

WYROK

z dnia 18 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2022 r. przez

Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: MM SERVICE

MONITORING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Trybunalska 21, 95-080
Kruszów, MAXUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. 3 Maja 64/66, 93-408
Łódź w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Sąd Rejonowy w
Częstochowie, ul. Dąbrowskiego 23/25, 42-200 Częstochowa

przy udziale

Wykonawcy - Ulisses Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-
akcyjna, Al. Wojska Polskiego 113, 42-200 Częstochowa przystępującego 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. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień

Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia
jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego - Sąd
Rejonowy w Częstochowie na całodobową ochronę osób, mienia i obiektów Sądu
Rejonowego w Częstochowie (sygnatura postępowania: GSR.361-04/22), ogłoszonym w
Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20.09.2022 r. nr 00354974/01, wobec czynności
wyboru i zaniechania odrzucenia oferty Ulisses Sp. z o.o. S.K.A., wykonawcy wspólnie
ubiegający się o zamówienie: MM Service Monitoring Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz

Maxus Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (Konsorcjum MM Service), wnieśli w dniu 31.10.2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2871/22).

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy w zw. z art. 224 ust.6 p.z.p. w zw. z art. 15 ust.1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Ulisses w sytuacji, gdy cena złożonej oferty była rażąco niska i stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji poprzez zaniżenie kosztów realizacji usługi, co wypełnia przesłankę utrudniania dostępu do rynku innym przedsiębiorcom poprzez sprzedaż usługi poniżej kosztów jej świadczenia;
2. art. 16. ust. 1 Ustawy oraz art. 224 ust. 1 p.z.p poprzez kolejne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sytuacji gdy wykonawca nie wykazał należytej staranności przy składaniu pierwotnych wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny;
3. art. 16 pkt 1 Ustawy oraz art. 239 Ustawy - ewentualnie naruszenie art. 224 ust. 1 Ustawy pzp, poprzez jego niezastosowanie i tym samym zaniechanie wezwania Wykonawcy Ulisses do wyjaśnień co do ceny oferty, podczas gdy uprzednio złożone wyjaśnienia przez Wykonawcę w trybie art. 223 ust.1 Ustawy pzp uzasadniały wątpliwości co do ceny oferty, która wydaje się rażąco niska.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Ulisses Sp. z o.o. sp.k., dokonania wyboru oferty Odwołującego, ewentualnie nakazanie wezwania Ulisses Sp. z o.o. sp. k. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy oraz ponowną ocenę ofert.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący odniósł się do kalkulacji i wyjaśnień, jakich udzielił Wykonawca na wezwania Zamawiającego. W jego ocenie kalkulacja kosztów jest nierzetelna, co ma wynikać z braku uwzględnienia obowiązku uiszczania składek ZUS pracodawcy, zaniżeniu kosztów świadczenia urlopowego, zaniżeniu kosztu dodatku za pracę w porze nocnej.

Odwołujący przedstawił własne wyliczenie poprawnych kosztów, które wskazuje, iż przy zaoferowanej cenie Wykonawca poniesie stratę (7.077,67 zł). Po doliczeniu kosztów dodatkowego urlopu wypoczynkowego dla osób niepełnosprawnych strata wynosić miałaby 9.533,41 zł.

Dalej Odwołujący wskazał na zmiany, jakie zostały dokonane w kolejnych kalkulacjach, po wezwaniach Zamawiającego, polegające na zmiany kwoty dotacji z PEFRON i PUP (z 13.669,50 zł do 21.046,71 zł), doliczeniu składek ZUS (8.360,96 zł), wzrostu dodatku za pracę w porze nocnej (z 2.100,00 zł do 3.660,00 zł). W ocenie Odwołującego świadczyć ma to nie o uzupełnieniu wyjaśnień ale złożeniu zupełnie nowych wyjaśnień, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i jest niedopuszczalne.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca Ulisses Sp. z o.o. S.K.A.

Przystępujący wskazał na błędy w wyliczeniach Odwołującego dotyczące kwoty

wynagrodzeń (obliczonej nie dla 13,07 etatu - zgodnie z deklaracją Wykonawcy, ale 13,71); składki ZUS wyliczone zostały od zawyżonej podstawy wynagrodzenia brutto; zawyżenia kosztów zastępstwa urlopowego (od pełnej ilości 13,07 etatu); zaniżenia wysokości dofinansowania do wynagrodzeń.

Wyliczona przez Odwołującego kwota dodatku za pracę w porze nocnej jest niższa od kwoty wyliczonej przez Przystępującego (3.660,00 zł). Przystępujący wskazał na różnicę, jak miałaby znaczenie dla jego wyliczenia przyjmując składkę ZUS (37,03 zł). Ponadto, przyjęte przez Odwołującego koszty dodatkowego urlopu w wymiarze 10 dni dla osób niepełnosprawnych (6 etatów), nie zostały przez Przystępującego uwzględnione, gdyż osoby te jeszcze nie nabyły prawa do tego świadczenia.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej

Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków również nie formułowano w pismach procesowych, jak i w toku posiedzenia niejawnego przed otwarciem rozprawy.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o

dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym ofertę Ulisses Sp. z o.o. S.K.A. i wyjaśnienia tego Wykonawcy składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego w zakresie zaoferowanej ceny.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 998.760,00 zł brutto (812.000,00 zł netto).

W postępowaniu złożonych zostało 6 ofert. Średnia arytmetyczna złożonych ofert wyniosła 927.673,67 zł brutto. Wykonawca Ulisses Sp. z o.o. S.K.A. zaoferował cenę 723.240,00 zł brutto (60.270,00 zł brutto/miesięcznie) i nie przekracza ona ustawowego wskaźnika uzasadniającego podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny, z art. 224 ust. 2 Ustawy.

Zamawiający skierował do Ulisses łącznie cztery wezwania w celu wyjaśnienia kalkulacji ceny ofertowej. Wezwania kierowane były w pismach z 6.10.2022 r., 11.10.2022 r.,

14.10.2022 r. i 18.10.2022 r.

W wezwaniu z 6.10.2022 r. Zamawiający oczekiwał przedstawienia zestawienia kosztów (w tym kosztów pracowniczych), składających się na kwotę miesięcznego wynagrodzenia brutto. Suma kosztów ma być odzwierciedleniem kwoty 60.270,00 zł brutto miesięcznego wynagrodzenia dla Oferty. Ponadto, Zamawiający prosił o podanie z czego wynika różnica miesięcznej kwoty złożonej oferty, do kwoty, jaką obecnie Zamawiający ponosi, t. 69.276,61 zł brutto. W wezwaniu z 11.10.2022 r. Zamawiający prosił o wyjaśnienie przyczyn braku umieszczenia dodatku nocnego i zastępstwa urlopowego oraz braku wyliczenia składek ZUS od pracodawcy. Wezwanie z 14.10.2022 r. (pod rygorem odrzucenia oferty) dotyczyło odpisów z PEFRON i dofinansowania PUP dla pracowników ochrony związanych z tym zamówieniem. Wezwanie z 18.10.2022 r. również było skierowane w związku z potrzebą wyjaśnienia zwiększonych kwot dofinansowania z PEFRON (z rozbiem na dwie pozycji kosztowe powiązane z grupami chorobowymi - bez ujawniania danych osobowych).

Odwołujący na każde wezwanie odpowiadał prezentując dane kosztowe przyjęte dla liczby etatów 13,07, z uwzględnieniem dofinansowania do wynagrodzeń z PEFRON i PUP. W pierwszych wyjaśnieniach z 10.10.2022 r., kwota dofinansowania została wskazana jako 13.669,50 zł. (odliczony od kosztu wynagrodzenia). W wyjaśnieniach z 12.10.2022 r. Wykonawca wskazał, iż podana wcześniej kwota wynikała z uproszczenia, a wysokość dofinansowania z PEFRON jest dzielona na dwie stawki: 3.150,00 zł x4 etaty i 2.100,00 x2 etaty, a z PUP przyjęta została najniższa kwota - 1.415,57 zł. Po tych wyliczeniach kwota dofinansowania wynosić ma 21.046,71 zł. Wykonawca przedstawił skorygowaną kalkulację o zmienioną kwotę dofinansowania i zwiększonym koszcie wynagrodzeń (po dodaniu kosztów składek ZUS pracodawcy i dodatku nocnego z ZUS), prezentując nadal zysk na poziomie 4.600,00 zł/miesięcznie (bez zmiany). W wyjaśnieniach z 17.10.2022 r. Wykonawca wskazał, iż podane w wyjaśnieniach z 12.10.2022 r. kwoty dofinansowania z PEFRON są realnymi, jakie otrzymuje do wynagrodzeń, a kwota podana w pierwszych wyjaśnieniach została pomniejszona o ZUS pracodawcy w kwocie uśrednionej dla pracowników powyżej i poniżej 50 roku życia. Przedstawił wyliczenie kosztów składki ZUS (7.377,21 zł). Wykonawca potwierdził, że wszyscy pracownicy skierowani do świadczenia usługi posiadają aktualny wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, a wszystkie dofinansowania dotyczą pracowników zatrudnionych do realizacji umowy będącej następstwem postępowania nr GSR.361-04/22. W wyjaśnieniach z 18.10.2022 r. Wykonawca przedstawił wysokość

dofinansowania dla 6 pracowników o umiarkowanym i znacznym stopniu niepełnosprawności.

Izba ustaliła, iż wyliczone w odwołaniu koszty zostały zawyżone przez przyjęcie wskaźnika 13,71 etatu do wyliczenia kosztów wynagrodzeń, w tym wysokości składek liczonych od wynagrodzenia, kosztów świadczenia urlopowego. Wykonawca Ulisses Sp. z o.o. S.K.A. od początku we wszystkich wyliczeniach przyjmował ilość etatu 13,07. Następnie Odwołujący dokonał zbiegu polegającego na doliczeniu do wyliczonego poziomu straty poziomu zysku wskazanego w kalkulacji (4.600,00 zł), co wskazywać miało na zaniżenie kosztów na poziomie co najmniej 11.677,67 zł. Odwołujący dokonał również przeliczenia kosztów, uwzględniając powiększony wymiar urlopu dla osób niepełnosprawnych, przyjmując również wskaźnik 13,71 etatu, tymczasem w wyjaśnieniach Przystępujący wskazał na 6 etatów obsadzonych osobami o różnym stopniu niepełnosprawności. Po takim przeliczeniu kosztów poziomu straty, przy obowiązku udzielenia dodatkowego urlopu, wzrósłby do 9.533,41 zł.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Zarzuty odnosily się do oferty wybranej - Wykonawcy Ulisses Sp. z o.o. S.K.A., która według Odwołującego zawierać miała rażąco niską cenę, a czynności Zamawiającego związane z badaniem ceny miały również naruszać uczciwą konkurencję, przez nieuprawnione kierowanie kolejnych wezwań, w sytuacji gdy pierwsze wyjaśnienia nie były rzetelne i wyczerpujące, a oferta podlegała już na tej podstawie odrzuceniu.

W sprawie strony były zgodne co do ustalenia, iż zasadniczym elementem kosztowym wpływającym na cenę oferty były koszty pracownicze, a tych dotyczyły wyjaśnienia składane przez Ulisses Sp. z o.o. S.K.A. Odwołujący na rozprawie dodatkowo oświadczył, iż nie kwestionuje innych kosztów prezentowanych w wyjaśnieniach kalkulacji kosztów.

W pierwszej kolejności należało ustalić, czy wyjaśnienia składane przez Wykonawcę Ulisses Sp. z o.o. S.K.A. należało traktować, jako wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, których brak mógł prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 224 ust. 6 Ustawy. Zamawiający bowiem kwestionował skuteczność wezwań, które mogły wprowadzać w błąd Wykonawcę, co do

znaczenia procedury, z uwagi na wskazanie również podstawy z art. 223 Ustawy w

wezwaniu do wyjaśnienia treści oferty. Zamawiający uznał, że żadne z wezwań nie było wezwaniem o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, z konsekwencją braku wykazania przez Wykonawcę, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w postaci odrzucenia jego oferty - takiego komunikatu Wykonawca nie otrzymał.

Skład orzekający uznał, iż wezwania miały na celu wyjaśnienie kalkulacji ceny, w szczególności w zakresie kosztów wpływających na cenę oferty w ujęciu miesięcznym, co należało rozumieć, jako wyjaśnienie ceny, co do której Zamawiający miał wątpliwości. Wynika to również z treści wezwania, w szczególności z 14.10.2022 r. w którym Zamawiający wskazał na rygor w postaci odrzucenia oferty, a ponadto w podstawie wezwań wskazany został przepis art. 224 Ustawy - regulujący procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia Zamawiającego złożone na rozprawie stanowiły jedynie próbę złagodzenia rygoru, jaki ustawodawca wprowadził w odniesieniu do braku wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Konsekwencją tą, zgodnie z art. 224 ust. 6 Ustawy jest odrzucenie oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Tym samym należało ocenić, czy wielokrotne kierowanie wezwań do Wykonawcy, w

okolicznościach dyktowanych przede wszystkim rodzajem informacji, których wezwania dotyczyły, prowadzić miało do naruszenia przepisów Ustawy. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 27.01.2021 r., sygn. akt XXIII Ga 1941/20, możliwość ponownego zwrócenia się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ceny budzące wątpliwości istnieje tylko i wyłącznie wtedy, gdy wyjaśnienia nie są ogólnikowe i wymijające, ale tzw. merytoryczne. Jest to zrozumiałe, gdy wziąć pod uwagę, że to na zamawiającego spoczywa ciężar oceny złożonych wyjaśnień, a jeżeli te pozostawiają nadal jakieś okoliczności, które wymagają uzupełnienia, to podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty mogłoby być uznane za arbitralne, gdyż wykonawca nie miałby możliwości przedstawienia zamawiającemu pełniejszej argumentacji. Kierowanie kolejnych wezwań podyktowane musi być zatem treścią wyjaśnień już złożonych, co ważne odnoszących się merytorycznie do kwestii w nich

poruszonych, a nie poszukiwania nowych argumentów pozwalających inaczej ocenić treść dotychczasowych wyjaśnień. Zamawiający w wezwaniach nie wykraczał poza okoliczności wskazane w pierwszych wyjaśnieniach, co pozwoliło ostatecznie Wykonawcy rozwiać wszystkie zakomunikowane mu wątpliwości dotyczące ceny złożonej oferty.

Tym samym, w ocenie składu orzekającego, zarzutu naruszenia art. 16 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 224 ust.1 Ustawy nie sposób postawić i opierać go na tezie odwołania, że kolejne wyjaśnienia stanowiły faktycznie o złożeniu nowych wyjaśnień, a nie doprecyzowaniu informacji z pierwszych wyjaśnień. Wszystkie cztery wyjaśnienia dotyczyły kosztów prezentowanych w kalkulacji, a te zasadniczo były takie same. Różnice na jakie wskazał Odwołujący dotyczące poziomu dofinansowania z PEFRON i PUP zostały w sposób spójny wyjaśnione przez Wykonawcę, do czego Odwołujący się nie odniósł kwestionując samą możliwość prezentowania różnych wielkości, bez podważenia powodów wskazanych w wyjaśnieniach. Nie było podstaw do odmowy przyjęcia logicznego tłumaczenia Wykonawcy w zakresie rzeczywistego poziomu dopłat, w stosunku do wskazanego pierwotnie w sposób „skrótowy”. Ponieważ dopłaty są powiązane z zawieranymi w danym roku umowami o dofinansowanie, można przyjąć, iż Wykonawca celowo nie chciał początkowo podawać konkretnych kwot, z jakich obecnie korzysta w ramach refundacji wynagrodzeń pracowników już zatrudnionych i braku pewności, co do wysokości przyszłych dopłat. Strony były zgodne co do tego, iż nie można mieć pewności w jakiej wysokości środki Wykonawca będzie mógł uzyskać w kolejnych latach, a obecne otrzymuje je w ramach umowy zawartej w marcu 2022 r. Odwołujący przedstawił na tą okoliczność dowód, który potwierdził rzeczywisty poziom dofinansowania, który mieści się w kalkulacji dotyczącej ceny oferty i potwierdza korzystanie z środków PEFRON i PUP przez Ulisses Sp. z o.o. S.K.A. Nie była to zresztą okoliczność sporna, a w odwołaniu brak zarzutu bezzasadnego doliczenia do kalkulacji kosztów dofinansowania z PEFRON i PUP. Odwołujący odnosił się jedynie do różnych wielkości środków podanych w wyjaśnieniach, co zostało również wyjaśnione, a Odwołujący tego nie skomentował. Argument związany z częściowym wykorzystaniem kwoty dofinansowania nie został w żadne sposób wykazany, a dowodem na tą okoliczność nie mógł być wykaz złożony na rozprawie, gdyż na jego podstawie można jedynie ustalić przyznaną kwotę refundacji, ale już nie stopień jej wykorzystania na dzień złożenia oferty i kalkulacji ceny. Ponadto, zmiany jakie zostały ujęte w kalkulacji kosztów prezentowanych w wyjaśnieniach nr 1 i nr 2, faktycznie sprowadzały się do odmiennej ich prezentacji przy wyliczeniu kosztu wynagrodzeń i następnie odliczeniach. Nie miało to zasadniczego wpływu na koszt całkowity oferty, jak i zysk, który był taki sam przy każdym ze sposobów wykazania tych samych kosztów.

Istotnym zatem pozostawało odniesienie się do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego uznania, iż cena oferty zawiera rażąco niską cenę. Chociaż ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym w zakresie tego rodzaju zarzutu jest regulowany w sposób odmienny w art. 537 Ustawy, tj. przeniesiony zostaje na Zamawiającego, a w przypadku przystąpienia po jego stronie wykonawcy, który miał zaoferować rażąco niską cenę, na tego wykonawcę, to również Odwołujący nie jest całkowicie zwolniony z obowiązku wykazania zasadności podniesionych zarzutów (patrz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 29.10.2021 r., sygn. XXIII Zs 110/21 i 111/21). W okolicznościach niniejszej sprawy oznaczało to, że po stronie

Odwołującego spoczywał ciężar udowodnienia tez, mających uzasadniać odmienną ocenę złożonych wyjaśnień. Te jak wskazano powyżej zasadniczo sprowadzały się do kosztów wynagrodzenia pracowniczego.

Istotnym było zatem odniesienie się do sposobu, w jaki sam Odwołujący wyliczył koszt, a ten obarczony był podstawowym błędem, wynikającym z przyjęcia innego wskaźnika ilości etatów, niż prezentowany konsekwentnie w wyjaśnieniach przez Ulisses Sp. z o.o. S.K.A., tj. zawyżonego do 13,71 etatów. Dotyczy to zarówno obliczonej kwoty wynagrodzeń, jak i dodatkowych obciążeń związanych z urlopami, w tym urlopami dodatkowymi. Powoduje to, że kalkulacje Odwołującego nie mogły stanowić wiarygodnego odniesienia dla oceny wyjaśnień Przystępującego i prezentowanych w nich kosztów. Te były spójne, a Odwołujący faktycznie nie podważył okoliczności związanych zarówno z korzystaniem z dofinansowania z PEFRON i PUP, jak również sposobem liczenia składek na ZUS, które cena oferty uwzględnia.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust. 2

oz. 2437).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości

7.500,00 zł.

Przewodniczący: