

Sygn. akt: KIO 2621/23

WYROK

z dnia 19 września 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2023 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

(1) TBW Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pionkach - pełnomocnik, (2) TBW Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pionkach, (3) MBJ Security Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, (4) „SOKÓŁ” Ż. T. J. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kozienicach

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Uniwersytet Radomski im. Kazimierza Pułaskiego, ul. Malczewskiego 29, 26-600 Radom

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APGG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie – pełnomocnik oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „PRA-MED” PLUS A.P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2621/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia: (1) TBW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pionkach - pełnomocnik, (2) TBW Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pionkach, (3) MBJ Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, (4) SOKÓŁ Ż.T.J. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kozienicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2621/23

Uzasadnienie

Zamawiający - Uniwersytet Radomski im. Kazimierza Pułaskiego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Całodobowy dozór

i ochrona mienia na obiektach UTH w Radomiu”, znak sprawy AP-26-22-W23/E)

na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. – dalej „ustawa Pzp”), Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S 136 – 433706

w dniu 18 lipca 2023 roku.

W dniu 5 września 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum: (1) TBW Sp. z o.o. z siedzibą w Pionkach – Lider konsorcjum, (2) TBW Security Sp. z o.o. z siedzibą w Pionkach, (3) MBJ Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (4) „SOKÓŁ” Ż.T.J. Sp. z o.o. z siedzibą w Kozienicach (zwanym dalej Odwołującym) od czynności i zaniechań Zamawiającego w ramach ww. Postępowania

w zakresie części A i B.

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu:

- 1) zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności: odrzucenia oferty APP sp. z o.o. (lider konsorcjum) i PPHU „PRAMED” PLUS A.P. sp. z o.o. do której zamawiający był obowiązany na podstawie art. Art. 226 ust 1 pkt 10 ustawy Pzp: tj. z powodu błędnego obliczenia ceny lub kosztu bez uwzględnienia przepisów:
 - a) Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz.U. 2022 poz. 1952 r) S 1-4 tego rozporządzenia.
 - b) Ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U.2023.100 t.j.), w szczególności art. 18 ust 1 w zw. z art. 15 ust 2 i art. 26a ust 1 tejsze ustawy. - co w konsekwencji doprowadziło dodatkowo do naruszenia:
 - c) Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2023.1570 t.j.)
tj. zbyt niska cena netto spowodowała naliczenie zbyt niskiej kwoty podatku VAT.
- 2) zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności: odrzucenia oferty APP sp. z o.o. (lider konsorcjum) i PPHU „PRANIED” PLUS A.P. sp. z o.o. do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie art. Art. 226 ust I pkt 4 ustawy Pzp: tj. z powodu nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów prawa tj.
 - a) Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz.U. 2022 poz. 1952 r) S 1-4 tego rozporządzenia .
 - b) Ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U.2023.100 t.j.) w szczególności art. 18 ust 1 w zw. z art. 15 ust 2 i art. 26a ust 1 tejsze ustawy ,
- 3) zaniechanie przez Zamawiającego, dokonania czynności: odrzucenia oferty APP sp. z o.o. (lider konsorcjum) i PPHU „PRAMED” PLUS A.P. sp. z o.o. do której Zamawiający był obowiązany na podstawie art. Art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp: tj. z powodu złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności przepisów art. 15 ust 1 pkt 1 u.z.n.k., jak również art. 15 ust 1 pkt 5 u.z.n.k.
- 4) zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności: wyboru oferty TBW Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), TBW Security Sp. z o.o., N/IBJ Security Sp. z o.o. SOKÓŁ Ż.T.J. Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art 239 ustawy Pzp z uwzględnieniem przepisów prawa dotyczących minimalnego wynagrodzenia.
- 5) alternatywnie w przypadku braku uwzględnienia zarzutów wobec Zamawiającego z pkt 1-4 odwołania, zarzucam Zamawiającemu zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty APP sp. z o.o. (lider konsorcjum) i PPHU „PRAMED” PLUS A.P. sp. z o.o. do której Zamawiający był obowiązany na podstawie art. Art. 226 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp: tj. z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu Ofert w/w Konsorcjum.

Ponadto wnoszę o dopuszczenie

i przeprowadzenie następujących dowodów:

- 5.1) Zestawienie stawek wynagrodzeń — Całkowity koszt pracodawcy brutto z urlopami i godzinami nocnymi 2023/2024 (zał. Nr 6) na okoliczność wykazania różnicy między ceną lub kosztem podanym w zwycięskiej ofercie, a rzeczywistą minimalną ceną lub kosztem wynikającą z w/w przepisów prawa.
- 5.2) Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dn. 28.09.2023 r na okoliczność wyboru przez Zamawiającego zaskarżonej oferty, której dotyczy odwołanie oraz zachowania terminu do wniesienia odwołania.
- 5.3) Zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów doradztwa prawnego #x200etj. kwotę 18.600 zł. tytułem zwrotu wpisu i zastępstwa prawnego zgodnie art. 574 Pzp oraz Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r poz. 2437).

W przetargu na „Całodobowy dozór i ochrona mienia na obiektach UTH w Radomiu”, zwycięska oferta została skalkulowana z naruszeniem przepisów dot. minimalnego wynagrodzenia za pracę tj. z naruszeniem: 1) Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz.U. 2022 poz. 1952 r) szczególności 1-4 tego rozporządzenia (tj. wysokość minimalnego wynagrodzenia). 2) Ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U.2023.100 t.j w szczególności art. 18 ust 1 w zw. z art. 15 ust 2

i art. 26a ust 1 tejże ustawy (tj. wysokość wynagrodzenia osób niepełnosprawnych, wysokość dofinansowania wynagrodzenia osób niepełnosprawnych). Szczegółowe wyliczenia dot. stawek wynagrodzeń pracowników zawarte w zwycięskiej ofercie

i porównanie ich ze stawkami wymaganymi przepisami prawa zawiera zestawienie stawek wynagrodzenia- (zał. 7) Dowód: Zestawienie stawek wynagrodzenia — Całkowity koszt pracodawcy brutto z urlopami i godzinami nocnymi 2023/2024 . — dot. ceny zwycięskiej oferty. Skalkulowanie w ofercie stawek wynagrodzenia poniżej minimalnego wynagrodzenia za prace jest podstawą do odrzucenia oferty przez Zamawiającego na podstawie kilku podstaw prawnych jednocześnie, w szczególności na podstawie:

1) Art. 226 pkt 10 ustawy UZP z powodu błędnego obliczenia ceny lub kosztu; 2) Art. 226 ust 1 pkt 4

Pzp z powodu nieważności przewidzianej odrębnymi przepisami prawa; 3) Art. 226 ust 1 pkt 7 Pzp z powodu złożona oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4) Art. 226 ust 1 pkt 8 Pzp z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o

uwzględnienie odwołania w całości na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i nakazanie Zamawiającemu na podstawie art. 554 ust 3 Ustawy Pzp:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszego w zakresie części A i B,

2) odrzucenia oferty wykonawcy APP sp. z o.o. (lider konsorcjum) i PPHU „PRANIED” PLUS A.P. sp. z o.o. w części A i B.

3) powtórzenie czynności wyboru i oceny oferty. 4) nakazać wykonanie Zamawiającemu czynności - w postaci dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie części A i B.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu, która została sklasyfikowana przez Zamawiającego na drugim miejscu w rankingu ofert. Unieważnienie czynności wyboru oferty spowoduje, że oferta Odwołującego stanie się pierwsza w rankingu ofert. Ewentualne nieuwzględnienie niniejszego odwołania pozbawi odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, czego skutkiem będzie poniesienie przez odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby uzyskując zamówienie.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający w przetargu na „Całodobowy dozór

i ochrona mienia na obiektach UTH w Radomiu” w dniu 28.09.2023 opublikował na stronie internetowej informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę Konsorcjum „APGG” sp z o.o. - Lider Konsorcjum oraz PPUH „PRA MED.” PLUS A.P. Sp. z o.o. — Partner Konsorcjum. zwane dalej APGG Oferta Odwołującego TBW Sp. z o.o. — Lid Konsorcjum, TBW Secyryty Sp. z o.o., MBJ Security sp. z o.o. , SOKÓŁ Ż.T.J. Sp. z b.o.- Partnerzy Konsorcjum, zwa dalej TBW - została sklasyfikowana na drugim miejscu.

Zwycięska oferta APGG w części A zamówienia została złożona na kwotę 1 564 537,86 zł.,

a w części B na kwotę 1 621 596,33 zł. Druga w kolejności oferta Odwołującego TBW w części A zamówienia została złożona na kwotę 1 728 828,96 zł., a w części B na kwotę 1 763 090,82 zł. W warunkach przetargu oprócz kryterium

ceny Zamawiający wziął pod uwagę czas dojazdu. Obaj wykonawcy uzyskali maksymalną ilość 40-stu punktów.

Decydująca okazała się punktacja dotycząca ceny. Zdaniem Odwołującego zwycięska oferta została skalkulowana

z naruszeniem przepisów prawa dotyczących wynagrodzenia za pracę i w związku z tym powinna być odrzucona.

Oferta Zwycięskiego wykonawcy skalkulowała wynagrodzenie poniżej minimalnych stawek wynagrodzenia określonych w/w rozporządzeniu, zgodnie

z którym od 1 lipca 2023 roku stawka ta wynosi 3600 zł brutto miesięcznie, a stawka godzinowa 23 zł brutto. Należy również zauważyć, że stawki te wzrosną w trakcie wykonania umowy,

co również powinna uwzględnić zwycięska oferta. - od 1 stycznia 2024 r. to kwota 4.242 zł brutto, ze stawką godzinową 27,70 zł brutto. - od 1 lipca 2024 r. kwota 4.300 zł brutto,

ze stawką godzinową 28,10 zł brutto. Zwycięskie Konsorcjum dodatkowo wykazała, że będzie zatrudniać osoby niepełnosprawne. W przypadku takich osób wynagrodzenie za prace zgodnie art. 18 ust 1 Ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U.2023.100 t.j.) nie może być niższe

niż wynagrodzenie pełnosprawnego pracownika. Dotyczy to zarówno stawki miesięczne,

jak i godzinowej. Ponadto osoby ze znacznym lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności zgodnie z art. 15 ust 2

w/w ustawy mają obniżony czas pracy (7 godz. na dobę, 35 godz. tygodniowo), za który przysługuje im takie samo wynagrodzenie jak za pracę w pełnym wymiarze. Oznacza to de facto, że stawka godzinowa tych osób jest wyższa niż

stawka godzinowa osób pracujących w pełnym wymiarze, gdyż muszą dostawać miesięcznie takie samo

wynagrodzenie jak osoby pracujące w pełnym wymiarze.

Dla pełnej kalkulacji kosztów pracy należy dodatkowo wskazać, że zgodnie z art. 26 a ust 1 w/w ustawy Pracodawcy przysługuje ze środków Funduszu PEFRON miesięczne dofinansowanie do wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego:

- 1) 2400 zł - w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do znacznego stopnia niepełnosprawności;
- 2) 1350 zł - w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności;
- 3) 500 zł w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do lekkiego stopnia niepełnosprawności.

Dofinansowanie to de facto obniża wysokość wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych, ale w przypadku przedmiotowego zamówienia nawet przy uwzględnieniu powyższych dofinansowań nadal skalkulowane stawki wynagrodzeń pracowników zwyczajnego Konsorcjum są poniżej stawek wymaganych przepisami prawa.

Dowód: Zestawienie stawek wynagrodzenia— Całkowity koszt pracodawcy brutto z urlopami i godzinami nocnymi 2023/2024

Skalkulowana w zwycięskiej ofercie cena nie uwzględnia w/w przepisów prawa co powinno skutkować odrzuceniem tej oferty przez Zamawiającego:

- 1) Na podstawie art. 226 pkt 10 z powodu błędnego obliczenia ceny lub kosztu; „ Zamawiający zobowiązany jest do sprawdzenia, czy cena oferty obliczona została w oparciu

o prawidłowo ustalony przez wykonawcę zakres wymagań, określony w postępowaniu

[o udzielenie zamówienia — dop. aut.], w szczególności, czy uwzględnia wszystkie elementy cenotwórcze konieczne do prawidłowego wykonania zamówienia.

Zatem z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia

w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wycieszeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów cenotwórczych, wynikających

z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji.” A. Gawrońska-Baran [w:]

E. Wiktorowska, A. Wilgorowski, P. Wójcik,

A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz Warszawa 2021, art. 226. Pkt 22. Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w SWZ, i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, nie znajdujących uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach zamawiającego. Zob. np. wyrok KIO z 29.01.2020 r., KIO 97/20, LEX nr 2923344. „Przepisy Prawa zamówień publicznych nie definiują pojęcia błędu w obliczeniu ceny. Niemniej jednak przyjmuje się w orzecznictwie, że błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia. Przez pojęcie błędu w obliczeniu ceny należy rozumieć każdy inny niż oczywista omyłka rachunkowa, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 2 p.z.p., błąd w obliczeniu ceny. Błąd w obliczeniu ceny jest błędem co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a nie wadliwie od strony technicznej wykonaną czynnością obliczenia ceny.” A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 226.

W wyrok KIO z 10.07.2019 r., KIO 1205/19, LEX nr 2728603. Izba stwierdziła,

że w dotychczasowym orzecznictwie podnoszono, że niezależnie od przyjętego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia modelu należnego wykonawcy wynagrodzenia

(np. wynagrodzenie ryczałtowe, kosztorysowe) żaden przepis Prawa zamówień publicznych nie zwalnia zamawiającego z obowiązku weryfikacji poprawności obliczenia ceny oferty. Natomiast Sąd Najwyższy wskazał w uchwale z 20.10.2011 r., III CZP 53/11, OSNC 2012/4, poz. 45, iż „dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny

w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp z 2004 r. [obecnie art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p. — dop. aut.] Nie ma znaczenia, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT było zachowaniem zamierzonym przez wykonawcę, czy też nie miało takiego charakteru. Naruszenie przepisów skutkującym błędnym naliczeniem stawki VAT jest błędem skutkującym odrzuceniem oferty na podstawie (obecnie) art. 226 ust 1 pkt 10. Należy przyjąć, że chodzi tutaj o każdy błąd polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki VAT, niezależnie od tego, czy wykonawca zastosował stawkę niższą, czy też wyższą

od prawidłowej (wyrok KIO z 8.07.2019 r., KIO 1046/19, KIO 1065/19, LEX nr 2712299;

wyrok KIO z 27.06.2019 r., KIO 1050/19, LEX nr 2712279).

Tym samym zwycięskie Konsorcjum zaniżając cenę oferty, przez skalkulowanie wynagrodzeń pracowników poniżej minimalnego wynagrodzenia nie tylko doprowadziło

do wadliwego skalkulowania ceny netto, ale również automatycznie spowodowało wadliwe naliczenie ceny brutto, przez naliczenie kwoty zniżonego podatku od towarów i usług (VAT). Tym samym doszło do naruszenia nie tylko

przepisów dot. minimalnego wynagrodzenia ale również przepisów o podatku VAT. Co również jest dodatkową podstawą do odrzucenia oferty.

2) na podstawie art. 226 ust 1 pkt 4 Pzp z powodu nieważności przewidzianej odrębnymi przepisów prawa złożona przez zwycięskiego wykonawcę APGG oferta narusza odrębne od Ustawy Pzp przepisy:

- a) Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz.U. 2022 poz. 1952 r). szczególności S 1-4 tego rozporządzenia (tj. wysokość minimalnego wynagrodzenia).
- b) Ustawę z dnia 27 sierpnia 1997 r o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U.2023.100 t.j.) w szczególności art. 18 ust 1 w zw. z art. 15 ust 2 i art. 26 a ust 1 tejże ustawy (tj. wysokość wynagrodzenia osób niepełnosprawnych, wysokość dofinansowania wynagrodzenia osób niepełnosprawnych).

Naruszenie w/w przepisów powinno skutkować odrzuceniem oferty konsorcjum APGG przez Zamawiającego również na podstawie art. 226 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp jako nieważnej

na podstawie odrębnych przepisów prawa tj. art. 18 par. 2 Kodeksu Pracy.

W świetle którego postanowienia umów mniej korzystne dla pracownika niż przepisy prawa pracy są nieważne. Co prawda Zamawiający nie ma prawa ingerować w treść umowy o pracę, ale ma obowiązek zbadać ofertę pod kontem prawidłowo skalkulowanej ceny tj z uwzględnieniem minimalnych stawek wynagrodzenia. Jeśli oferta została skalkulowana poniżej tych stawek, obciążone jest to sankcją nieważności również na podstawie art. 58 par. 1 KC. W takiej sytuacji Zamawiający ma obowiązek odrzucić taką ofertę, jako nieważną na podstawie odrębnych przepisów prawa. „Przepisy Prawa zamówień publicznych nie określają, na podstawie jakich przepisów oferta może być nieważna. Nie zawierają również w tym zakresie żadnego ograniczenia, co oznacza, że norma obejmuje wszystkie przepisy powszechnie obowiązujące prawa. W orzecznictwie KIO wskazuje się, że brak jest przeszkód, aby za taką odrębną regulację uznać np. przepisy odnoszące się do minimalnego wynagrodzenia za pracę i zasad ustalania tego wynagrodzenia” A. Gawrońska-Baran [w:]

E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 226 pkt 9 Komentarza.

3) Art. 226 ust 1 pkt 7 została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

„Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne

z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Na podstawie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. możliwe jest zatem uznanie za czyn nieuczciwej konkurencji każdego sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami zachowania przedsiębiorcy, które nie tylko narusza interes innego przedsiębiorcy, lecz także naruszeniem takim zagraża. Istotne jest wykazanie sprzeczności takiego zachowania z prawem lub dobrymi obyczajami, powstania stanu zagrożenia lub naruszenia interesu prawnego innego przedsiębiorcy lub klienta oraz związku pomiędzy naruszeniem (powstaniem stanu zagrożenia) a zasługującym na ochronę interesem innego uczestnika rynku. W przedmiotowej sprawie składanie przez konkurencyjne konsorcjum ofert z ceną skalkulowaną według stawek poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę, daje zwycięscy matematyczną przewagę. Takie działanie narusza interes przestrzegającego przepisów prawa przedsiębiorcy, który złożył drugą najlepszą w kolejności ofertę, w ten sposób, że nieuczciwie eliminuje go z rynku (brak możliwości wygrania przetargu z podmiotami nie stosującymi przepisów prawa o minimalnym wynagrodzeniu). Za czyn nieuczciwej konkurencji należy uznać również zachowania zmierzające do wygrania postępowania za wszelką cenę, poprzez oferowanie nierealnych warunków realizacji zamówienia. Zaoferowanie zatem warunków nierealnych, które

nie są w warunkach rzeczywistych możliwe do spełnienia, godzi w dobre obyczaje i narusza zasadę uczciwej konkurencji.” A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski,

P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 226. pkt 13 Komentarza.

Z kolei zgodnie z art. 15 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Przepis ten uznaje za czyn nieuczciwej konkurencji tzw. zaniżanie cen. Można również uznać, że dodatkowo doszło do naruszenia Art. 15 ust 1 pkt 5 u.z.n.k. tj. uznać działania zwycięskiego Konsorcjum jako „działanie mające na celu wymuszenie na klientach [Zamawiającym] wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy”.

W przedmiotowym zamówieniu polega to na tym, że:

a) Konsorcjum APGG wiedziało, jako podmiot profesjonalnie ubiegający się o zamówienia publiczne, że Zamawiający przy równej ilości punktów za dojazd musi wybrać zgodnie

z art. 248 ustawy Pzp ofertę z najniższą ceną. Tym samym składając ofertę z ceną nie uwzględniającą przepisów dot. minimalnego wynagrodzenia za pracę, wymusza na Zamawiającym wybór jego oferty, jako oferty z najniższą ceną.

b) Konsorcjum APGG stosując zaniżone stawki wynagrodzeń, na podstawie art. 15 ust 2 pkt 1 u.z.n.k. powoduje również ograniczenie w istotny sposób lub wyłączenie możliwości dokonywania przez klienta [Zamawiającego] zakupu u innego przedsiębiorcy [Odwołującego].

4) na podstawie art. 226 ust 1 pkt 8 Pzp z powodu rażąco niskiej cen lub kosztu.

Ustawa, stanowiąc, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie definiuje jednak pojęcia rażąco niskiej ceny. W tej sytuacji, opierając się na wykładni językowej, należałoby przyjąć, że użyty zwrot oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych. Taka cena może wskazywać na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę. W przedmiotowym zamówieniu za nierealną i nierynkową cenę, jak również cenę poniżej kosztów ponoszonych przez Wykonawcę należy uznać cenę, która nie uwzględnia stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł jak w petitum odwołania.

W dniu 8 września 2023 roku do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum „APGG” Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „PRA-MED.” PLUS A.P. Sp. z o.o. : siedzibą w Radomiu (dalej zwani Przystępującym), wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 18 września 2023 roku, Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 15 września 2023 roku) wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie i pisemnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

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

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum „APGG” Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „PRA-MED.” PLUS A.P. Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, należy wskazać, że Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, który skalkulował ofertę z naruszeniem przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia o pracę oraz wysokości wynagrodzenia osób niepełnosprawnych, wysokości dofinansowania wynagrodzenia osób niepełnosprawnych, czym naruszył:

- 1)art. 226 pkt 10 ustawy UZP z powodu błędnego obliczenia ceny lub kosztu;
- 2)art. 226 ust 1 pkt 4 Pzp z powodu nieważności przewidzianej odrębnymi przepisami prawa;
- 3)art. 226 ust 1 pkt 7 Pzp z powodu złożona oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4)art. 226 ust 1 pkt 8 Pzp z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Podkreślenia wymaga, że Odwołujący stawia powyższe zarzuty, w oparciu wyłącznie o przyjęte przez siebie - jako właściwe - założenia i kalkulacje. Ponieważ Zamawiający nie narzucił określonego sposobu kalkulacji ceny ofertowej, nie mogą być one punktem odniesienia do oceny prawidłowości obliczenia ceny zaoferowanej przez Przystępującego.

Co najwyżej, mogą stanowić informacje o tym, jak sam Odwołujący skalkulował cenę podaną w swojej ofercie. Natomiast potencjalne różnice w ofertach wykonawców mogą być efektem sposobu kalkulacji ceny ofertowej przyjętego przez każdego z nich indywidualnie.

Odwołujący podnosi, że Przystępujący nie uwzględnił prognozowanego wzrostu stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę w trakcie wykonywania umowy. Także, że nie uwzględnił kwot dofinansowania do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych z Funduszu PEFRON.

Tymczasem, jak wynika ze złożonej podczas rozprawy przez Przystępującego kalkulacji ceny oferty, w cenie oferty zostały ujęte prognozowane wzrosty stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę dla roku 2023 i 2024, a także kwoty dofinansowania z funduszu PEFRON.

Odwołujący przyjął również niewłaściwe założenie, co do czasu pracy pracowników niepełnosprawnych oddelegowanych do realizacji zamówienia, który wynosi 7 godzin 35 minut, przy jednoczesnym prawie do wynagrodzenia za pracę w pełnym wymiarze, pomijając całkowicie okoliczność wynikającą z art. 16 ust. 1 pkt 1) ustawy o rehabilitacji zawodowej

i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych, że obniżony czas pracy nie dotyczy osób niepełnosprawnych zatrudnionych przy pilnowaniu.

Odwołujący w przedstawionych założeniach do obliczenia ceny nie uwzględnił również możliwości zwolnienia pracowników, którzy ukończyli 55 rok życia (kobiety) lub 60 rok życia (mężczyźni) z obowiązku opłacania składek na Fundusz Pracy oraz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Niezasadnie przyjął także, że w szatni świadczona jest praca w godzinach nocnych.

Tak przedstawiony sposób obliczenia ceny nie może stanowić dowodu potwierdzającego, że cena oferty Przystępującego została skalkulowana z naruszeniem wskazanych przez Odwołującego przepisów.

Co więcej, realność ceny zaoferowanej przez Przystępującego potwierdziła również symulacja obliczenia ceny, opracowana przez Zamawiającego.

W tych okolicznościach, niezasadny jest również zarzut naruszenia ustawy z dnia 11 marca 2024 roku o podatku od towarów i usług, poprzez naliczenia zbyt niskiej kwoty podatku Vat, od nieprawidłowo obliczonej ceny netto.

Wobec powyższego, przy braku wykazania naruszenia ww. przepisów, podniesione zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Nie potwierdził się również zarzut rażąco niskiej ceny lub kosztu w ofercie Przystępującego.

Podkreślenia wymaga, że odrzucenie oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu musi zostać poprzedzone procedurą wyjaśnienia ceny lub kosztu.

W okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący nie wykazał, że zaistniały okoliczności określone w art. 224 ust. 1 i 2 Pzp, uzasadniające wszczęcie przez Zamawiającego procedury wyjaśnienia zaoferowanej ceny lub kosztu ani również ich istotnych elementów składowych.

Zgodnie z w art. 224 ust. 1 i 2 Pzp:

1. 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 wyczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.
2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba

że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że ponieważ ustawodawca nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny, to opierając się na wykładni językowej, należałoby przyjąć, że użyty zwrot oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych. Jednakże, poza powyższym stwierdzeniem Odwołujący

nie przedstawiła żadnej argumentacji, na potwierdzenia, że którakolwiek z powyższych okoliczności zaistniała wobec ceny oferty Przystępującego.

Nie można zgodzić się więc z Odwołującym, że cena oferty Przystępującego znacząco odbiega od cen rynkowych i jest niewiarygodnie niska. Taka okoliczność nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy. Różnica w cenach ofert obu wykonawców

to ok. 10 % wartości. Nie jest to zatem różnica wskazująca na nierealność ceny lub znaczne odbieganie od cen rynkowych.

Reasumując, wskazać należy, że argumentacja Odwołującego opiera się na odniesieniu do własnych założeń, pomijając okoliczność że inny wykonawca mógł skalkulować ofertę przyjmując inne założenia. Jeżeli Zamawiający nie wskazał jednego modelu obliczenia ceny oferty, to prawidłowość jej obliczenia pozostawiona została wykonawcy. Odwołujący

zaś de facto dąży do narzucenia Izbie przekonania, że przyjęty przez niego sposób wyceny realizacji zamówienia i obliczenia ceny jest jedynym właściwym.

Nie jest zatem uprawnione twierdzenie wykonawcy, że cena zaoferowana przez Przystępującego zawiera błąd w obliczeniu, jest niezgodna z innymi przepisami, jest rażąco niska oraz, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem zarzuty Odwołującego oparte są wyłącznie na przypuszczeniach i domysłach. Żaden z nich nie został wykazany przez Odwołującego.

W konsekwencji, za niezasadny należy uznać zarzut zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności: wyboru oferty TBW Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), TBW Security

Sp. z o.o., MBJ Security Sp. z o.o. SOKÓŁ Ż.T.J. Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 239 ustawy Pzp z uwzględnieniem przepisów prawa dotyczących minimalnego wynagrodzenia.

Zgodnie z art. 239 Pzp:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje zatem na uwzględnienie.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania

oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: