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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:.....

zamówień publicznych (Dz.U. 2021 poz. 1129, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Naprawy oraz przeglądy okresowe urządzeń peryferyjnych sprzętu informatyki (drukarki, urządzenia wielofunkcyjne, plotery, skanery, zasilacze UPS, projekторы multimedialne, monitory i komputery)”, numer referencyjny: ZP/41/2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 29 kwietnia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem nr 2022/BZP 00140937/01.

1 czerwca 2022 r. wykonawca R.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Magic Service R.S z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie wobec:

1. zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia ofert wykonawców:
 - a) Marcova Biznes Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Przystępujący),
 - b) P.T.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Serwis P.T.K. z siedzibą w Białymstoku (dalej: Biuro Serwis),
 - c) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako wspólnicy spółki cywilnej: Tożsamość ustalona na podstawie okazanych dowodów osobistych. oraz K.J. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Copy Control Service s. c. z siedzibą w Warszawie (dalej: Copy Control),
 - d) A.W.T. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą ZOFAX Systemy Biurowe A.W.T (dalej: Zofax);
2. zaniechania przez Zamawiającego wezwania wykonawców wymienionych w punkcie 1 powyżej do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Ustawy;
3. czynności Zamawiającego w postaci wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że zaskarżone zaniechania Zamawiającego naruszają art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 224 ust. 1 Pzp, a zaskarżona czynność narusza art. 239 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
2. odrzucenia ofert wykonawców wskazanych w punkcie 1 lit. a - d odwołania,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał m. in.:

Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp

Zgodnie z Rozdziałem XVIII pkt 5 SWZ zaoferowana stawka za 1 roboczogodzinę naprawy/przeglądu nie mogła być mniejsza od minimalnego wynagrodzenia, zgodnego z obowiązującym w 2022 r. minimalnym wynagrodzeniem za pracę określonym w Rozporządzeniu Rady Ministrów z 14 września 2021 roku (Dz. U. poz. 1690), pod rygorem odrzucenia oferty. Przepisy ww. Rozporządzenia przewidują dwie minimalne stawki:

1. miesięczną dla wynagrodzenia za pracę - 3.010 zł (§ 1),
2. godzinową dla umów cywilnoprawnych - 19,70 zł (§ 2).

Skoro stawka dla pracownika jest stawką miesięczną, to aby ustalić godzinową stawkę minimalną dla pracownika należy dokonać obliczeń (podzielić dwunastokrotność stawki

miesięczną przez liczbę 2008 jako liczbę godzin pracy w roku 2022), których wynikiem jest stawka godzinowa dla pracownika w kwocie 17,99 zł (bez VAT) a po powiększeniu o VAT 22,13 zł (brutto).

Celem wprowadzenia do SWZ wymagania aby stawki godzinowe nie były niższe niż stawki minimalne wynikające z przepisów o płacy minimalnej było zapewnienie, aby stawka wynagrodzenia wykonawcy fakturowana przez wykonawcę zapewniała pokrycie minimalnej stawki godzinowej personelu gwarantowanej przez przepisy ww. Rozporządzenia. Aby spełnić taki cel konieczne było odniesienie wymagania do stawki netto albowiem to stawka netto jest przychodem wykonawcy, z której możliwe jest sfinansowanie kosztu wynagrodzenia personelu. VAT podlega odprowadzeniu do Urzędu Skarbowego przez wykonawcę jako podatnika podatku VAT.

Każdy z wykonawców był obowiązany do zamieszczenia w ofercie zaoferowanej stawki godzinowej w kwocie netto i brutto. W ten sposób Zamawiający zrealizował obowiązek określenia sposobu obliczenia ceny (art. 134 ust. 1 pkt 17) Ustawy), tj przez obowiązek podania wartości stawki bez podatku VAT oraz z podatkiem VAT, a także zapewnił sobie możliwość weryfikacji zgodności oferty z ww. wymaganiem przez możliwość weryfikacji stawki netto i brutto.

W konsekwencji stawką minimalną netto obowiązującą w Postępowaniu była stawka 19,70 zł (dla umów cywilnoprawnych) i 17,99 zł (dla pracowników), a odpowiadające im stawki minimalne brutto to stawka 24,23 zł i 22,13 zł. Ponieważ Zamawiający zgodnie z Rozdziałem

XVIII SWZ obliczał punkty w kryterium w cenie w stawkach brutto to jego obowiązkiem było zweryfikować czy cena brutto spełnia wymagania SWZ. Zamawiający winien zatem sprawdzić czy stawka netto zapewniała zgodność ze stawką minimalną 19,70 zł lub 17,99 zł. Skoro różnicą pomiędzy obiema stawkami była kwota podatku VAT to oczywiste było, że wymogu minimalnego wynagrodzenia nie spełniała ani kwota netto, ani kwota brutto, gdyż ta ostatnia po odjęciu podatku nie wystarczała na pokrycie minimalnej stawki personelu.

Wobec powyższego kwestionowane przez Odwołującego oferty podlegały odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp albowiem zaoferowane przez tych stawki były niższe niż 22,13 zł brutto.

W analogicznym postępowaniu, zawierającym takie samo wymaganie SWZ, zamawiający - JW 2063, dokonał odrzucenia tych ofert, których stawka netto była niższa niż wartość minimalnej stawki godzinowej wynikającej z ww. Rozporządzenia (dowód: zawiadomienie o wyniku postępowania z 6 maja 2022 r. w postępowaniu prowadzonym przez JW 2063).

Naruszenie art. 224 ust. 1 Pzp

Zgodnie z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę przedsiębiorca jest obowiązany zapewnić usługodawcy wynagrodzenie za każdą godzinę wykonania zlecenia nie niższą niż godzinowa stawka minimalna (art. 8a ustawy). Oznaczało to że zaoferowanie przez wykonawców stawek netto i brutto niezapewniających pozyskania środków wystarczających na pokrycie minimalnych zobowiązań płacowych ich personelu stanowiło podstawę do odrzucenia ofert powyższych wykonawców określoną w art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Zamawiający stwierdzając, że zaoferowane stawki godzinowe nie pokrywały w wartości netto stawek minimalnych gwarantowanych przepisami prawa winien zwrócić się do wykonawców o złożenie wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji stawki godzinowej. W efekcie, niezależnie od sprzeczności treści ofert z wymaganiami dokumentacji zamówienia, już na poziomie wartości stawki netto za roboczogodzinę Zamawiający powinien podjąć być wątpliwości

co do kalkulacji zaoferowanych stawek za roboczogodzinę w kontekście art. 224 ust. 3 pkt 4 Pzp.

Naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp.

Z uwagi wyżej opisane naruszenia dokonanie wyboru oferty Przystępującego było bezpodstawne (przy naruszeniu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp), względnie przedwczesne (przy naruszeniu art. 224 ust. 1 Pzp).

14 czerwca 2022 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Zamawiający określając minimalne stawki godzinowe, chciał uniknąć sytuacji zaniżania przez wykonawców cen za roboczo-godzinę naprawy/przeglądu tak jak miało to miejsce w roku ubiegłym, gdzie wykonawcy ustalali cenę na poziomie 0,01 zł brutto, w tym między innymi Odwołujący.

W ocenie Zamawiającego kwestia opodatkowania podatkiem VAT stawek godzinowych nie jest jednoznaczna na gruncie obowiązujących przepisów prawa i ich interpretacji.

Zgodnie rozporządzeniem Rady Ministrów z 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz. U. poz. 1 690), minimalna stawka godzinowa została ustalona na rok 2022 w wysokości 19,70 zł. Gwarancją otrzymywania minimalnej stawki godzinowej objęte zostały osoby fizyczne niewykonyjące działalności gospodarczej, a także tzw. „samozatrudnieni”, tj. osoby fizyczne wykonujące działalność gospodarczą niezatrudniające pracowników lub niezawierające umów

ze zleceniobiorcami, których działalność została zarejestrowana w Rzeczypospolitej Polskiej albo w państwie niebędącym państwem członkowskim Unii Europejskiej lub państwem Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Minimalna stawka godzinowa ma zastosowanie do umów lub umów o świadczenie usług do których stosuje się przepisy o zleceniu. Minimalną stawką godzinową zostały objęte nie tylko osoby zatrudnione na umowę zlecenia, przy czym upierał się Odwołujący. Zamawiający nie stawiając wymagań dotyczącego zatrudniania na umowę o pracę, nie mógł ograniczyć konkurencyjności podmiotom nie posiadającym pracowników zatrudnionych na umowie o pracę oraz odrzucić ofert podmiotów wskazanych powyżej.

Przedstawiony przez Odwołującego dowód w postaci zawiadomienia o wyniku postępowania z 6 maja 2022 r. w postępowaniu prowadzonym przez Jednostkę Wojskową 2063 nie wnosił nic w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ warunki zamówienia określone w odmienny sposób.

Zamawiający nie zaprzeczył również stanowisku Odwołującego w zakresie pozostałych zarzutów.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie

i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym SWZ wraz z załącznikami,
2. ofert:
 - a) Przystępującego,
 - b) Biuro Serwis,
 - c) Copy Control,

- d) Zofax;
- 3. dokumentów załączonych do odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W zakresie istotnym dla oceny zarzutów SWZ zawierała następujące postanowienia:

Rozdział XVII Sposób obliczenia ceny

2. Wykonawca określi cenę za 1 roboczogodzinę naprawy/przeglądu oferty na załączonym do SWZ Formularzu ofertowym (wzór Załącznik nr 1 do SWZ) wg zasad określonych w sposobie wypełnienia tego formularza.

Cena brutto jednej roboczogodziny = cena netto jednej roboczogodziny + podatek Vat.

4. Przez cenę ofertową należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2019 r. poz. 178).

5. Cena oferty brutto musi być podana w złotych (PLN), cyfrowo i słownie z uwzględnieniem podatku VAT, obliczonego zgodnie z zasadami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2021 r. poz. 685, z późn. zm.) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku na każdym etapie jej wyliczenia (...).

Rozdział XVIII Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert

5. Zamawiający przyjął cenę za 1 roboczogodzinę naprawy/przeglądu - nie mniejszą niż określona w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 roku (19,70 zł). W sytuacji gdy Wykonawca wykaże w ofercie niższą cenę za 1 roboczogodzinę naprawy/przeglądu niż określona w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 roku (19,70 zł), Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy jako niezgodną z treścią SWZ.

Rozdział XXII

2. Inne informacje:

3) Zamawiający nie wymaga zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 ustawy Pzp.

4) Zamawiający nie wymaga zatrudnienia osób, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto, zgodnie z Rozdziałem XVIII SWZ Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert:

3. Zamawiający przy wyborze najkorzystniejszej oferty będzie kierował się następującymi kryteriami:

A. Cena za 1 roboczogodzinę naprawy/przeglądu - nie mniejsza niż określona w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 roku (19,70 zł) - waga 60%,

B. Posiadanie certyfikatu autoryzacji na serwisowanie sprzętu znajdującego się na wyposażeniu Zamawiającego - waga 40%.

Kwestionowane przez Odwołującego oferty zostały wycenione w następujący sposób:

1. Przystępujący - cena netto - 16,02 zł, brutto - 19,70 zł;
2. Biuro Serwis - cena netto - 16,02 zł, brutto - 19,70 zł;
3. Copy Control - cena netto - 16,02 zł, brutto - 19,71 zł;
4. Zofax - cena netto - 17,98 zł, brutto - 22,11 zł;
5. Odwołujący - cena netto - 17,99 zł, brutto - 22,13 zł.

Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego postanowienie Rozdziału XVII pkt 2 interpretować należało tak, że wykonawcy wyceniając stawki w ofertach powinni potraktować stawkę brutto w rozumieniu przepisów prawa pracy jako cenę netto jednej roboczogodziny w rozumieniu SWZ. Ta stawka miała zostać powiększona o stawkę VAT. Stąd Odwołujący wywodził, że stawki minimalne tj. 17,99 zł albo 19,70 zł powinny zostać powiększone o należny VAT, dlatego w ocenie Odwołującego prawidłową minimalną stawką brutto w rozumieniu przepisów SWZ powinny być kwoty odpowiednio 22,13 zł albo 24,23 zł.

W ocenie Izby, wobec ustalonego stanu faktycznego, interpretacja Odwołującego była błędna.

W SWZ brak jasnego, jednoznacznego wskazania, że obowiązkiem wykonawców było doliczenie podatku VAT do podanej przez Zamawiającego stawki minimalnej za jedną roboczogodzinę. Ponadto, co istotne, Zamawiający nie wymagał, by osoby realizujące przedmiot zamówienia były zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Nie było zatem podstaw do uznania, że wskazana przez Zamawiającego minimalna stawka za jedną roboczogodzinę wynikała z konieczności zabezpieczenia praw pracowniczych. W ocenie Izby w pełni dopuszczalna była zatem interpretacja Zamawiającego i Przystępującego, którzy wskazywali, że podana w SWZ minimalna stawka w wysokości 19,70 zł to stawka brutto w rozumieniu SWZ, zatem stawka już zawierająca VAT. Uznanie stanowiska Odwołującego za prawidłowe prowadziłoby do istotnej zmiany postanowień SWZ, co byłoby niedopuszczalne. Jako, że stawka za jedną roboczogodzinę była jedyną formą wyceny oferty, to musiały w niej zostać zawarte wszelkie koszty ponoszone przez wykonawcę w toku realizacji przedmiotu zamówienia, w tym choćby koszty dojazdu - realizacja przedmiotu zamówienia nie sprowadza się wyłącznie do samej pracy osób wykonujących zamówienie.

Zamawiający wskazał przy tym jako stawkę minimalną konkretną kwotę - 19,70 zł. Jeśli przyjąć interpretację Odwołującego za prawidłową, to jej konsekwencją musiałoby być uznanie

za niezgodną z warunkami zamówienia również oferty samego Odwołującego - zaoferował on stawkę 17,99 zł. Odwołujący wyliczył tą stawkę na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu w następujący sposób:

$3\,010\text{ zł (minimalne miesięczne wynagrodzenie z tytułu umowy o pracę) / }167,3\text{ (średnia miesięczna ilość godzin pracy na etacie) = }17,99\text{ zł}$

Zgodnie ze swoją interpretacją, do kwoty 17,99 zł Odwołujący doliczył wartość VAT i w ten sposób uzyskał stawkę brutto swojej oferty, tj. 22,13 zł. Zamawiający oprócz powołania się na przepisy Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 roku wprost wskazał minimalną kwotę - 19,70 zł. W SWZ nie ma żadnej wzmianki o tym, by Zamawiający dopuścił zaoferowanie mu stawki niższej niż 19,70 zł.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że wskazana przez Zamawiającego minimalna stawka za jedną roboczogodzinę, to stawka brutto, zatem zawierająca VAT. Postanowienia SWZ są w tym zakresie zasadniczo jasne i nie nastęrczają trudności interpretacyjnych. Odwołanie się przez Zamawiającego do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 roku mogło być jednak mylące. Nie zmienia to oceny postanowień specyfikacji, nie daje również podstaw do tak dalece zawężającej interpretacji SWZ jak

wskazana w stanowisku Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....