Sygn. akt: KIO 3744/24

WYROK

Warszawa, dnia 4 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Krzysztof Sroczyński

Protokolantka:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2024 r. przez Odwołującego wykonawcę Security Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu

w postępowaniu, w którym Zamawiającym jest Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. J.M. we Wrocławiu przy udziale uczestnika – wykonawcy Sky One spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 253,30 zł (dwieście pięćdziesiąt trzy złote trzydzieści groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę.

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.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 3744/24

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. J.M. we Wrocławiu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp” lub „Pzp”) postępowanie pn. *„Świadczenie usługi stałej, całodobowej ochrony fizycznej osób i mienia oraz obiektów Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego im. Jana Mikulicza Radeckiego we Wrocławiu”; nr ref. DZP.242.165.2024*, (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 lipca 2024 r. pod numerem S 13/2024 412528-2024.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 10 października 2024 r. wykonawca Security Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającego:

1.podjęcie niezgodnej z art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) Ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 i 10 Ustawy decyzji w przedmiocie wyboru w postępowaniu jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę SKY ONE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach **(**zwanego dalej „Wykonawcą SKY ONE”) podlegającej odrzuceniu z uwagi na zawarte w niej błędy w obliczeniu ceny, które nie stanowią oczywistej omyłki rachunkowej i tym samym nie mogą one zostać poprawione przez Zamawiającego, a także w oparciu o informacje przekazane przez Wykonawcę, wprowadzające Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. uchylenie decyzji wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Wykonawcę, wydanej z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) Ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 7) i 10) Ustawy,
2. odrzucenie oferty złożonej przez Wykonawcę na podstawie przepisów wskazanych wyżej,
3. ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż realizacja postulatów wniesionych w odwołaniu spowoduje, że podjęte w tym zakresie czynności winny doprowadzić do wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako drugiej w kolejności wg przyjętych przez Zamawiającego kryteriów złożonych ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż zgodnie z dokumentacją opublikowaną przez Zamawiającego (w szczególności Specyfikacją Warunków Zamówienia, dalej zwaną „SWZ",
a także Załącznikiem nr 2A do SWZ, zwanym dalej „Formularzem cenowym") bezsprzecznie należy wskazać, że (w dużym uproszczeniu) sposób obliczania ceny, jako jednego z kryteriów oceny ofert
o wadze 60%, przedstawiał się następująco:
-wskazanie wartości brutto zamówienia,
-wskazanie wysokości obniżenia wpłat do Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, jaką wykonawcy są w stanie udzielić Zamawiającemu na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 44, 858, 1089, 1165, zwanej dalej „Ustawą o rehabilitacji"),
-wskazanie ceny oferty brutto, stanowiącej wartość brutto zamówienia pomniejszonej o kwotę obniżenia wpłat do Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (zwanego dalej „PFRON").

Bezsprzecznym jest, że w umieszczonej na końcu Formularza cenowego tabeli przygotowano na tę okoliczność trzy wiersze, w których należało przedstawić każdy z ww. składników cenotwórczych
w kolumnach oznaczonych „Wartość netto (zł)", „Wartość VAT" oraz „Wartość brutto (zł)". Kluczowym również dla rozstrzygnięcia sprawy jest fakt, że w Rozdziale XX SWZ (tj. w opisie sposobu obliczania ceny) podkreślono, iż „*Wykonawca poda w Formularzu Ofertowym stawkę podatku od towarów i usług (VAT) właściwą dla przedmiotu zamówienia, obowiązującą według stanu prawnego na dzień składania ofert*", a także, że „*określenie ceny ofertowej z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług (VAT) potraktowane będzie, jako błąd w obliczeniu ceny i spowoduje odrzucenie oferty*".
Istotne w całej sprawie jest również to, iż ww. obostrzenia nie stanowią wyjątku od reguł, jakie są określone przepisami ustawy Pzp, a stanowią pełne odzwierciedlenie jej przepisów oraz ugruntowanej opinii doktryny oraz linii orzeczniczej stosowanej przez Krajową Izbę Odwoławczą i sądownictwo powszechne w Polsce. Tym samym na każdym z wykonawców ciążył obowiązek ustalenia czy, a jeżeli tak, to według jakiej stawki, są poszczególne składniki cenotwórcze obciążone podatkiem VAT. Bezdyskusyjnym jest również fakt,
że ryzykiem, jakie wiąże się w przypadku niewłaściwego postępowania w tym zakresie, jest rygor odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) Ustawy.

Zgodnie z zaistniałym stanem faktycznym nie sposób zarzucić Zamawiającemu podejmowania działań, z których mogłoby wynikać, iż wprowadzane przez niego zmiany w dokumentacji dokonywane były w sposób nagły, nieprzewidywalny i uniemożliwiający rzetelne przygotowanie i złożenie oferty. Formularz cenowy został opublikowany na stronie postępowania w dniu 21 sierpnia 2024 r.
o godz. 14:41:20 (tj. w środę), zaś termin wyznaczony na złożenie oferty upływał dnia 4 września 2024
o godz. 12:00 (tj. również w środę). Nie sposób zaprzeczyć, iż nie powinno stanowić problemu wypełnienie wiersza A (tj. „Podsumowanie"). Nie sposób również zaprzeczyć, że wątpliwości mogą nasunąć się
w związku z koniecznością wypełnienia wiersza B (tj. „*Pełna kwota odpisu płatności na PFRON wynikająca z art. 94 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) w związku z art. 22 Ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej*
i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tekst jedn.- Dz. U. z 2024 r. poz. 44)").
Wynikają one z faktu, że wysokość obniżenia, o której mowa w art. 22 ust. 10 pkt 1 jest przekazywana Zamawiającemu na formularzu INF-U, którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do rozporządzenia Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 27 września 2018 r. w sprawie informacji dotyczących kwot obniżenia wpłat na Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych oraz ewidencji wystawionych informacji o kwocie obniżenia (Dz.U. 2018 poz. 1858) poprzez wprowadzenie w pozycji
pn. „*Kwota obniżenia to:"* i która to pozycja nie jest obciążona jakimikolwiek obowiązkami fiskalnymi
(w szczególności podatkiem VAT). Tym samym też, w celu uniknięcia błędów wynikających
z lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa, każdy z ewentualnych wykonawców z jednej strony, mając 14 dni na zapoznanie się z treścią opublikowanego dokumentu i weryfikację zawartych w nim informacji, mógł zwrócić się do

Zamawiającego z zapytaniem o sposób wypełnienia ww. pozycji Formularza cenowego, z drugiej zaś strony mógł wypełnić go w taki sposób, aby nie wskazywać, w sposób zgodny ze stanem prawnym i faktycznym, odrębnych wartości netto, podatku VAT i wartości brutto obniżenia
(tj. sposobu przyjętego przez Odwołującego). Przyjęcie drugiego sposobu w sposób jasny i czytelny pozwoliło bez jakichkolwiek przeszkód na wskazanie ostatecznej ceny oferty, jako działania rachunkowego w postaci różnicy kwoty brutto pomniejszonej o wysokość wskazanego obniżenia.

Bezsprzecznie należy przyznać, że Wykonawca SKY ONE postąpił w sposób diametralnie odmienny i niezgodny z obowiązującymi przepisami, o czym Odwołujący poinformował Zamawiającego
w dniu 5 września 2024 r. W wyniku uzyskania ww. informacji pismem z dnia 11 września 2024 r. wezwano Wykonawcę SKY ONE do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Ustawy, po otrzymaniu których Zamawiający działając w trybie określonym w art. 223 ust. 2 pkt 3) Ustawy uznał, że dokonany przez Wykonawcę SKY ONE błędny sposób obliczania ceny stanowi inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, co wiązało się
z podejmowaniem kolejnych czynności przewidzianych w SWZ oraz Ustawę Pzp i prowadzących ostatecznie do wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Wykonawcę SKY ONE.

W ocenie Odwołującego Zamawiający postąpił w tym przypadku w sposób niezgodny z przepisami Ustawy, rażąco naruszając dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 10) Ustawy. Nie sposób przemilczeć,
że jakiekolwiek przyjęcie wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, stanowi naruszenie przepisu przewidzianego w art. 225 ust. 2 pkt 4 Ustawy i co najwyżej mogłoby zmusić Zamawiającego do uznania, iż wysokość obniżenia wskazana w kolumnie „*Wartość brutto (zł)”* wywoła konsekwencje w postaci wystąpienia konieczności udzielenia obniżenia w kwocie 8 960 157,20 zł, tj. w wysokości niezgodnej
z treścią artykułu art. 22 ust. 5 pkt 2 Ustawy o rehabilitacji i co również stanowi podstawę do zastosowania przesłanki określonej w art. 226 ust. 1 pkt 10 Ustawy.

W ocenie Odwołującego należy również stwierdzić, że całokształt czynności Zamawiającego podjęto w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 16 i 17 Ustawy, albowiem niezgodnie uznano za nieistotne zmiany prowadzące do zwiększenia wartości oferty z kwoty 9 325 877,90 PLN do 11 001 354,45 PLN wynikające z kardynalnych błędów spowodowanych co najmniej lekkomyślnością albo rażącym niedbalstwem Wykonawcy SKY ONE, który aktualnie świadczy na rzecz Zamawiającego tożsame zamówienie i który jako jedyny został wezwany do złożenia wyjaśnień stanowiących impuls do poprawy innych omyłek dokonanych przez Zamawiającego zarówno wobec jego oferty, jak i wobec oferty złożonej przez innego wykonawcę Konsorcjum w składzie: ERA Spółka z o.o., NOVIA Spółka z o.o. i ERA+ Spółka z o.o., albowiem nie zostało skierowane do niego jakiekolwiek wezwanie do złożenia w tym zakresie wyjaśnień.

Odwołujący w zakresie pierwszego zarzutu wskazał, że zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego w wierszu B ostatniej tabeli Formularza cenowego należało wskazać wartość, opisaną jako „*Pełna kwota odpisu płatności na PFRON wynikająca z art. 94 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) w związku z art.22 Ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tekst jedn.-
Dz. U. z 2024 r. poz. 44)*”. Bezsprzecznie oczekiwania Zamawiającego przedstawione w tym zakresie wynikają wprost z zastrzeżenia, jakie wprowadzono do SWZ na podstawie art. 94 ust. 1 Ustawy, zgodnie z którym ograniczono udział wykonawców chcących ubiegać się o udzielenie zamówienia stanowiącego przedmiot prowadzonego postępowania wyłącznie do podmiotów mających status zakładu pracy chronionej, spółdzielni socjalnych oraz innych wykonawców, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych. Wyznacznikiem poziomu zaangażowania
w integrację ww. społecznie marginalizowanej grupy przez Wykonawcę jest wysokość obniżenia, jakie
w trybie art. 22 Ustawy o rehabilitacji uzyska Zamawiający i które pozwolą mu pomniejszyć obowiązkowe wpłaty, które musi on wnosić do PFRON na podstawie art. 21 Ustawy o rehabilitacji. Zależność pomiędzy wysokością udzielonego m.in. Zamawiającemu obniżenia, a ilością pracowników z orzeczoną niepełnosprawnością o określonym stopniu i schorzeniu stanowiącym podstawę do jego wydania wynika wprost z art. 22 ust. 1, 5 pkt 1 i 6, które przewidują następujące, restrykcyjne ograniczenia:
.obniżenia wpłat do PFRON mogą udzielać wyłącznie wykonawcy, u których wskaźnik zatrudnienia osób niepełnosprawnych zaliczonych do osób o znacznym stopniu niepełnosprawności
lub umiarkowanym stopniu niepełnosprawności, w odniesieniu do których orzeczono chorobę psychiczną, upośledzenie umysłowe, całościowe zaburzenia rozwojowe lub epilepsję, oraz niewidomych wynosi
co najmniej 30% (zwanych dalej „pracownikami ze specjalnymi uprawnieniami”). Ww. obostrzenia wynikają wyłącznie z przyznania takich uprawnień podmiotom, u których w strukturze zatrudnienia znaczącym odsetkiem spośród wszystkich pracowników będę osoby, które są szczególnie dyskryminowane na rynku pracy ze względu na stopień lub posiadane schorzenie i zatrudnienie których wiąże się ze zwiększonym wysiłkiem ze strony pracodawcy związanym z ewentualnym

dostosowaniem stanowiska pracy w celu zniwelowania ograniczeń wynikających z ich niepełnosprawności,
.kwota udzielonego obniżenia jest wprost proporcjonalna do wskaźnika wynagrodzeń niepełnosprawnych pracowników wykonawców zaliczonych do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności, co wyklucza w tym przypadku wzięcie pod uwagę osób z orzeczonym lekkim stopniem niepełnosprawności albo osób nieposiadających orzeczenia o niepełnosprawności,
.wskaźnik wynagrodzeń niepełnosprawnych pracowników sprzedającego zaliczonych
do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności stanowi iloczyn współczynnika wynagrodzeń tych pracowników i liczby etatów odpowiadającej różnicy między rzeczywistym zatrudnieniem wszystkich pracowników niepełnosprawnych a zatrudnieniem zapewniającym osiągnięcie wskaźnika zatrudnienia osób niepełnosprawnych w wysokości 6%.

Zdaniem Odwołującego w świetle przywołanych przepisów, w dużym uproszczeniu, należy bezsprzecznie stwierdzić, że wysokość udzielonego obniżenia będzie uzależniona od działań wykonawców, nakierowanych na to, by w ich strukturze zatrudnienia znalazł się możliwie jak największy odsetek osób z orzeczonym znacznym albo umiarkowanym stopniem niepełnosprawności i jednocześnie, by odsetek pracowników ze specjalnymi uprawnieniami był nie niższy, niż 30%. Należy także zwrócić uwagę, że na wskaźnik udziału przychodów (stanowiący drugi element algorytmu stosowanego
do udzielania obniżenia) wpływ ma wysokość przychodu ze sprzedaży własnej usługi, świadczonej
w danym miesiącu na rzecz nabywcy względem przychodu ogółem uzyskanego w tym miesiącu
ze sprzedaży własnej usługi, co w efekcie powoduje, że wykonawcy, chcąc udzielać obniżenia w możliwie najwyższej wysokości (nie wyższej niż 50% usługi) muszą rozważać konieczność ograniczenia świadczonych przeze siebie usług, które mogłyby być realizowane np. przez osoby nieposiadające orzeczonej niepełnosprawności albo zatrudnione na podstawie innej, aniżeli umowa o pracę (np. w oparciu o umowy cywilnoprawne. Można zatem bezsprzecznie założyć, że Zamawiający świadomie i celowo przyjął przedstawiony w postępowaniu sposób obliczania ceny wprost uwzględniający poziom zaangażowania wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego postępowania w działania zmierzające do społecznej i zawodowej integracji osób społecznie marginalizowanych, jakimi są osoby z orzeczoną niepełnosprawnością, poprzez wskazanie wysokości możliwego do udzielenia obniżenia. Jednocześnie w projekcie umowy, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ, Zamawiający wprowadził mechanizm, mający dyscyplinować wykonawców do rzetelnego udzielania w tym zakresie odpowiedzi poprzez wprowadzenia kary w treści § 14 ust. 2.

Analiza deklaracji złożonej w tym zakresie przez Wykonawcę (pomijając opisane wyżej błędy
w obliczaniu ceny) bezsprzecznie jest niezgodna ze stanem faktycznym. Nawet przyjmując, że wskazana kwota w wysokości 7 284 680,65 PLN jest kwotą prawidłową, należy zauważyć, że Zamawiający jest
w posiadaniu dokumentów, które będą zaprzeczały prawidłowości jej wyliczenia, co jednoznacznie stanowi przesłankę do wykluczenia Wykonawcy z prowadzonego postępowania, przewidzianą
w Rozdziale VII ust. 1 pkt 9. Z dokumentów uzyskanych od Zamawiającego w drodze dostępu do informacji publicznej oraz zgromadzonych w archiwum Spółki wynika, że w ramach zamówienia udzielonego
na podstawie postępowania DZP.242.188.2021 Wykonawca udziela Zamawiającemu obniżeń
we wpłatach do PFRON i które zgodnie ze złożoną przez niego deklaracją winny wynosić 50% wartości netto świadczonej usługi (Dowód nr 1 – zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty
w postępowaniu DZP.242.188.2021 z dnia 20 września 2021 r. oraz Dowód nr 2 – umowa z dnia
1 października 2021 r. zawarta na podstawie udzielonego Wykonawcy zamówienia DZP.242.188.2021). Poniższa tabela wskazuje jednocześnie wartości obniżeń, jakie faktycznie zostały udzielone Zamawiającemu (Dowód nr 3 – informacja publiczna z dnia 23 września 2024 r.), z których wynika,
że zadeklarowany poziom obniżenia udało się dotrzymać wyłącznie za fakturę wystawioną w dniu 2 maja 2024 r.

Lp.	Data wystawienia faktury	Wartość netto usługi	Wysokość należnego obniżenia (wg deklaracji 50%)	Wysokość udzielonego obniżenia	Data wystawienia informacji INF-U	Wskaźnik procentowy obniżenia względem wartości usługi
A	B	C	D=C*50%	E	F	G
1	03.01.2024 r.	393 881,67 zł	196 940,84 zł	191 850,01 zł	16.04.2024 r.	48,71%
2	02.02.2024 r.	465 280,83 zł	232 640,42 zł	221 835,93 zł	15.05.2024 r.	47,68%
3	01.03.2024 r.	437 058,93 zł	218 529,47 zł	197 646,87 zł	15.05.2024 r.	45,22%
4	02.04.2024 r.	465 915,03 zł	232 957,52 zł	227 475,03 zł	08.07.2024 r.	48,82%
5	02.05.2024 r.	450 345,42 zł	225 172,71 zł	225 172,71 zł	16.08.2024 r.	50,00%

6	04.06.2024 r.	464 060,00 zł	232 030,00 zł	220 471,14 zł	13.09.2024 r.	47,51%
7	02.07.2024 r.	449 839,06 zł	224 919,53 zł	219 570,38 zł	13.09.2024 r.	48,81%

Jednocześnie, w ramach obecnie prowadzonego postępowania, Wykonawca wskazał wartość deklarowanego obniżenia na poziomie odpowiadającym 49% wartości netto usługi. Z kolei danych uzyskanych od Zamawiającego wynika, że w dokumentach INF-U generowanych w oparciu o faktury wystawione w bieżącym roku, poziom udzielonego zamówienia tylko raz osiągnął (przekroczył) zadeklarowany w ofercie poziom obniżenia. W pozostałych przypadkach jego wartość oscylowała pomiędzy na poziomie 45,22% a 48,81%, zatem poniżej wskaźnika zdeklarowanego w ofercie z 2021 r., a także poniżej progu wskazanego w przedmiotowym postępowaniu. Zastosowanie uśrednionego wskaźnika obliczonego na podstawie wysokości obniżeń przekazanych Zamawiającemu w bieżącym roku daje wartość 48,11%, co z kolei przekłada się na kwotę nie 7 284 680,65 PLN, ale 7 152 367,06 PLN.
To z kolei wpływa na wartość ceny oferty, która zgodnie z bezpodstawnie przyjętymi poprawkami Zamawiającego, wyniosłaby nie 11 001 354,45 PLN ale 11 133 668,04 PLN. Taki sposób postępowania, nie tylko stanowi przesłankę określoną w art. art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt a Ustawy, ale ze względu
na działania mające charakter powtarzalności należy uznać, że mają one charakter świadomy i celowy, albowiem poprzez przyjęte modyfikacje Wykonawca zwiększył w ten sposób swoje szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Potwierdzeniem takiego stanu rzeczy jest również fakt, iż Zamawiający
w trakcie obecnie realizowanego zamówienia ani razu nie wyciągnął wobec Wykonawcy konsekwencji finansowych w postaci kar umownych mających motywować go do utrzymania wskaźnika zadeklarowanego w złożonej w 2021 r. ofercie i stanowiącego jedno z kryteriów oceny składanych poprzednio ofert, co może utwierdzać go w przekonaniu, że również obecnie realizowane zamówienie,
w przypadku niedotrzymania wysokości kwot obniżeń zadeklarowanych w ofercie, nie spowoduje wyciągnięcia wobec niego jakichkolwiek sankcji finansowych (Dowód nr 4 – informacja publiczna z dnia
8 października 2024 r.).

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca SKY ONE sp. z o. o. z siedzibą w Mysłowicach. W dniu 24 października 2024 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył pismo procesowe razem z załącznikami, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości

W dniu 24 października 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie datowaną na 23 października 2024 r., w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę
w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę wykonawca SKY ONE sp. z o. o. z siedzibą w Mysłowicach (zwanego dalej jako: „Przystępujący"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z treścią Rozdziału XX SWZ *Sposób obliczenia ceny* Zamawiający w ust. 1 zastrzegł:

1Wykonawca poda cenę oferty w Formularzu Ofertowym sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik Nr 2 do SWZ, jako cenę brutto [z uwzględnieniem kwoty podatku od towarów i usług (VAT)] z wyszczególnieniem stawki podatku od towarów i usług (VAT) oraz w Formularzu cenowym – Załącznik nr 2A do SWZ gdzie:

a)wszystkie pozycję muszą zawierać cenę jednostkową,

b)wartość brutto należy liczyć w sposób następujący: cena jednostkowa netto x ilość = wartość netto + podatek VAT = wartość brutto.

W ust. 4 ww rozdziału wskazano

4.Wykonawca poda w Formularzu Ofertowym stawkę podatku od towarów i usług (VAT) właściwą dla przedmiotu zamówienia, obowiązującą według stanu prawnego na dzień składania ofert. Określenie ceny ofertowej z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług (VAT) potraktowane będzie, jako błąd w obliczeniu ceny i spowoduje

odrzucenie oferty, jeżeli nie ziszczą się ustawowe przesłanki omyłki (na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 pzp w związku z art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp).

Do SWZ załączony został załącznik 2A – Formularz cenowy, w którym zawarto poniższą tabelę:

		Wartość netto (zł)	Wartość VAT	Wartość brutto (zł)
A	Podsumowanie			
B	Pełna kwota odpisu płatności na PFRON wynikająca z art. 94 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) w związku z art.22 Ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tekst jedn.- Dz. U. z 2024 r. poz. 44			
C	Cena oferty brutto za realizację całego zamówienia wynosi (A-B)			

przy czym część A odnosiła się do wcześniejszej części formularza, w której rozpisane zostały poszczególne posterunki z przypisaniem kwalifikacji pracownika ochrony, wskazanie ilości godzin
w okresie umowy oraz pola na podanie jednostkowej ceny netto i brutto roboczogodziny wraz
z podsumowaniem tych kwot w podziale na wartość netto, wartość Vat i wartość brutto.

Oferty w postępowaniu złożyło trzech wykonawców:

1. Przystępujący – deklarujący zatrudnienie 33 osób niepełnosprawnych oraz cenę oferty brutto 9 325 877,90 zł;
2. Odwołujący - deklarujący zatrudnienie 33 osób niepełnosprawnych oraz cenę oferty brutto 11 220 536,83 zł;
3. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ERA Spółka z o.o. z siedzibą w Chorzowie, NOVIA Spółka z o.o. z siedzibą w Chorzowie i ERA+ Spółka z o.o. z siedzibą w Chorzowie - deklarujący zatrudnienie 33 osób niepełnosprawnych oraz cenę oferty brutto 13.950.076,00 zł.

W złożonych wraz z ofertami formularzach cenowych przystępujący oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ERA Spółka z o.o. z siedzibą w Chorzowie, NOVIA Spółka z o.o. z siedzibą w Chorzowie i ERA+ Spółka z o.o. z siedzibą w Chorzowie wypełnili ww. formularz w zakresie wszystkich pól, obliczając kwotę obniżenia wpłat na PFRON w odniesieniu do wartości netto zamówienia, a następnie przypisując jej wartość Vat i podając zsumowaną wartość brutto. Odwołujący w złożonym formularzu cenowym dokonał jego modyfikacji, łącząc komórki wartość netto, wartość Vat oraz wartość brutto i podając jedną wartość odpowiadającą kwocie obniżenia wpłat na PFRON w odniesieniu do wartości netto zamówienia.

W dniu 24 września 2024 r., Zamawiający dokonał poprawienia oferty przystępującego
w następujący sposób:

Na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), zamawiający poprawia w treści oferty wykonawcy inną omyłkę:

1) Załącznik nr 2A – Formularz cenowy;

2) Załącznik nr 2 – Formularz oferty

1) W podsumowaniu Formularza cenowego jest:

		Wartość netto (zł)	*Wartość VAT*	*Wartość brutto (zł)*
A	*Podsumowanie*	*14 866 695,20*	*3 419 339,90*	*18 286 035,10*
B	*Pełna kwota odpisu płatności na PFRON wynikająca z art. 94 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) w związku z art.22 Ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tekst jedn.- Dz. U. z 2024 r. poz. 44*	*7 284 680,65*	*1 675 476,55*	*8 960 157,20*
C	*Cena oferty brutto za realizację całego zamówienia wynosi (A-B)*	*7 582 014,55*	*1 743 863,35*	*9 325 877,90*

Powinno być

		Wartość netto (zł)	*Wartość VAT*	*Wartość brutto (zł)*
A	*Podsumowanie*	*14 866 695,20*	*3 419 339,90*	*18 286 035,10*
B	*Pełna kwota odpisu płatności na PFRON wynikająca z art. 94 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) w związku z art.22 Ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tekst jedn.- Dz. U. z 2024 r. poz. 44*	*7 284 680,65*		
C	*Cena oferty brutto za realizację całego zamówienia wynosi (A-B)*			*11 001 354,45*

2) W Formularzu oferty jest:
Cena oferty brutto (C) za realizację całego zamówienia wynosi: 9 325 877,90 zł
Powinno być:
Cena oferty brutto (C) za realizację całego zamówienia wynosi: 11 001 354,45 zł

W analogiczny sposób w dniu 24 września 2024 r. Zamawiający dokonał poprawienia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ERA Spółka z o.o. z siedzibą w Chorzowie, NOVIA Spółka z o.o. z siedzibą w Chorzowie i ERA+ Spółka z o.o. z siedzibą w Chorzowie

Na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), zamawiający poprawia w treści oferty wykonawcy inną omyłkę:
1) Załącznik nr 2A – Formularz cenowy;
2) Załącznik nr 2 – Formularz oferty
1) W podsumowaniu Formularza cenowego jest:

		Wartość netto (zł)	***Wartość VAT***	***Wartość brutto (zł)***
A	*Podsumowanie*	*16 259 125,20*	*3 739 598,80*	*19 998 724,00*
B	*Pełna kwota odpisu płatności na PFRON wynikająca z art. 94 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) w związku z art.22 Ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tekst jedn.- Dz. U. z 2024 r. poz. 44*	*4 917 600,00*	*1 131 048,00*	*6 048 648,00*
C	*Cena oferty brutto za realizację całego zamówienia wynosi (A-B)*	*11 341 525,20*	*2 608 550,80*	*13 950 076,00*

Powinno być

		Wartość netto (zł)	*Wartość VAT*	*Wartość brutto (zł)*
A	*Podsumowanie*	*16 259 125,20*	*3 739 598,80*	*19 998 724,00*
B	*Pełna kwota odpisu płatności na PFRON wynikająca z art. 94 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) w związku z art.22 Ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tekst jedn.- Dz. U. z 2024 r. poz. 44*	*4 917 600,00*		
C	*Cena oferty brutto za realizację całego zamówienia wynosi (A-B)*			*15 081 124,00*

2) W Formularzu oferty jest:
Cena oferty brutto (C) za realizację całego zamówienia wynosi: 13 950 076,00 zł
Powinno być:
Cena oferty brutto (C) za realizację całego zamówienia wynosi: 15 081 124,00 zł

Obaj wykonawcy w wyznaczonym terminie nie zakwestionowali sposobu dokonanych przez Zamawiającego poprawek w ofertach.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu;*
- art. 224 ust. 6 Pzp – *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. 1 Pzp – *Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.*
- art. 16 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu. Z błędem w obliczeniu ceny skutkującym odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawa zamówień publicznych mamy do czynienia wyłącznie wówczas, gdy nie można go zakwalifikować jako innej omyłki, możliwej do poprawienia zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy. Inna omyłka ma miejsce wtedy, gdy wykonawca w ofercie przyjął element zamówienia inny niż Zamawiający w dokumentach zamówienia, ale możliwe jest wykazanie, że było to wynikiem omyłki, a nie świadomego działania. Omyłka może bowiem polegać zarówno na niewłaściwym ujęciu w ofercie określonej informacji lub zobowiązania, jak i ich pominięciu (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20). Błąd w obliczeniu ceny lub kosztu, o którym stanowi art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych zachodzi wówczas, gdy doszło do błędu co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. W odróżnieniu od omyłki rachunkowej - błędy w obliczeniu ceny nie nadają się do poprawienia, gdyż nie ma jednego sposobu, w jaki można byłoby te błędy poprawić. Innymi słowy, jeśli mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca wskazuje w swojej ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, kalkulując w niej czynności, które nie są objęte przedmiotem zamówienia, lub też nie uwzględnia we wskazanej kwocie elementów, które ująć powinien - to wówczas wskazana przez wykonawcę cena jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot postępowania. W konsekwencji, błąd w obliczeniu ceny zachodzi również w przypadku, gdy nie jest możliwe odtworzenie rachunku matematycznego, stosowanego przez wykonawcę do wyliczenia ceny, i jednoznaczne ustalenie prawidłowych podstaw, wartości czy kolejności wykonania tego rachunku oraz dokonanie korekty poprzez poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej (tak m. in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 września 2022 r., KIO 2291/22)

Przekładając powyższe rozważania na stan faktyczny zaistniały w rozpoznawanej sprawie na wstępie należy zgodzić się z Zamawiającym, iż Odwołujący w treści odwołania – zarówno w petitum jak i uzasadnieniu – nie podniósł zarzutu w odniesieniu do dokonanej przez Zamawiającego czynności dokonania poprawienia innej omyłki w ofercie Przystępującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Co prawda w treści odwołania pojawiają się wskazania odnośnie oferty przystępującego, iż *„zawarte w niej błędy w obliczeniu ceny, które nie stanowią oczywistej omyłki rachunkowej i tym samym nie mogą one zostać poprawione przez Zamawiającego*" czy też jakoby *„oferta złożona przez Wykonawcę* [przystępującego – przyp. Izby] *zawiera błędy w obliczeniu ceny, które nie mogą zostać poprawione w toku postępowania",* jednakże poza powyższymi stwierdzeniami Odwołujący nie przypisał do nich konkretnego stanu faktycznego i nie przedstawił uzasadnienia tego zarzutu. Odwołujący nie odniósł się także poza powyższymi stwierdzeniami do przesłanek uzasadniających możliwość poprawienia omyłek określonych w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp tj. wskazania przepisu prawa którego naruszenia upatruje w działaniu Zamawiającego, na czym polegało to działanie i z jakich powodów było niedopuszczalne.

Jak wynika z orzecznictwa Izby (m.in. wyrok z dnia 8 marca 2024 r. KIO 576/24)*zakres rozpoznania sprawy przez Izbę jest ściśle ograniczony zarzutami odwołania sprowadzającymi się do czynności lub zaniechań zamawiającego opartych na*

konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Stąd też, odwołujący w odwołaniu zobowiązany jest wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony,
a w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności potwierdzające zasadność twierdzeń wyrażonych w odwołaniu. Samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych,
które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania.

Tym samym wobec braku zarzutu w zakresie naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp podstawę do oceny przez Izbę zarzutów odwołania stanowiła oferta Przystępującego z uwzględnieniem poprawienia w jej treści innych omyłek, dokonanego przez Zamawiającego w dniu 24 września 2024 r.

W świetle powyższego za niezasadny należało uznać zarzut odwołania zgodnie z którym oferta przystępującego zawiera błędy w obliczeniu ceny, które nie mogą zostać poprawione w toku postępowania. Zasadniczą treść uzasadnienia zarzutu stanowiła okoliczność, iż przystępujący w złożonym formularzu cenowym (załącznik 2A do SWZ) w wierszu B podał kwotę odpisu płatności na PFRON wynikająca z art. 94 ustawy Pzp w związku z art. 22 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t. j.- Dz. U. z 2024 r. poz. 44; dalej „ustawa RehZiS") w kolumnie 7 („*Wartość netto (zł*)"), od której następnie wyliczył wartość podatku VAT (kolumna 8 – „*Wartość VAT"),* zaś zsumowane kwoty z kolumny 7 i 8 podał w kolumnie 9 („*Wartość brutto (zł*)"). Odwołujący wskazał, iż kwota obniżenia wynikająca z ww. przepisu ustawy RehZiS nie podlega obciążeniom fiskalnym, w szczególności podatkiem VAT. Należy wskazać, iż okoliczność ta została wyeliminowana z oferty przystępującego w wyniku poprawienia przez Zamawiającego innej omyłki w dniu 24 września 2024 r. w wyniku, której w formularzu pozostawiono wartość odpisu w kwocie netto.

W pozostałym zakresie Odwołujący nie wskazał jakichkolwiek okoliczności, które miałyby wskazywać na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny w ofercie przystępującego, w szczególności w odniesieniu do pozostałych elementów formularza cenowego. Odwołujący wskazał jedynie, iż przyjęcie wyjaśnień złożonych przez przystępującego, stanowi naruszenie przepisu przewidzianego w art. 225 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i co najwyżej mogłoby zmusić Zamawiającego do uznania, iż wysokość obniżenia wskazana w kolumnie „Wartość brutto (zł)" wywoła konsekwencje w postaci wystąpienia konieczności udzielenia obniżenia w kwocie 8 960 157,20 zł, tj. w wysokości niezgodnej z treścią artykułu art. 22 ust. 5 pkt 2 RehZiS i co również stanowi podstawę do zastosowania przesłanki określonej w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp. Odwołujący nie wskazał jednak w treści odwołania również poza przywołaniem art. 225 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp na czym rzekome naruszenie przywoływanego przepisu miało polegać i z jakich przyczyn miałoby skutkować w konsekwencji naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Jak wskazano we wcześniej przywołanym orzeczeniu KIO 576/24 (…) *to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania słuszności podniesionych zarzutów. Zarzuty odwołania powinny być uzasadnione w sposób jasny i precyzyjny. Skład orzekający nie może domyślać się intencji odwołującego i domniemywać, na czym miało polegać naruszenie wskazanych przez odwołującego przepisów. Izba w ramach środków ochrony prawnej ocenia czynności zamawiającego pod względem zgodności z obowiązującymi przepisami prawa i jak już wyżej wskazano jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Nie jest w gestii Izby poszukiwanie argumentów na uzasadnienie podniesionych przez odwołującego twierdzeń. Muszą być one przez odwołującego przedstawione i szczegółowo uzasadnione oraz poparte odpowiednimi dowodami.*

Podobnie w odniesieniu części uzasadnienia zarzutów dotyczących naruszenia art. 16 i 17 ustawy Pzp poprzez uznanie za nieistotne zmian w treści oferty dokonanych dnia 24 września 2024 r. Odwołujący nie wskazał, którą z zasad wyrażonych w przywoływanych w odwołaniu przepisach naruszyło działanie Zamawiającego. W szczególności Odwołujący nie wskazał w jaki sposób zasady te zostały naruszone poprzez podnoszony brak skierowania wezwania do wyjaśnień względem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ERA Spółka z o.o. z siedzibą w Chorzowie, NOVIA Spółka z o.o. z siedzibą w Chorzowie i ERA+ Spółka z o.o. z siedzibą w Chorzowie. Jednocześnie wskazać należy że oferta tego wykonawcy została poprawiona przez Zamawiającego w dniu 24 września 2024 r. w sposób analogiczny jak oferta przystępującego.

Mając powyższe na względzie Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp za podlegający oddaleniu.

Odnosząc się z kolei do zarzutu, iż w ofercie złożonej przez przystępującego znajdują się informacje wprowadzające w błąd, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i przedstawienie których stanowi jednocześnie czyn nieuczciwej konkurencji, Izba uznała że zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie. Podstawą do sformułowania zarzutu w przedmiotowym zakresie stanowiły dane historyczne wynikające z realizacji przez przystępującego umowy na analogiczny zakres usług na rzecz Zamawiającego w okresie poprzedzającym postępowanie o udzielenie zamówienia. Na podstawie tych danych Odwołujący wyliczył wysokość średniego obniżenia udzielonego Zamawiającemu we wpłatach do PFRON wynikającego z przekazanych przez przystępującego deklaracji INF-U w bieżącym roku na wartość 48,11%. W ocenie Odwołującego

ten właśnie uśredniony wskaźnik powinien zostać zastosowany przez przystępującego dla wyliczenia oferowanej kwoty obniżenia wpłat na PFRON w ramach przedmiotowego postępowania,
zaś zastosowany przez przystępującego wskaźnik 49 % obniżenia stanowi naruszenie przepisów wskazane w uzasadnieniu zarzutu. W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, iż trudno uznać
za wprowadzające w błąd informacje, które Zamawiający może w prosty i jednoznaczny zweryfikować
i ocenić w oparciu o dane którymi sam dysponuje. Podstawą do sformułowania zarzutu są bowiem dane związane z umową realizowaną na rzecz Zamawiającego, a zatem Zamawiający miał pełną wiedzę
na temat wysokości faktycznych obniżeń we wpłatach wynikających z deklaracji przystępującego.
Nie sposób zatem uznać, że deklaracja obniżenia w ramach przedmiotowego postępowania w wysokości 49 % mogłaby w jakikolwiek sposób wprowadzić w błąd Zamawiającego w odniesieniu do możliwości uzyskania takiego wskaźnika przez przystępującego. Ponadto Odwołujący nie wskazał podstaw prawnych czy też zapisów dokumentacji postępowania, które obligowałyby przystępującego do obliczenia deklarowanej kwoty obniżenia wpłaty na PFRON w oczekiwany przez Odwołującego sposób przedstawiony w odwołaniu. Jak ponadto wynika z treści uzasadnienia zarzutu kwota ta ma charakter deklarowany, zaś jej ostateczna wysokość uzależniona jest od szeregu opisanych w ustawie RehZiS czynników odnoszących się do właściwości tak wykonawcy (takich jak struktura zatrudnienia i wysokość przychodów), jak również Zamawiającego. Odwołujący nie wykazał we wniesionym odwołaniu aby deklarowane przez przystępującego obniżenie wpłat do PFRON na poziomie odpowiadającym 49% wartości netto usługi było niemożliwe do osiągnięcia, jak również aby informacja ta mogła w jakimkolwiek stopniu wprowadzić Zamawiającego w błąd w jakimkolwiek stopniu, a tym bardziej w stopniu mogącym mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W odniesieniu zaś do wzmiankowanej w treści zarzutu kwestii związanej z czynem nieuczciwej konkurencji Izba pragnie wskazać, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, w przypadku podnoszenia zarzutów czynu nieuczciwej konkurencji ważne jest skonkretyzowanie takiego czynu, którego popełnienia dopuścił się określony przedsiębiorca, a także konkretne określenie, jakiego rodzaju dobrym obyczajom przedsiębiorca uchybił. Uznanie zaś konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz kwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu (wyrok SN z 11 października 2002 r., III CKN 271/01).
W ocenie Izby postawiony zarzut ma w tym zakresie charakter blankietowy. Odwołujący nie przypisał do niego konkretnego stanu faktycznego i nie przedstawił uzasadnienia tego zarzutu. Nie odniósł się także do przesłanek składających się na czyn nieuczciwej konkurencji tj. wskazania przepisu prawa z którym upatruje się sprzeczności lub obyczaju w który zachowanie uczestnika godzi, a także zagrożenia interesom zamawiającego lub innych wykonawców. Odwołujący nie przywołał zarówno w petitum,
jak i w treści uzasadnienia żadnego z przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, którego naruszenia dopatrywał się w działaniach wykonawców których oferty kwestionował.

Mając powyższe na względzie Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10) oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp za podlegający oddaleniu.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba orzekła jak w sentencji.

Zgodnie z art. 575 ustawy Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Biorąc pod uwagę powyższe, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 8 ust. 2 pkt rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztó postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r poz. 2437).

Przewodniczący:…….