

**WYROK**

**z dnia 13 czerwca 2023 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**Renata Tubisz

**Protokolant:** Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 12 czerwca 2023r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2023 r. **przez odwołującego:** Vital-Med Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 37-200 Przeworsk, ul. Niepodległości 59 w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Rudzie Śląskiej 41-709 Ruda Śląska ul. Markowa 20

**przy udziale przystępującego:** Optima Care Sp. z o.o., ul. Towarowa 36, 85-746 Bydgoszcz **po stronie zamawiającego**

**orzeka:**

1.uwzględnia odwołanie w części co do zarzutów nr 3 , nr 4 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje zamawiającemu ponowne badanie, ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty. W pozostałym zakresie to jest co do zarzutów odwołania nr 1 i nr 2 odnoszących się do nie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, nie uwzględnia odwołania.

2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Rudzie Śląskiej 41-709 Ruda Śląska ul. Markowa 20

i

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (sł.: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Vital-Med Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 37-200 Przeworsk, ul. Niepodległości 59, tytułem wpisu od odwołania

2.2.zasądza od zamawiającego: Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Rudzie Śląskiej 41-709 Ruda Śląska ul. Markowa 20 na rzecz odwołującego Vital-Med Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 37-200 Przeworsk, ul. Niepodległości 59 kwotę 18.938 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kosztów dojazdu na rozprawę

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. 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**

**Przedmiot zamówienia:**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartości równej lub przekraczającej progi unijne określone w art. 359 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, którego przedmiotem jest: „Świadczenie usług asystenta osobistego osoby niepełnosprawnej oraz usług opieki wytchnieniowej” z podziałem na części:

1.świadczenie usług asystenta osobistego osoby niepełnosprawnej (część I)

2.świadczenie usług opieki wytchnieniowej (część II)

Identyfikator postępowania (e-zamówienia): <https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-0e5abceb-b82d-11ed-b8d9-2a18c1f2976f>

Numer referencyjny postępowania: MOPS.ZP.2.2023

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 046-136089

Odwołanie

Działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „PZP”) w zw. z art. 505 ust. 1 PZP, w imieniu Odwołującego, ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartości równej lub przekraczającej progi unijne określone w art. 359 pkt 1 PZP, którego przedmiotem jest: „Świadczenie usług asystenta osobistego osoby niepełnosprawnej oraz usług opieki wytchnieniowej” z podziałem na części: 1. świadczenie usług asystenta osobistego osoby niepełnosprawnej (część I) 2. świadczenie usług opieki wytchnieniowej (część II) nr ref: MOPS.ZP.2.2023, prowadzonym przez zamawiającego, wnosi odwołanie w odniesieniu do rozstrzygnięcia 1 części Zamówienia, tj. dla części Świadczenie usług asystenta osobistego osoby niepełnosprawnej, wobec następujących czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu oraz zaniechań:

(1) odrzuceniu oferty odwołującego w części 1 zamówienia na podstawie art. 226 ust.1 pkt 7 i 8 ustawy p.z.p. w związku z art.3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod zarzutem iż oferta odwołującego w zaskarżonej części została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy oferta odwołującego w części 1 nie zawierała rażąco niskiej ceny, nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz jako jedyna oferta w postępowaniu została skalkulowana w sposób prawidłowy,

(2) zaniechaniu odrzucenia oferty dla części 1 zamówienia złożonej przez Konsorcjum Reh-Med W. M. oraz Anerii Sp. z o.o. (dalej: Wykonawca lub Wykonawca wybrany), pomimo, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu,

(3) zaniechaniu dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

(1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego w części 1, pomimo, iż treść oferty Wykonawcy wybranego w części 1 jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż koszty obsługi programu zostały skalkulowane przez Wykonawcę wybranego z pominięciem zastrzeżenia zamawiającego, iż nie będzie on zwracał Wykonawcy innych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia oraz kosztów wykraczających poza limity wynikające z Programu Ministra Rodziny i Polityki Społecznej „Asystent osobisty osoby niepełnosprawnej” - edycja 2023 (dalej zwanym: „Programem”), a kalkulacja kosztów obsługi Programu Wykonawcy wybranego nie uwzględni limitów wskazanych w Programie,

(2) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego w części 1, pomimo, iż oferta Wykonawcy wybranego w części 1 zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, gdyż koszty obsługi programu dla części 1 zostały skalkulowane przez Wykonawcę wybranego bez uwzględnienia zastrzeżenia Zamawiającego, iż nie będzie zwracał Wykonawcy innych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia oraz kosztów wykraczających poza limity wynikające z Programu, a zatem kalkulacja kosztów obsługi Programu Wykonawcy wybranego, która nie uwzględni powyższego zastrzeżenia zawiera błędy w obliczeniu ceny, które winny skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy wybranego,

(3) art. 226 ust.1 pkt 7 i 8 ustawy PZP w związku z art.3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zastosowanie sankcji odrzucenia oferty odwołującego, podczas gdy w istocie oferta Odwołującego w części 1 nie zawierała rażąco niskiej ceny, a także nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz jako jedyna oferta w postępowaniu została skalkulowana w sposób prawidłowy z uwzględnieniem założeń Programu,

(4) art. 16 ustawy PZP przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców, co doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o art. art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy PZP w związku z art.3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ustawy PZP, a także wybór oferty Wykonawcy wybranego dla części 1 zamówienia pomimo, iż jego oferta zawierała błędy w obliczeniu ceny, a jej treść jest sprzeczna z warunkami zamówienia,

Mając na uwadze wyżej sformułowane zarzuty odwołujący wnosi o :

1. uwzględnienie odwołania w całości;

2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy wybranego dla części 1 zamówienia oraz nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy wybranego w części 1,

3.nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,

4.nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego,

5.unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

a także:

-prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

-zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą,

-przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w treści niniejszego odwołania jak również dowodów, które zostaną przedłożone na rozprawie.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, albowiem odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu dla obu części zamówienia. W zakresie objętym niniejszym odwołaniem, tj. w zakresie części 1 Zamówienia oferta odwołującego została odrzucona, wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP. Odwołujący przez działanie niezgodne z PZP zamawiającego nie może uzyskać zamówienia dla tej Części. Zważywszy na zakres podniesionych zarzutów, w przypadku uwzględnienia odwołania, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającemu lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego zgodnie z żądaniami odwołującego. Gdyby oferta odwołującego złożona w zakresie części 1 zamówienia nie została odrzucona i została prawidłowo oceniona, odwołujący ma realną szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący przez działanie niezgodne z PZP zamawiającego nie może uzyskać zamówienia dla tej Części. Szkoda, którą poniesie odwołujący polega zatem na utraceniu korzyści, jakie mógłby osiągnąć odwołujący z realizacji przedmiotowej części zamówienia.

Tym samym odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania.

Termin na wniesienie odwołania

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) PZP, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty przekazana została odwołującemu dnia 19 maja 2023 r. Tym samym 10-dniowy termin na złożenie odwołania upływa w dniu 29 maja 2023 r.

Pozostałe wymogi formalne

Do odwołania dołączono dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości oraz dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu.

Uzasadnienie odwołania

Istotne elementy stanu faktycznego:

1. Przedmiotem Zamówienia jest „Świadczenie usług asystenta osobistego osoby niepełnosprawnej oraz usług opieki wytchnieniowej” z podziałem na części: 1. świadczenie usług asystenta osobistego osoby niepełnosprawnej (część I) oraz 2. świadczenie usług opieki wytchnieniowej (część II)

2.Postępowanie prowadzone jest dla zamówienia publicznego na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartości równej lub przekraczającej progi unijne określone w art. 359 pkt 1 PZP w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z art. 132 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 046-136089.

3. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych. Odwołujący złożył ofertę zarówno dla Części nr 1 i Części nr 2 zamówienia w prowadzonym postępowaniu. Wykonawca wybrany w zakresie Części nr 1 złożył ofertę na także na obie części Zamówienia. Odwołujący niniejszym odwołaniem zaskarża jedynie czynności i zaniechania Zamawiającego w odniesieniu do 1 Części Zamówienia.

4.W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie złożenia ofert w zakresie Części nr 1 wpłynęły 3 oferty wykonawców:

a)Wykonawcy wybranego;

b)Odwołującego;

c)Optima Care Sp. z o.o.

5.Odwołujący w części 1 zaoferował realizację zamówienia za łączną kwotę 1 173 432,00 zł brutto, w tym za świadczenie usług asystenta osobistego osoby niepełnosprawnej cenę brutto za jedną godzinę w wysokości: 34,20 zł, co razem daje cenę  $34,20 \times 33960$  godzin = 1 161 432,00 zł brutto oraz miesięczny koszt obsługi Programu na poziomie 1500 zł brutto, co daje łączną cenę za cały okres w wysokości:  $1500,00 \text{ zł} \times 8 \text{ m-cy} = 12 000,00 \text{ zł}$  brutto.

6.Wykonawca wybrany w części 1 zaoferował realizację zamówienia za łączną kwotę 1 454 400,00 zł brutto, w tym za świadczenie usług asystenta osobistego osoby niepełnosprawnej cenę brutto za jedną godzinę w wysokości: 40,00 zł, co razem daje cenę  $40,00 \times 33960$  godzin = 1 358 400,00 zł brutto oraz miesięczny koszt obsługi Programu na poziomie 12 000 zł brutto, co daje łączną cenę za cały okres w wysokości:  $12 000,00 \text{ zł} \times 8 \text{ m-cy} = 96 000,00 \text{ zł}$  brutto.

7.Pismem z dnia 19 maja 2023 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie obu części zamówienia, w tym w zakresie objętym odwołaniem, tj. dla Części nr 1 Zamówienia. Wraz z pismem zamawiającego przedstawione zostało zbiorcze zestawienie ofert w zakresie Części nr 1 wraz z ich oceną i informacją o odrzuceniu ofert. Zgodnie z rankingiem ofert dla Części nr 1 zamówienia oceniona została tylko oferta Wykonawcy wybranego (100,00 pkt), natomiast oferta odwołującego i oferta wykonawcy Optima Care sp. z o.o. zostały odrzucone.

8.Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty odwołującego w następujący sposób:

„Wykonawca - VITAL-MED Sp. z o.o. zaoferował wykonanie części I zamówienia za kwotę 1.173.432 zł oraz części II za kwotę 316.200 zł. Wątpliwości Zamawiającego wzbudził sposób skalkulowania cen przez Wykonawcę oraz ich realność. Istotne części składowe zaoferowanych cen - koszty miesięcznej obsługi programu w znaczący sposób odbiegały od kosztów przyjętych w pozostałych ofertach. Wykonawca w ofercie założył, że miesięczne koszty obsługi każdej z części zamówienia będą wynosiły 1.500 zł. W pozostałych ofertach złożonych w postępowaniu koszty te były określane odpowiednio w części I i II na kwoty: 19.087 zł i 6.086,72 zł (oferta Optima Care Sp. z o.o.) oraz 12.000 zł i 5.000 zł (oferta konsorcjum REH-MED W. M. oraz Aneri Sp. z o.o.).

Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 1 ustawy 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.

Mając na uwadze treść przytoczonego przepisu pismem z 29 marca 2023r. zamawiający wezwał wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących sposobu wyliczenia wskazanych powyżej istotnych składników cen ofertowych i do wykazania, iż zaproponowane ceny umożliwiają należyte wykonanie zamówienia.

W piśmie z 3 kwietnia 2023r., Wykonawca wyjaśnił, iż wyliczając wysokość kosztów miesięcznej obsługi programu, uwzględnił w nich wyłącznie konieczność zakupu środków ochronnych, natomiast pozostałe koszty związane z realizacją zamówienia, takie jak wynagrodzenie koordynatora oraz wydatki na obsługę księgową czy kadrową mają charakter kosztów stałych, które finansuje z innych zamówień i które ponosiłby bez względu na okoliczność udzielenia zamówienia w ramach niniejszego postępowania. Na dowód powyższego twierdzenia przedstawił między innymi umowę o pracę wraz z aneksem, zawartą z koordynatorem oraz umowy dotyczące realizacji usług asystenta osobistego i opieki wychowawczej. Z twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach wynikało, iż niemal całość ryczałtowej części wynagrodzenia będzie stanowiła zysk Wykonawcy.

Pismem z 11 kwietnia 2023r. Zamawiający ponownie wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, które miały służyć uszczegółowieniu przedstawionych informacji w zakresie ponoszonych przez Wykonawcę kosztów działalności gospodarczej, osiąganych przychodów i zysku oraz kadry, którą Wykonawca dysponuje dla realizacji zamówienia.

Pismem z 12 kwietnia 2023r. Wykonawca udzielił wyjaśnień, z których wynikało, iż ma możliwość finansowania kosztów stałych prowadzonej działalności oraz kosztów obsługi programu z dochodów uzyskiwanych w ramach innych zamówień.

Na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę informacji Zamawiający ostatecznie uznał, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, zaś sposób jej skalkulowania pozwala na przyjęcie, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W niniejszym postępowaniu na cenę w obu częściach zamówienia składały się dwie pozycje: kwota stanowiąca wynagrodzenie dla osób które faktycznie będą realizować usługi oraz kwota stanowiąca miesięczny koszt obsługi programu. Jednocześnie wyłączona została możliwość finansowania kosztów obsługi programu ze środków przekazywanych na zapłatę za usługi świadczone przez asystentów i opiekunów. Zatem w ramach kwoty otrzymanej na obsługę programu Wykonawca powinien mieć możliwość opłacenia kosztów związanych z wykonaniem danej części zamówienia oraz uzyskania zysku.

Na podstawie informacji uzyskanych od wykonawcy, zamawiający uznał, iż kwota 1500 zł. nie pozwala na pokrycie miesięcznych kosztów realizacji zamówienia oraz uzyskanie zysku. Wykonawca kalkulując cenę, ma obowiązek dokonania alokacji kosztów przypadających na konkretne zamówienie. W wyjaśnieniach Wykonawca wskazał kwotę miesięcznego wynagrodzenia koordynatora usług, który (zakładając, że Wykonawca uzyska zamówienie) obsługiwałby również umowy z Zamawiającym. Przy uwzględnieniu obowiązku alokacji kosztów, o którym mowa powyżej, sam koszt pracy koordynatora przy realizacji niniejszego zamówienia (obliczony z proporcji wynagrodzenia koordynatora do ilości obsługiwanych umów), powiększony dla przykładu o koszty zakupu środków ochrony osobistej, stanowi kwotę wyższą niż 1500 zł. Tymczasem kalkulując cenę Wykonawca winien uwzględnić także inne koszty prowadzenia działalności, w tym dla przykładu koszty obsługi księgowej i kadrowej. W orzecznictwie przyjmuje się, iż cena rażąco niska to cena oferty odbiegająca swoją wartością in minus od rynkowej wartości przedmiotu zamówienia, a wykonawca w ramach swoich wyjaśnień nie wykazał, że różnica ta jest uzasadniona, tj. że będzie mógł należycie wykonać zamówienie bez strat i finansowania go z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2016 r., KIO 741 /16). Chociaż całkowite ceny zaoferowane przez Wykonawcę nie odbiegają znacząco od cen zaoferowanych przez pozostałych Wykonawców, z uwagi na specyfikę postępowania i brak możliwości finansowania kosztów i uzyskiwania zysku z kwot przekazanych na wynagrodzenie asystentów i opiekunów, Wykonawca nie będzie w stanie zrealizować zamówienia za zaoferowaną cenę, co skutkuje, iż należy ją uznać za rażąco niską.

Z wyjaśnień Wykonawcy w sposób jednoznaczny wynika, iż ustalenie ceny na tak niskim poziomie wynikało z faktu, iż zamierza pokryć koszty związane z wykonaniem zamówień ze środków uzyskiwanych w ramach innych umów, które realizuje. Należy zauważyć, iż taki sposób postępowania określa się mianem subsydiowania skrośnego. Jednocześnie w orzecznictwie przyjmuje się, że stosowanie subsydiowania skrośnego jest niedopuszczalne i stanowi przejaw nieuczciwej konkurencji, o której mowa w przepisie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta), bowiem może prowadzić do utrudniania dostępu innym przedsiębiorcom do rynku poprzez oferowanie usług poniżej kosztów ich świadczenia (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Z przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień wynika, że w ramach postępowania zastosował mechanizm subsydiowania skrośnego, czyli pokrywanie kosztów usług i dostaw dla jednej z grup odbiorców, wpływami z umów od innych grup odbiorców. Działanie takie zakazane jest przez prawo i nie mogło stanowić usprawiedliwienia dla „symbolicznej” ceny oferty w zakresie sprzętania wewnętrznego. Zgodnie z wyrokiem KIO 473/17 wykonawcy przy ubieganiu się o udzielenie zamówienia powinni każdorazowo dokonać alokacji kosztów na poszczególne grupy swoich odbiorców, aby miały one charakter realny i nie zaburzały konkurencji rynkowej, która jest fundamentem procedur udzielania zamówień publicznych. Odwołujący wprost wskazał w wyjaśnieniach, że stosuje mechanizm subsydiowania skrośnego uzasadniając cenę usługi w ramach sprzętania wewnętrznego wykonywaniem innych zleceń w pobliżu, za które również otrzymuje wynagrodzenie i z których może pokryć koszty omawianej usługi. Dodatkowo wprost w wyjaśnieniach wskazał, że taktycznie i świadomie zaoferował cenę oferty skalkulowaną w opisany sposób. Utrwalony w orzecznictwie jest pogląd, że tzw. subsydiowanie skrośne stanowi przejaw nieuczciwej konkurencji i tym samym jest niedozwolone w myśl ustawy Prawo zamówień publicznych (KIO 66/16, KIO 69/16, KIO 73/16, KIO 437/13). Takie zachowanie jest nie tylko naganne z punktu widzenia dobrych obyczajów, ale też stanowi przejaw manipulacji cenami oferowanymi. Proceder manipulacji zastosowany przez wykonawcę należy uznać za przejaw czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie natomiast z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2661 /20, KIO 2662/20).

Nie sposób w tym miejscu nie odnieść się do wyjaśnień składanych przez przystępującego na rozprawie, który w zakresie kosztów ponoszonych z tytułu zatrudnienia kierownika robót, pana A. W., który jak sam zadeklarował jest zatrudniony na umowę o pracę i będzie zobowiązany, zgodnie ze złożoną ofertą, do telefonicznego dyżuru od godziny 06:00 do godz. 22:00 wskazał, że pełniony dyżur telefoniczny w zakresie tego zamówienia świadczony będzie niejako

„przy okazji” innych czynności wykonywanych przez tą osobę. Taka argumentacja nie zasługuje na aprobatę, gdyż nawet jeśli dana osoba wykonuje także inne zadania, to jakaś część wynagrodzenia przez nią otrzymywanego przypada na czynności świadczone w tym postępowaniu i dla tego zamawiającego. Gdyby zaaprobować takie podejście, to ubiegając się o kilka różnych zamówień i dedykując tą samą osobę do świadczenia usług, SAKEM każdorazowo mógłby tłumaczyć, że wykonywana praca w tym zamówieniu świadczona jest nieodpłatnie, bo przecież kluczowe czynności wykonywane są na innym projekcie. Nie ulega zatem wątpliwości, że część kosztów związanych ze świadczeniem pracy przez pana A. W. przypada na realizację tego zamówienia i powinno to być ujęte w złożonych wyjaśnieniach. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2022 r. KIO 966/22).

Zgodnie z przepisami art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy PZP odpowiednio: zamawiający odrzuca ofertę: jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji/zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zważywszy powyższe, na podstawie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy PZP w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty złożonej przez Wykonawcę, jako zawierającej rażąco niską cenę oraz złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. oraz art. 226 ust. 1 pkt. 10 p.z.p.

9. W pierwszej kolejności odwołujący wskazuje, iż zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy wybranego w części pierwszej z naruszeniem przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt. 10 p.z.p.

10. W tym kontekście, odwołujący wskazuje, iż zgodnie z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącymi części 1 Zamówienia, Zamawiający zawarł następujące zapisy:

#### „ROZDZIAŁ III. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

1.10.Z tytułu świadczenia usług Zamawiający będzie przekazywał Wykonawcy wynagrodzenie obejmujące:

a) wynagrodzenie asystentów za wykonane usługi asystencji osobistej, przy czym koszt jednej godziny zegarowej wynagrodzenia asystenta nie może przekroczyć 40 zł brutto wraz z kosztami pracy zatrudniającego (przez koszty pracy zatrudniającego należy rozumieć sumę wynagrodzeń, brutto, oraz składek na ubezpieczenia społeczne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, poniesionych przez zatrudniającego). Nie jest dopuszczalne pokrywanie z tej kwoty kosztów administracyjnych. Wynagrodzenie osób bezpośrednio świadczących usługi asystencji nie może być niższe od kwoty wynikającej z przepisów ustawy z 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu o pracę.

b) pozostałe koszty realizacji usług, w tym administracyjne w formie ryczałtowej kwoty wypłacanej miesięcznie.

1.11.Zamawiający będzie zwracał Wykonawcy - w razie ich poniesienia oraz z zachowaniem limitów i warunków określonych w Programie nr 1 - koszty związane ze świadczeniem usług dotyczące:

a) zakupu jednorazowych biletów komunikacji publicznej/prywatnej dla asystenta towarzyszącego uczestnikowi oraz przejazdów asystentów własnym/udostępnionym przez osobę trzecią/innym środkiem transportu np. taksówką w związku z wyjazdami, które dotyczą realizacji usług,

b) zakupu biletów wstępu na wydarzenia kulturalne, rozrywkowe, sportowe lub społeczne itp. dla asystenta towarzyszącego Uczestnikowi,

c) ubezpieczeń OC oraz NNW asystentów związanych ze świadczeniem usług asystencji osobistej, przy czym zapewnienie ubezpieczenia OC jest obowiązkowe.

Zamawiający nie będzie zwracał Wykonawcy innych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia oraz kosztów wykraczających poza limity wynikające z Programu nr 1"

(zgodnie z definicjami wprowadzonymi przez Zamawiającego w SWZ Program 1, to Program Ministra Rodziny i Polityki Społecznej „Asystent osobisty osoby niepełnosprawnej” - edycja 2023- przyp. Odwołującego).

11.Zgodnie natomiast z zasadami i limitami wynikającymi z Programu, których stosowanie wprost narzuca Zamawiający w treści SWZ, a których wyciąg w zakresie istotnym dla treści niniejszego Odwołania prezentuje Odwołujący:

#### IV. Zakres podmiotowy i przedmiotowy Programu

20.W ramach Programu gmina/powiat może otrzymać wsparcie finansowe do wysokości 100% kosztów realizacji przez asystenta usługi asystencji osobistej.

21. Koszt jednej godziny zegarowej wynagrodzenia asystenta za zrealizowaną usługę asystencji osobistej nie może przekroczyć 40 zł brutto wraz z kosztami pracy zatrudniającego<sup>1</sup>. Nie jest dopuszczalne pokrywanie z tej kwoty kosztów administracyjnych gminy/powiatu lub innego podmiotu, któremu gmina/powiat zleciła realizację Programu, zwanych dalej także „realizatorem Programu

23. W ramach Programu gmina/powiat może otrzymać środki Funduszu na realizację usług asystencji osobistej, jeżeli:

1) usługi realizuje samodzielnie, tj. przez osoby zatrudnione w ośrodku pomocy społecznej albo w centrum usług społecznych, o którym mowa w ustawie z dnia 19 lipca 2019 r. o realizowaniu usług społecznych przez centrum usług społecznych

(Dz. U. z 2019 r. poz. 1818), urzędzie gminy/powiatu lub w gminnych/powiatowych jednostkach organizacyjnych, bez względu na formę zatrudnienia;

2) zleca realizację usług organizacjom pozarządowym, o których mowa w art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie (Dz. U. z 2022 r. poz. 1327) oraz podmiotom, o których mowa w art. 3 ust. 3 tej ustawy;

3) zatrudnia asystenta wskazanego przez uczestnika w formie ustalonej przez gminę/powiat;

4) nabywa usługi asystencji osobistej od podmiotów sektora prywatnego, z zastrzeżeniem klauzul społecznych.

VI. Finansowanie Programu oraz warunki przyznawania gminom/powiatom środków Funduszu przeznaczonych na realizację Programu

10. Wójt, burmistrz, prezydent miasta/starosta może przekazać podmiotom wskazanym w części IV ust. 23 pkt 2 i 4 Programu środki stanowiące nie więcej niż 2% przekazanych środków Funduszu, w celu pokrycia wszelkich kosztów obsługi księgowej, kadrowej lub administracyjnej, które pojawią się w związku z realizacją usług w ramach Programu".

12. Biorąc pod uwagę wyżej opisane zasady wskazać należy, iż zgodnie z SWZ Zamawiający wypłaci wykonawcy, który będzie realizował umowę:

a) wynagrodzenie asystentów za wykonane usługi asystencji osobistej, przy czym koszt jednej godziny zegarowej wynagrodzenia asystenta nie może przekroczyć 40 zł brutto;

b) pozostałe koszty realizacji usług, w tym administracyjne w formie ryczałtowej kwoty wypłacanej miesięcznie;

a także

c) zwróci Wykonawcy - w razie ich poniesienia i udokumentowanie koszty wyspecyfikowane w SWZ.

Co istotne to fakt, iż Zamawiający wprost wpisuje w SWZ na stronie 5, iż nie będzie zwracał wykonawcy (...) kosztów wykraczających poza limity wynikające z Programu.

Zapisu tego nie sposób interpretować inaczej aniżeli w ten sposób, iż Zamawiający nie będzie płacił wykonawcy, który będzie realizował usługę żadnych kosztów wykraczających poza limity wynikające z Programu, a tym samym narzuca, aby cena została skalkulowana w oparciu o założenia i limity wynikające z Programu. Skoro bowiem Zamawiający nie będzie płacił Wykonawcy jakichkolwiek kosztów wykraczających poza limity, to nie może uznać za prawidłowej oferty cenowej, która poza te limity wykracza. Taka oferta jest po pierwsze niezgodna z warunkami zamówienia, a po drugie zawiera błąd w wyliczeniu ceny.

13. Oferta Wykonawcy wybranego w części 1 wykracza poza limity wynikające z Programu. Pozycja: pozostałe koszty realizacji usług, w tym administracyjne w formie ryczałtowej kwoty wypłacanej miesięcznie, zgodnie z zastrzeżeniem Zamawiającego winna zostać skalkulowana w limitach ustalonych Programem, a więc koszty te mogą stanowić nie więcej niż 2% przekazanych środków, w celu pokrycia wszelkich kosztów obsługi księgowej, kadrowej lub administracyjnej (zgodnie z powołanym powyżej pkt. VI pkt. 10 Programu). Dla maksymalnej stawki godzinowej dopuszczalnej Programem tj. 40 zł brutto (zaoferowanej zresztą przez Wykonawcę wybranego), przy założeniu liczby godzin wykonywania usług ustalonej przez Zamawiającego w rozmiarze 33960 godzin, maksymalna wysokość przekazanych środków na pokrycie kosztów usługi asystenckiej będzie wynosić 1 358 400,00 zł brutto, co oznacza, iż 2% z 1 358 400,00 zł wynosi: 27 168,00 zł brutto - i zgodnie z zapisem SWZ jest to maksymalny limit wszelkich kosztów obsługi księgowej, kadrowej lub administracyjnej w związku z realizacją usług w ramach Programu, jaki będzie mógł zostać przekazany wykonawcy, który finalnie będzie realizował usługę. Wykonawca wybrany zaoferował w pozycji: pozostałe koszty realizacji usług, w tym administracyjne w formie ryczałtowej kwoty wypłacanej miesięcznie kwotę 96 000,00 zł, a więc wartość przewyższającą ustalony w Programie limit. Skoro tak, to w świetle zapisów SWZ

Zamawiający nie może zwrócić Wykonawcy wybranemu kwoty 68 832,00 zł (będącej różnicą pomiędzy zaoferowaną w ofercie kwotą 96 000,00 zł a max. limitem 27 168,00 zł brutto kosztów administracyjnych, jaki będzie mógł zostać zwrócony zgodnie z założeniami Programu), a zatem nie może zawrzeć umowy zgodnej z treścią oferty Wykonawcy wybranego. Powyższe wskazuje, iż po pierwsze oferta Wykonawcy wybranego jest niezgodna z warunkami zamówienia, a po drugie zawiera błędy w wyliczeniu ceny. Dlatego też oferta Wykonawcy wybranego winna zostać odrzucona, a nie stanowić punktu odniesienia do dla oferty Odwołującego w zakresie badania rażąco niskiej ceny, która została skalkulowana w sposób prawidłowy i uwzględnia założenia Programu, którego limity winny zostać - wobec sformułowania zapisów SWZ przez Zamawiającego- uwzględnione przy kalkulowaniu ceny.

Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 226 ust.1 pkt 7 i 8 ustawy p.z.p. w związku z art.3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

14.Niezależnie od argumentacji przedstawionej powyżej, Odwołujący nie zgadza się z zastosowaniem przez Zamawiającego sankcji odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż oferta Odwołującego w części 1 nie zawierała rażąco niskiej ceny, a także nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a co należy podkreślić to fakt, iż jako jedyna oferta w postępowaniu została skalkulowana w sposób prawidłowy z uwzględnieniem założeń Programu.

15.Odwołujący stanowczo zaprzecza jakoby jego oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca w treści wyjaśnień stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny wskazał iż skalkulował cenę w sposób prawidłowy, gdyż w podstawowej pozycji dla części 1 zamówienia: świadczenie usług asystenta osobistego osoby niepełnosprawnej zaoferował cenę brutto za jedną godzinę w wysokości: 34,20 zł, co razem daje cenę  $34,20 \times 33960$  godzin = 1 161 432,00 zł brutto, która to cena jest zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami (zresztą w tym zakresie nie była kwestionowana przez Zamawiającego), natomiast w pozycji miesięczny koszt obsługi Programu Odwołujący ustalił koszty na poziomie 1500 zł brutto, co daje łączną cenę za cały okres w wysokości: 1500,00 zł x 8 m-cy = 12 000,00 zł brutto.

16.W wyjaśnieniach Odwołujący tłumaczył, iż w w/w cenie dla pozycji: miesięczny koszt obsługi programu zawarte są wszelkie składniki, które tworzą koszty dla Odwołującego w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący przyznaje, iż wskazał w wyjaśnieniach, że koszty koordynatora oraz obsługi księgowo-kadrowej są kosztami stałymi przedsiębiorstwa, które są już w pełni pokryte dotychczas uzyskiwanymi przychodami, a z racji faktu, że nie wzrosną w związku z udzieleniem przedmiotowego zamówienia Odwołujący nie miał obowiązku wliczać ich po raz kolejny, jako kosztów tego konkretnego zamówienia. Odwołujący wskazał, iż ponosi zysk w bieżącej z działalności, co miało na celu potwierdzić, iż wszystkie koszty stałe przedsiębiorstwa nawet bez podpisania przedmiotowego zamówienia są pokrywane, a skoro tak, to Odwołujący nie rozumie, dlaczego w sposób sztuczny miałby je wliczać jako koszty, z którymi Odwołujący będzie musiał liczyć się przy pozyskaniu tego zamówienia.

Zdaniem Odwołującego prawidłowo wliczył on do ceny bez wyjątku wszystkie koszty, które powstaną dla niego przy pozyskaniu przedmiotowego zamówienia. Celem Odwołującego nie jest i nigdy nie było zakłócanie uczciwej konkurencji. Argumentacja Zamawiającego, która jest podstawą odrzucenia oferty Zamawiającego, nie broni się także z tego powodu, iż Odwołujący nie mógł przecież zakładać, że pozyska przedmiotowe zamówienie, dlatego zarzut, że koszty stałe, tj. koszty wynagrodzenia koordynatora, sfinansuje z innych działalności nie może się obronić. Odwołujący wskazywał jedynie (udowadniając przedstawionymi dokumentami, z których wynikało, jaki zysk osiąga Odwołujący), iż koszty stałe, w tym wynagrodzenie zatrudniania koordynatora są już pokryte niezależnie od tego czy Odwołujący pozyska zamówienie czy też nie. Osoba wskazana na funkcję koordynatora otrzymuje wynagrodzenie, którego wysokość się nie zmieni w związku z pozyskaniem przedmiotowego zamówienia, jednocześnie z uwagi na fakt, że zakres dotychczasowych obowiązków pozwala jeszcze na sprawowanie funkcji koordynatora w ramach tego zamówienia - została ona wskazana jako osoba, która będzie ją pełniła. Analogicznie nie zmienia się koszt obsługi kadrowo księgowej w związku z pozyskaniem przedmiotowego zamówienia. Koszty te są stałe i będą ponoszone w niezmienionej wysokości niezależnie od tego, czy Odwołujący pozyska zamówienie czy też nie, nie tworzą więc dla Odwołującego dodatkowych kosztów, które byłyby elementami kosztotwórczymi dla tego zamówienia.

Gdyby przyjąć argumentację Zamawiającego, że należy dzielić koszt wynagrodzenia koordynatora na ilość realizowanych umów, to przy pozyskaniu każdej kolejnej umowy koszt zatrudnienia koordynatora będzie powielany i większy niż rzeczywiście ponoszone koszty jego zatrudnienia.

W rzeczywistości nie jest tak, że pozyskując 5 zamówień konkretny koszt stały (pośredni) dzieli się na 5 części, a przy pozyskaniu kolejnych dwóch w czasie późniejszym, ale realizowanych równolegle powoduje, że koszty te dzielą się po 1/7 na każdą umowę. Gdyby tak do tego podchodzić to każda kolejna umowa i obowiązek wliczania tych samych

kosztów zwiększałyby ich faktyczną skalę. Przykładowo koszty ubezpieczenia OC, które wynoszą 10 000,00 zł będą wynosić tyle niezależnie od tego czy wykonawca pozyska 1, 4 czy 5 kontraktów. Jeżeli dany wykonawca wkalkuluje je w ramach pierwszej umowy, to czy brak ich wliczenia przy piątym kontrakcie będzie subsydiowaniem skrośnym? Gdyby przejawem subsydiowania skrośnego było to co twierdzi Zamawiający, to na przykładzie wskazanych kosztów stałych, które kształtują się na poziomie 10 000,00 zł:

a) Dla pierwszego zamówienia trzeba by je zaliczyć na poziomie 10 000,00 zł

b) Dla drugiego, ale już kolejnego zamówienia realizowanego w tym samym czasie trzeba by je zaliczyć na poziomie (10 000:2) 5 000,00 zł - przy tym zamówieniu ten sam „koszt” stały sumując wysokość jego zaliczenia w przy pierwszym zamówieniu i drugim zamówieniu to już 15 000,00 zł

c) Dla trzeciego, ale już kolejnego zamówienia trzeba by je zaliczyć na poziomie (10 000:3) 3 333,33 zł - przy tym zamówieniu ten sam „koszt” stały to już 18 333,33 zł (gdyż przy pierwszym zamówieniu należało go wliczyć w całości, przy drugim w połowie, a przy trzecim w jednej trzeciej wysokości, przy czym przyznanie się, że koszt w istocie został ujęty przy pierwszym zamówieniu i nieujęcie proporcjonalne w kolejnych zamówieniach tego kosztu to już zdaniem Zamawiającego subsydiowanie skrośne).

d) Dla czwartego, ale już kolejnego zamówienia trzeba by je zaliczyć na poziomie (10 000:4) 2 500,00 zł- przy tym zamówieniu ten sam „koszt” to już 20 833,33 zł

e) Dla piątego, ale już kolejnego zamówienia trzeba by je zaliczyć na poziomie (10 000:5) 2 000,00 zł- przy tym zamówieniu ten sam „koszt” to już 22 833,33 zł

W rzeczywistości więc gdyby subsydiowanie skrośne miało tak działać jak sugeruje Zamawiający to przy 5 zamówieniach realizowanych równolegle, ale pozyskiwanych w pewnych odstępach czasu przykładowy koszt stały nie wynosiłby tyle co w rzeczywistości - 10.000,00 zł a 22.833,33 zł. W rzeczywistości, gdyby więc ktoś rzeczywiście tak kalkulował koszt stały, to wszelka nadwyżka ponad kwotę 10 000,00 zł w istocie byłaby zyskiem tego podmiotu, jeżeli podmiot pozyskałby dane zamówienie (co zresztą starał się tłumaczyć Odwołujący w treści wyjaśnień).

Oczywistym jest przy pewnej skali prowadzenia działalności gospodarczej, że koszty stałe są już pokryte i faktycznie ich ujmowanie nie jest wymiernym dla określenia skali kosztów w kalkulacji kolejnych zamierzeń/kolejnych zadań. To właśnie pokazał Odwołujący w wyjaśnieniach do Zamawiającego, odpowiadając na pytanie, dlaczego przyjął taką, a nie inną stawkę miesięcznych kosztów obsługi Programu.

W okolicznościach niniejszej sprawy wskazać należy, iż wbrew temu co twierdzi Zamawiający nie zajdzie subsydiowanie skrośne, gdyż przy realizacji zamówienia nie powstaną żadne koszty, które nie są już pokryte, a Wykonawca nie będzie realizował zamówienia ze stratą, którą pokrywałby z innych działalności.

Dodać należy także, iż patrząc z drugiej perspektywy, Odwołujący zarówno nie zwiększy jak i nie zmniejszy wynagrodzenia koordynatorowi zatrudnionemu na podstawie umowy o pracę w związku z pozyskaniem lub nie tego zamówienia. A gdyby przyjąć argumentację Zamawiającego przywołaną w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego za prawidłową i właściwą, to każda oferta w każdym postępowaniu mogłaby zostać odrzucona jako subsydiowana skrośnie z innych działalności wykonawcy, gdyż na pewno żaden wykonawca nie przelicza proporcjonalnie przykładowo kosztów Internetu jaki zostanie wykorzystany do obsługi danego zamówienia, kosztów odsetek od udzielonych leasingów, kosztów proporcji dodatkowej faktury na wynagrodzenie wystawionej w miesiącu względem dotychczasowej liczby dokumentów księgowych i w odniesieniu do ustalonych kosztów obsługi księgowej ryczałtowej.

Biorąc pod uwagę powyższe, odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o założenie, że zawiera ona rażąco niską cenę i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji była nieprawidłowa, a argumentacja Zamawiającego nie może się obronić. Odwołujący wskazał i wyliczył jakie rzeczywiście koszty poniesie w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia oraz wyliczył jaki osiągnie zysk, tak więc wytłumaczył z jakich przyczyn zaoferował wskazaną przez siebie w ofercie cenę.

Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 16 PZP

17. Zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców, co doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy p.z.p. w związku z art.3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ustawy Pzp, a także wybór oferty

Wykonawcy wybranego dla części 1 zamówienia pomimo, iż jego oferta zawierała błędy w obliczeniu ceny, a jej treść jest sprzeczna z warunkami zamówienia. Odwołujący zwraca uwagę, iż z jednej strony Zamawiający nakazuje wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia stosowanie limitów określonych Programem i kalkulowanie ceny w oparciu o te limity, zastrzegając iż nie będzie zwracał żadnych kosztów ponad limity ustalone w Programie, zaś z drugiej strony bada ofertę Odwołującego w kontekście rażąco niskiej ceny poprzez porównanie jej do cen oferentów, którzy ustalili wynagrodzenie bez uwzględnienia limitów ustalonych Programem, a wynik tego porównania jest asumptem do badania oferty Odwołującego w kontekście znamion rażąco niskiej ceny, podczas gdy w istocie oferty błędnie skalkulowane i niezgodne z warunkami zamówienia powinny zostać odrzucone. Z całą pewnością takie działanie Zamawiającego jest wbrew zasadzie przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców.

18.W związku z powyższymi argumentami Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Załączniki: 1. Odpis pełny KRS Odwołującego; 2. dowód uiszczenia wpisu od odwołania; 3.dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu

Dnia 9 czerwca 2023r. ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE

Działając w imieniu zamawiającego, zgodnie z przepisem art. 521 ustawy z 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych odpowiedź na odwołanie z 29 maja 2023r. złożone w części I postępowania: „Świadczenie usług asystenta osobistego osoby niepełnosprawnej oraz usług opieki wytchnieniowej”.

Wnosi o:

1. oddalenie odwołania w całości,

2. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie.

ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE - UZASADNIENIE

Zdaniem Zamawiającego zarzuty Odwołującego są bezpodstawne, postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z prawem, brak zatem podstaw uwzględnienia odwołania.

Ustosunkowując się do zarzutów odwołania zamawiający wskazuje, co następuje.

I. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy, którego Zamawiający wybrał do realizacji zamówienia (naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 Pzp)

Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający nieprawidłowo dokonał wyboru oferty Konsorcjum Reh-Med W. M. oraz Aneri Sp. z o.o. W ocenie Odwołującego treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błędy w wyliczeniu ceny. Uzasadniając zarzut Odwołujący przywołał postanowienie zawarte w rozdziale III pkt 1.11 SWZ, zgodnie z którym: Zamawiający nie będzie zwracał Wykonawcy innych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia oraz kosztów wykraczających poza limity wynikające z Programu nr 1. Powołane postanowienie Odwołujący powiązał z treścią Rozdziału VI ust. 10 Programu Asystent osobisty osoby niepełnosprawnej - edycja 2023 [Program], który stanowi, iż: Wójt, burmistrz, prezydent miasta/starosta może przekazać podmiotom wskazanym w części IV ust. 23 pkt 2 i A Programu środki stanowiące nie więcej niż 2% przekazanych środków Funduszu, w celu pokrycia wszelkich kosztów obsługi księgowej, kadrowej lub administracyjnej, które pojawią się w związku z realizacją usług w ramach Programu. Na podstawie powołanych postanowień SWZ i Programu Odwołujący przyjął, iż wysokość miesięcznych kosztów obsługi Programu, wskazana w ofercie, nie może przekroczyć 2% wysokości „przekazanych środków w celu pokrycia wszelkich kosztów obsługi księgowej, kadrowej lub administracyjnej”. Odwołujący dokonał dowolnego wyliczenia wysokości przekazanych środków, jako iloczynu kwoty 40 zł. brutto i liczby godzin usług asystenckich, które Zamawiający zamierza zlecić i uzyskał kwotę 1.358.400 zł. z której obliczył 2%. Wadliwości pozostałych ofert Odwołujący upatrywał w niezastosowaniu powyższego limitu przy oferowaniu miesięcznych kosztów obsługi zadania.

Dokonana przez Odwołującego interpretacja treści SWZ jest całkowicie chybiona.

W pierwszej kolejności Zamawiający zwraca uwagę na miejsce, w którym powołane przez Odwołującego postanowienie SWZ zostało umieszczone. W pkt 1.11 SWZ wskazano, iż:

Zamawiający będzie zwracał Wykonawcy - w razie ich poniesienia oraz z zachowaniem limitów i warunków określonych w Programie nr 1 - koszty związane ze świadczeniem usług dotyczące:

a) zakupu jednorazowych biletów komunikacji publicznej/prywatnej dla asystenta towarzyszącego uczestnikowi oraz przejazdów asystentów własnym/udostępnionym przez osobę trzecią/innym środkiem transportu np. taksówką w

związku z wyjazdami, które dotyczą realizacji usług,

b) zakupu biletów wstępu na wydarzenia kulturalne, rozrywkowe, sportowe lub społeczne itp. dla asystenta towarzyszącego Uczestnikowi,

c) ubezpieczeń OC oraz NNW asystentów związanych ze świadczeniem usług asystencji osobistej, przy czym zapewnienie ubezpieczenia OC jest obowiązkowe.

Zamawiający nie będzie zwracał Wykonawcy innych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia oraz kosztów wykraczających poza limity wynikające z Programu nr 1.

Zamawiający wskazuje, iż jak wynika z literalnej treści przytoczonego punktu SWZ sformułowanie „koszty wykraczające poza limity wynikające z Programu nr 1”, zamieszczone

w

ostatnim zdaniu tej jednostki redakcyjnej, odnosi się wyłącznie do kosztów wymienionych w punkcie 1.11 SWZ, a zatem do kosztów zakupu jednorazowych biletów komunikacji, zakupu biletów na wydarzenia kulturalne, rozrywkowe, sportowe lub społeczne oraz ubezpieczeń OC i NNW. Limity kwot tych kosztów, które Zamawiający będzie zwracał Wykonawcy (refundował) zostały wskazane w Rozdziale V ust. 3 i 4 Programu. Wynoszą one odpowiednio: 300, 500 i 150 zł. Program nie przewiduje możliwości zwrotu (refundacji) żadnych innych kosztów poza wymienionymi powyżej, zatem sformułowanie Zamawiający nie będzie zwracał Wykonawcy innych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia oraz kosztów wykraczających poza limity wynikające z Programu nr 1 może być rozumiane wyłącznie jako odnoszące się do wymienionych trzech kategorii kosztów.

Odwolujący tymczasem stoi na stanowisku, że z zapisu tego (Zamawiający nie będzie zwracał Wykonawcy innych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia oraz kosztów wykraczających poza limity wynikające z Programu nr 1) nie sposób interpretować inaczej, aniżeli w ten sposób, iż Zamawiający nie będzie płacił wykonawcy, który będzie realizował usługę żadnych kosztów wykraczających poza limity wynikające z Programu, a tym samym narzuca, aby cena została skalkulowana w oparciu o założenia i limity wynikające z Programu. Skoro bowiem Zamawiający nie będzie płacił Wykonawcy jakichkolwiek kosztów wykraczających poza limity, to nie może uznać za prawidłowej oferty cenowej, która poza te limity wykracza. Taka oferta jest po pierwsze niezgodna z warunkami zamówienia, a po drugie zawiera błędy w wyliczeniu ceny.

Odwolujący dokonuje całkowicie dowolnej interpretacji SWZ. Sporne postanowienie (pkt. 1.11 SWZ) dotyczy zwrotu (refundacji na zasadzie refaktury) konkretnych trzech kategorii kosztów, nie zaś ustalania wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, co do kalkulacji którego Zamawiający (poza wskazaniem maksymalnej wysokości stawki wynagrodzenia asystenta za godzinę pracy

w

wysokości 40 zł brutto) nie wprowadzał ograniczeń.

Rozstrzygające o sposobie skalkulowania ceny postanowienie SWZ (pkt 1.10. rozdziału III SWZ) brzmi:

Z tytułu świadczenia usług Zamawiający będzie przekazywał Wykonawcy wynagrodzenie obejmujące:

a) wynagrodzenie asystentów za wykonane usługi asystencji osobistej, przy czym koszt jednej godziny zegarowej wynagrodzenia asystenta nie może przekroczyć 40 zł brutto wraz z kosztami pracy zatrudniającego (przez koszty pracy zatrudniającego należy rozumieć sumę wynagrodzeń, brutto, oraz składek na ubezpieczenia społeczne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, poniesionych przez zatrudniającego). Nie jest dopuszczalne pokrywanie z tej kwoty kosztów administracyjnych. Wynagrodzenie osób bezpośrednio świadczących usługi asystencji nie może być niższe od kwoty wynikającej z przepisów ustawy z 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu o pracę.

b) pozostałe koszty realizacji usług, w tym administracyjne w formie ryczałtowej kwoty

wypłacanej miesięcznie. ^

Odwolujący wadliwie utożsamiał składnik wynagrodzenia (w formie kwoty ryczałtowej wypłacanej miesięcznie) ze zwrotem (na zasadzie refaktury) kosztów zakupu: biletów komunikacji, zakupu biletów wstępu na wydarzenia kulturalne, rozrywkowe, sportowe lub społeczne oraz ubezpieczeń OC oraz NNW asystentów, o których mowa w pkt 1.11. SWZ. Jedynie do kosztów „zwracanych” odnosiło się ograniczenie o treści: Zamawiający nie będzie zwracał Wykonawcy innych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia oraz kosztów wykraczających poza limity wynikające z

## Programu nr 1.

Za stanowiskiem Zamawiającego przemawia również treść projektu umowy. W projekcie jednoznacznie rozróżniono wynagrodzenie Wykonawcy od zwrotu konkretnych trzech kategorii kosztów: biletów komunikacji, biletów wstępu do instytucji kultury i kosztów ubezpieczeń. Zgodnie z projektem umowy Poza zapłata wynagrodzenia (...) Zamawiający będzie zwracał Wykonawcy, w razie ich poniesienia oraz z zachowaniem limitów i warunków określonych w Programie ~ koszty związane ze świadczeniem usług dotyczące:

a) zakupu jednorazowych biletów komunikacji publicznej/prywatnej dla asystenta towarzyszącego uczestnikowi oraz przejazdów asystentów własnym/udostępnionym przez osobę trzecią/ innym środkiem transportu np. taksówką w związku z wyjazdami, które dotyczą realizacji usług,

b) zakupu biletów wstępu na wydarzenie kulturalne, rozrywkowe, sportowe lub społeczne itp. dla asystenta towarzyszącego Uczestnikowi,

c) ubezpieczeń OC oraz NNW asystentów związanych ze świadczeniem usług asystencji osobistej, przy czym zapewnienie ubezpieczenia OC jest obowiązkowe (§3 ust. 6 projektu). Zgodnie zaś z §4 ust. 3 powołanego projektu Wykonawca w odrębnych fakturach, wystawianych w terminie, wskazanym w ust. 2 będzie refakturował na Zamawiającego, koszty związane z realizacją umowy, o których mowa w §3 ust. 6 niniejszej umowy, poniesione w miesiącu poprzedzającym miesiąc ich wystawienia.

Odwolujący nie dostrzega, że postanowienie Programu, na którym opiera twierdzenia odwołania

Orzekomym obowiązku ograniczenia wysokości składnika wynagrodzenia w postaci pozostałych kosztów realizacji usług, w tym administracyjnych w formie ryczałtowej kwoty wypłacanej miesięcznie (Rozdział VI ust. 10) zgodnie z którym Wójt, burmistrz, prezydent miasta/starosta może przekazać podmiotom wskazany w części IV ust. 23 pkt 2 i 4 Programu środki stanowiące nie więcej niż 2% przekazanych środków Funduszu, w celu pokrycia wszelkich kosztów obsługi księgowej, kadrowej lub administracyjnej, które pojawiają się w związku z realizacją usług w ramach Programu odnosi się (jak wprost wynika z tytułu Rozdziału VI Programu) do finansowania Programu i warunków przyznawania gminom/powiatom środków Funduszu Solidarnościowego przeznaczonych na realizację Programu, nie zaś wprost do relacji prawnej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami. Raz jeszcze wskazać należy, że z SWZ wynika, iż jedynie wysokość wynagrodzenia asystentów została ograniczona do kwoty 40 zł brutto za godzinę, natomiast w pozostałym zakresie Zamawiający pozostawił Wykonawcy dowolność kalkulacji wynagrodzenia za usługę, zakładając, że inne (poza wynagrodzeniem asystentów) koszty jej wykonywania będzie wypłacał w formie miesięcznego ryczałtu.

Tezie Odwołującego przeczy nawet prosta analiza kwoty wskazanej przez Zamawiającego jako zamierzona do przeznaczenia na realizację zamówienia. Zamawiający przed terminem składania ofert, w dniu 23 marca 2023r. opublikował informację o wysokości tej kwoty i wskazał, że w części

1 zamówienia wynosi ona 1.468.574,76 zł. Zważywszy, że iloczyn szacunkowej liczby godzin (33960) i kwoty 40 zł (maksymalna stawka jednostkowa za godzinę) stanowi kwotę 1.358.400 zł, Odwołujący bez żadnej trudności mógł ustalić, że wysokość drugiego składnika wynagrodzenia \* miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego została oszacowana na kwotę 110.174,76 zł (około 8% kwoty przeznaczonej na wynagrodzenia asystentów). Również na tej podstawie Odwołujący mógł ustalić, iż na wynagrodzenie Wykonawcy w części ryczałtowej Zamawiający przeznaczył kwotę kilkukrotnie wyższą niż 2% z kwoty 1.358.400 zł. W tym miejscu wskazać należy również, że zabieg Wykonawcy polegający na utożsamieniu przekazanych środków Funduszu, o których mowa w Rozdziału VI ust. 10 Programu z iloczynem kwoty 40 zł. i ilości godzin świadczenia usług (w wyniku czego Wykonawca otrzymał kwotę 1.358.400 zł. z której obliczył 2%) jest całkowicie dowolny. Abstrahując nawet od faktu, że SWZ nie zawiera formuły ograniczenia wynagrodzenia Wykonawcy w części ryczałtowej do 2% przekazanych środków Funduszu, w dokumentach zamówienia nie ma mowy na temat tego, jaka jest wysokość przekazanych środków Funduszu, która hipotetycznie miałaby stanowić podstawę ustalenia tychże 2%. Zamawiający uważa, że gdyby Odwołujący rzeczywiście rozumiał Specyfikację w sposób, jaki przedstawia w odwołaniu, postępując rzetelnie, na etapie zadawania pytań, zmierzałby do ustalenia, jaka jest kwota przekazanych środków Funduszu (Rozdział VI ust. 10 Programu) od której należy liczyć 2% w celu ustalenia maksymalnej wysokości ryczałtowej części wynagrodzenia. Aktywności takiej Odwołujący nie podjął. W odwołaniu zaś, powołując się na Rozdział VI ust. 10 Programu (w którym wyraźnie mowa o przekazanych środkach Funduszu), celowo pomija słowo „Fundusz”, nie odnosząc dokonywanych przez siebie obliczeń limitu 2% do środków, które Zamawiający otrzymał lub otrzyma z Funduszu Solidarnościowego (o czym mowa w powołanym punkcie Programu) a do iloczynu szacowanej ilości godzin usług i stawki 40 zł. Działanie Odwołującego jest po prostu dowolne i nie ma nic wspólnego z treścią Specyfikacji. Wniosek ten jest tym bardziej zasadny, że Odwołujący wiedział, że zadanie jest jedynie

współfinansowane ze środków Funduszu. Okoliczność ta wprost wynikała z opisu przedmiotu zamówienia Realizacja zadania jest współfinansowana ze środków Funduszu Solidarnościowego (Rozdział III 1.1. SWZ, jak i projektu umowy, który zakładał dwa źródła finansowania zamówienia.

Zamawiający wyjaśnia, że w oparciu o doświadczenia z realizacji Programu w latach ubiegłych, dodatkowo mając na uwadze obecne otoczenie gospodarcze zakładał, że kwota stanowiąca 2% środków z dotacji na realizację Programu nie jest wystarczająca do pokrycia wszystkich kosztów związanych z jego wykonywaniem, zaś ograniczenie wysokości wynagrodzenia ryczałtowego Wykonawcy do tej kwoty skutkowałoby zakłóceniem konkurencji lub brakiem ofert, zatem brakiem możliwości realizacji zadania. Nie może ująć uwadze, że wskazana przez Odwołującego kwota 27.168 zł brutto (podzielona przez 8 miesięcy realizacji zadania, zatem: 3396 zł brutto miesięcznie), obecnie nie pozwala nawet na zatrudnienie jednej osoby, która miałaby pełnić funkcję koordynatora usług, bowiem minimalne miesięczne wynagrodzenie za pracę wynosi 3490 zł brutto, a od 1 lipca 2023r. 3600 zł brutto. Zamawiający założył, iż konieczne jest sfinansowanie kosztów realizacji zamówienia w zakresie wykraczającym ponad 2% przekazanych środków Funduszu ze środków własnych. Przebieg niniejszego postępowania potwierdził przyjęte przez Zamawiającego założenia. Pozostali Wykonawcy, odmiennie niż Odwołujący, poprawnie zinterpretowali treść SWZ i dokonali realnej kalkulacji kosztów realizacji zamówienia. Zamawiający nie żądał, aby dowolnie wyliczona przez Odwołującego kwota 27.168 zł brutto, stanowiła limit wynagrodzenia ryczałtowego Wykonawcy. To Odwołujący, działając w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, bezpodstawnie założył iż koszty realizacji zamówienia bądź nie powstaną bądź zostaną pokryte i zaferował cenę rażąco niską. Postępowanie takie na podstawie przepisów Pzp oraz ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest niedozwolone.

II.Zarzut odrzucenia oferty Odwołującego (naruszenie art. 226 ust.1 pkt 7 i 8 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji)

Zdaniem Odwołującego jego oferta nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i nie zawierała ceny rażąco niskiej. Odwołujący wskazał, że w cenie dla pozycji: miesięczny koszt obsługi Programu zawarł wszelkie składniki kosztowe związane z realizacją zamówienia. Uzasadniając zarzut Odwołujący rozszerzył argumentację przedstawianą w wyjaśnieniach składanych w trakcie postępowania podnosząc, iż nie miał obowiązku, przy wyliczaniu ceny, dokonania alokacji kosztów, związanych z realizacją zamówienia, bowiem pokrywa te koszty z pozostałej działalności. Odwołujący w konkluzji wskazał: Oczywiście jest przy pewnej skali prowadzenia działalności gospodarczej, że koszty stałe są już pokryte i faktycznie ich ujmowanie nie jest wymiernym dla określenia skali kosztów w kalkulacji kolejnych zamierzeń/kolejnych zadań. [...] W okolicznościach niniejszej sprawy wskazać należy, iż wbrew temu co twierdzi Zamawiający nie zajdzie subsydiowanie skrośne, gdyż przy realizacji zamówienia nie powstaną żadne koszty, które nie są już pokryte, a Wykonawca nie będzie realizował zamówienia ze stratą, którą pokrywałby z innych działalności.

W ocenie Zamawiającego argumentacja Odwołującego jest całkowicie błędna i nie może zostać uwzględniona. Okoliczność, iż działalność prowadzona przez Odwołującego pozwala na pokrywanie kosztów związanych z realizacją kolejnych zamówień, nie może prowadzić do akceptacji stanowiska, iż Odwołujący rroże części kosztów w ogóle nie uwzględniać przy kalkulacji ceny czy wręcz twierdzić, iż wykonanie zamówienia nie wiąże się dla niego z żadnymi kosztami. Przyjęcie stanowiska Odwołującego za prawidłowe prowadziłoby do sytuacji, w której Wykonawcy dysponujący większym majątkiem lub znaczną ilością zleceń mogliby poprzez stosowanie cen dumpingowych skutecznie eliminować z rynku konkurencję, zawsze twierdząc, iż pokrywają koszty wykonania konkretnego zamówienia z innych źródeł, zatem koszty nie wpływają na wysokość cen w danym postępowaniu w którym ubiegają się o uzyskanie zamówienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dysponowanie potencjałem technicznym i osobowym oraz wykorzystywanie tego potencjału dla świadczenia usług na rzecz wielu odbiorców może wpływać na obniżenie cen, ale nie jej ustalenie na symbolicznym poziomie:

Jest normalną praktyką gospodarczą, że wykonawcy zajmujący się określoną dziedziną działalności świadczą usługi na rzecz różnych odbiorców i utrzymują konieczny w związku z tym potencjał techniczny i osobowy, jednakże powinni zwłaszcza przy ubieganiu się o zamówienia publiczne, dokonywać alokacji kosztów na poszczególne grupy swoich odbiorców, aby miały one charakter realny i nie zaburzały konkurencji rynkowej, która jest fundamentem procedur udzielania zamówień publicznych. Odwołujący E. Sp. z o.o. mógłby faktem jednoczesnego świadczenia usług na rzecz innych odbiorców - tłumaczyć znaczące obniżenie ceny, ale nie jej symboliczne ustalenie. Z ceny oferty w kryterium C3 wynika, że odwołujący - koszty danego segmentu usługi pokrył innymi przychodami, chociaż miał obowiązek skalkulować je na poziomie rzeczywistym. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2017 r., KIO 473/17).

Co najmniej nietrafne jest twierdzenie Odwołującego, że skoro koszty stałe pokrywane są środkami z innych zamówień,

realizacja zamówienia, którego dotyczy niniejsze postępowanie jest w istocie bez kosztowa. Osoba zatrudniona w charakterze koordynatora usług, o określonych w SWZ obowiązkach, musiałaby poświęcić określoną ilość czasu przy wykonywaniu zamówienia przez Odwołującego, zaś każda godzina pracy tej osoby stanowi dla Odwołującego wymierny koszt. Dla zachowania uczciwej konkurencji cena zaoferowana przez Odwołującego powinna uwzględniać konieczność poniesienia tego kosztu. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby: Nie sposób w tym miejscu nie odnieść się do wyjaśnień składanych przez przystępującego na rozprawie, który w zakresie kosztów ponoszonych z tytułu zatrudnienia kierownika robót, pana A. W., który jak sam zadeklarował jest zatrudniony na umowę o pracę i będzie zobowiązany, zgodnie ze złożoną ofertą, do telefonicznego dyżuru od godziny 06:00 do godz. 22:00 wskazał, że pełniony dyżur telefoniczny w zakresie tego zamówienia świadczony będzie niejako „przy okazji” innych czynności wykonywanych przez tą osobę. Taka argumentacja nie zasługuje na aprobatę, gdyż nawet jeśli dana osoba wykonuje także inne zadania, to jakaś część wynagrodzenia przez nią otrzymywanego przypada na czynności świadczone w tym postępowaniu i dla tego zamawiającego. Gdyby zaaprobować takie podejście, to ubiegając się o kilka różnych zamówień i dedykując tą samą osobę do świadczenia usług, SAKEM każdorazowo mógłby tłumaczyć, że wykonywana praca w tym zamówieniu świadczona jest nieodpłatnie, bo przecież kluczowe czynności wykonywane są na innym projekcie. Nie ulega zatem wątpliwości, że część kosztów związanych ze świadczeniem pracy przez pana A. W. przypada na realizację tego zamówienia i powinno to być ujęte w złożonych wyjaśnieniach. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2022 r., KIO 966/22).

O braku poprawnej identyfikacji przez Odwołującego mechanizmu subsydiowania skróśnego dobitnie świadczy przykład przedstawiony w treści odwołania. Z przykładu ma wynikać, iż dokonywanie podziału kosztu stałego pomiędzy kolejne zamówienia w istocie prowadzi do sztucznego zawyżenia tego kosztu. Zdaniem Zamawiającego przedstawione rozumowanie Odwołującego jest całkowicie niepoprawne. Należy zauważyć, iż alokowanie części kosztu stałego do nowego zamówienia nie spowoduje zwiększenia tego kosztu w mechanizmie zastosowanym przez Odwołującego a prowadzi do tego, iż koszt ten będzie rozkładał się na większą ilość zamówień (jak w mechanizmie zwiększania liczby mianownika w ułamku), prowadząc do zwiększenia rentowności działalności Wykonawcy. Oczywiście jest, iż działalność Wykonawcy, który jest w stanie wykorzystać w pełni posiadany potencjał techniczny i osobowy, będzie przyniesie wyższy dochód od działalności, w której potencjał ten nie jest optymalnie wykorzystywany. W przytoczonym przykładzie część kosztów stałych przyjmowanych do skalkulowania każdego kolejnego zadania byłaby stale niższa jednak do momentu, w którym koszty te musiałby ulec powiększeniu w związku z koniecznością zaangażowania większego potencjału osobowego lub sprzętowego. Nie można bowiem twierdzić, że koszty stałe nie ulegają zwiększeniu - jedna osoba w ramach stosunku prawnego określonej treści może pełnić funkcje koordynatora usług ograniczonej ilości umów, natomiast zawarcie kolejnej umowy spowoduje konieczność zatrudnienia kolejnej osoby, co podwyższy koszty stałe. Zamówienie, o które Odwołujący się ubiega w niniejszym postępowaniu jest największe spośród tych, które Odwołujący obecnie realizuje.

Zamawiający wskazuje, iż obowiązkiem Odwołującego w toczącym się postępowaniu było wykazanie, że cena zawarta w ofercie jest realna. Odwołujący w wyjaśnieniach w trakcie postępowania oraz w odwołaniu wykazał wyłącznie, iż zaproponowana cena nie została skalkulowana poprawnie, bowiem Odwołujący błędnie założył, iż wykonanie zamówienia nie będzie wiązało się dla niego z żadnymi kosztami, chociaż jednocześnie z przedstawionych

dokumentów wynikało, iż realnie będzie koszty te ponosił i miał możliwość dokonania ich alokacji. Zamawiającemu zależy na poprawnej realizacji usług, w tym świadczeniu obowiązków koordynatora, nie zaś na wykonywaniu usługi „przy okazji” realizacji innych zamówień, które Odwołujący uprzednio uzyskał.

III. Zarzut prowadzenia postępowanie w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców (naruszenie art. 16 Pzp).

Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający prowadził postępowanie z naruszeniem przepisu art. 16 Pzp, co miało polegać na tym, że z jednej strony Zamawiający nakazał Wykonawcom, ubiegającym się o udzielenie zamówienia stosowanie limitów określonych Programem i kalkulowanie ceny w oparciu o te limity, zastrzegając iż nie będzie zwracał żadnych kosztów ponad limity ustalone w Programie, zaś z drugiej strony badał ofertę Odwołującego w kontekście rażąco niskiej ceny poprzez porównanie jej do cen Oferentów, którzy ustalili wynagrodzenie bez uwzględnienia limitów ustalonych Programem, a wynik tego porównania był asumptem do badania oferty Odwołującego w kontekście znamion rażąco niskiej ceny, podczas gdy w istocie oferty błędnie skalkulowane i niezgodne z warunkami zamówienia powinny zostać odrzucone.

Powyższy zarzut w istocie opiera się na tożsamyh podstawach, co zarzut zaniechania odrzucenia pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Odnosząc się tego zarzutu Zamawiający ponownie wskazuje na błędną, całkowicie dowolną

interpretację postanowień SWZ. Jak już Zamawiający wyjaśniał ograniczenie, na które powołuje się Odwołujący w istocie nie istnieje zatem nie dotyczy miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego, obejmującego koszty realizacji zadania, tym samym zarzut należy uznać za bezzasadny. Zamawiający wskazuje nadto, że znamienne pozostaje, że na etapie wyjaśniania ceny rażąco niskiej Wykonawca w ogóle nie powoływał się na rzekome ograniczenie w treści SWZ wysokości miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego i nie twierdził, jak obecnie, że wysokość wynagrodzenia, którą wskazał została niejako wymuszona przez Zamawiającego obowiązkiem stosowania mechanizmem 2% przekazanych środków lub przekazanych środków Funduszu. Zdaniem Zamawiającego wskazuje to na okoliczność, iż zarzut Odwołującego został wykreowany wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego, jako próba przypisania Zamawiającemu związku ze złożeniem przez Odwołującego oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz z ceną rażąco niską.

Końcowo Zamawiający podnosi, iż Odwołujący zakwestionował odrzucenie oferty jedynie w zakresie I części zamówienia, nie kontestując decyzji Zamawiającego co do części II zamówienia pomimo, iż zarzuty Zamawiającego do oferty Odwołującego odnośnie obu części były tożsame. Nasuwa to wniosek, iż Odwołujący, co najmniej w sposób dorozumiany, uznał wykazane przez Zamawiającego wady oferty.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający wnosi i wywodzi jak na wstępie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartości równej lub przekraczającej progi unijne określone w art. 359 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych dalej PZP, którego przedmiotem jest: „Świadczenie usług asystenta osobistego osoby niepełnosprawnej oraz usług opieki wytchnieniowej” z podziałem na części:

1. świadczenie usług asystenta osobistego osoby niepełnosprawnej (część I)
2. świadczenie usług opieki wytchnieniowej (część II).

Złożone odwołanie dotyczy Części I świadczenie usług asystenta osobistego osoby niepełnosprawnej

Numer referencyjny postępowania: MOPS.ZP.2.2023

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 046-136089.

Odwołujący podniósł następujące zarzuty co do czynności i zaniechań zamawiającego w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty, zarzucając naruszenie przepisów PZP:

(1) art. 226 ust. 1 pkt 5 przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego w części 1, pomimo, iż treść oferty Wykonawcy wybranego w części 1 jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż koszty obsługi programu zostały skalkulowane przez Wykonawcę wybranego z pominięciem zastrzeżenia zamawiającego, iż nie będzie on zwracał Wykonawcy innych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia oraz kosztów wykraczających poza limity wynikające z Programu Ministra Rodziny i Polityki Społecznej „Asystent osobisty osoby niepełnosprawnej” - edycja 2023 (dalej zwanym: „Programem”), a kalkulacja kosztów obsługi Programu Wykonawcy wybranego nie uwzględnia limitów wskazanych w Programie,

(2) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego w części 1, pomimo, iż oferta Wykonawcy wybranego w części 1 zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, gdyż koszty obsługi programu dla części 1 zostały skalkulowane przez Wykonawcę wybranego bez uwzględnienia zastrzeżenia Zamawiającego, iż nie będzie zwracał Wykonawcy innych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia oraz kosztów wykraczających poza limity wynikające z Programu, a zatem kalkulacja kosztów obsługi Programu Wykonawcy wybranego, która nie uwzględnia powyższego zastrzeżenia zawiera błędy w obliczeniu ceny, które winny skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy wybranego,

(3) art. 226 ust.1 pkt 7 i 8 PZP w związku z art.3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zastosowanie sankcji odrzucenia oferty odwołującego, podczas gdy w istocie oferta Odwołującego w części 1 nie zawierała rażąco niskiej ceny, a także nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz jako jedyna oferta w postępowaniu została skalkulowana w sposób prawidłowy z uwzględnieniem założeń Programu,

(4) art. 16 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców, co doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 PZP w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji, a także wybór oferty Wykonawcy wybranego dla części 1 zamówienia pomimo, iż jego oferta zawierała błędy w obliczeniu ceny, a jej treść jest sprzeczna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o :

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy wybranego dla części 1 zamówienia oraz nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy wybranego w części 1,
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
4. nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego,
5. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

a także:

- prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą,
- przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w treści niniejszego odwołania jak również dowodów, które zostaną przedłożone na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza (Izba) uwzględniła odwołanie nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazała zamawiającemu ponowne badanie, ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty. Izba nie uwzględniła odwołania w części co do zarzutów nr 3 , nr 4 odnoszących się do wykonawcy wybranego.

Przedmiotem sporu co do prawidłowego badania i oceny ofert to jest ich wyceny były postanowienia SWZ (specyfikacja warunków zamówienia). Postępowanie przed Izbą wykazało rozbieżność rozumienia postanowień SWZ co do wynagrodzenia koordynatora usług to jest czy postanowienia SWZ ograniczają ustalenie jego wynagrodzenia co do określonego poziomu. Odwołujący kalkulując wynagrodzenie koordynatora usług rozumiał, że postanowienia SWZ ustalają jego górną granicę do 2 % wartości przekazanych środków w ramach rządowego Programu na realizację wynagrodzenia dla asystenta osoby niepełnosprawnej. Natomiast według zamawiającego takiego ograniczenia nie sformułowano w dokumentach postępowania, ponieważ przewidziane jest nie tylko finansowanie usług w tym spornego wynagrodzenia koordynatora ze środków rządowego Programu, ale również ze środków budżetu zamawiającego. Bowiem według zamawiającego jedynym ograniczeniem rzeczywistej wyceny usług było wynagrodzenie dla bezpośredniego asystenta osoby niepełnosprawnej przez ustalenie maksymalnego wynagrodzenia brutto do 40,00 zł. na godzinę i nie niżej niż obowiązujące najniższe wynagrodzenie. Źródłem różnego rozumienia przez zamawiającego i odwołującego wytycznych z nich wynikających co do ograniczeń w wycenie wynagrodzenia koordynatora usług są postanowienia SWZ Rozdział III Opis Przedmiotu Zamówienia (dla części I) pkt 1.1. - 1.11.(Usługi asystenta osobistego osoby niepełnosprawnej). I tak Izba ustaliła. Punkt 1.1. opisuje cel usługi oraz wskazanie, że zadanie jest współfinansowane ze środków Funduszu Solidarnościowego i zamówienie należy wykonywać zgodnie z zasadami Programu Ministra Rodziny i Polityki Społecznej „Asystent osobisty osoby niepełnosprawnej” - edycja 2023 (dalej zwanym Programem nr 1), który stanowi załącznika nr 4 do SWZ . Punkt 1.2. reguluje komu będą świadczone usługi. Punkt 1.3. szacuje liczbę osób objętych usługą. Punkt 1.4. wskazuje ogólną liczbę godzin usług asystenckich. Punkt 1.5. przywołuje Program nr 1 co o kwalifikacji asystentów. Punkt 1.6. reguluje obowiązku koordynatora usług z przywołaniem Programu nr 1. Punkt 1.7. reguluje odpowiedzialność cywilną wykonawcy z tytułu świadczonych usług. Punkt 1.8.reguluje obowiązki comiesięczne wykonawcy w zakresie sprawozdawczości z usług. .Punkt 1.9. reguluje obowiązki wykonawcy w zakresie ewidencji czynności. Punkt 1.10. Reguluje wynagrodzenie, które dzieli się na a) wynagrodzenie asystentów osób niepełnosprawnych, b) pozostałe koszty realizacji usług, w tym administracyjne w formie ryczałtowej kwoty wypłacanej miesięcznie (przedmiot sporu – ryczałt koordynatora). Punkt 1.11. reguluje zwrot kosztów związanych z usługą to jest a) bilety komunikacji publicznej, taxi, b) bilety imprezy kulturalne, c) ubezpieczenie OC oraz NNW asystentów. Rozdział III usługi asystenta osoby niepełnosprawnej zawiera na końcu wytłuszczone i podkreślone postanowienie o treści **”Zamawiający nie będzie zwracał Wykonawcy innych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia oraz kosztów wykraczających poza limity wynikające z programu nr 1”.**

Z kolei projekt umowy w § 3 wynagrodzenie wykonawcy ust.1 przewiduje kwotę a).....zł brutto za godzinę usługi opieki

asystenta oraz b) .....zł. ryczałtowe wynagrodzenie za miesiąc realizacji usługi.

Zamawiający dwukrotnie wzywał do wyjaśnień odwołującego wskazując „Ich istotne części składowe – koszty miesięcznej obsługi Programu – wskazane przez Wykonawcę, znacząco odbiegają od kosztów wskazanych w pozostałych ofertach”. Odwołujący dwukrotnie udzielał wyjaśnień. Izba rozstrzygając zawisły spór stwierdza, że wezwania zamawiającego i udzielane wyjaśnienia odwołującego są bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, a wezwania zamawiającego są bezpodstawne. Bowiem Izba oceniając postanowienia SWZ stwierdza, że odwołujący miał prawo rozumieć postanowienia SWZ w zakresie ograniczeń do 2 % przekazanych środków na wynagrodzenia asystenta, na pokrycie kosztów koordynatora (Rozdz. III pkt 1.10.b) pozostałe koszty realizacji usług, w tym administracyjne w formie ryczałtowej kwoty wypłacanej miesięcznie (przedmiot sporu – ryczałt koordynatora) jako obowiązujące, wiążące przy ustaleniu ryczałtu koordynatora. Przemawia za takim rozumieniem wytycznych, przy ustaleniu kosztów realizacji usług (ryczałt koordynatora) również użyta formuła w III Rozdziale SWZ w jego podsumowaniu (zakończeniu) „**Zamawiający nie będzie zwracał Wykonawcy innych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia oraz kosztów wykraczających poza limity wynikające z programu nr 1”**.”

Izba nie podziela wyводу zamawiającego, że na użytek procesu odwołujący podnosi argument o kierowaniu się wytyczną Programu nr 1- do 2 % środków na asystenta, na koszty koordynatora (ryczałt miesięczny). Logiczne myślenie, że skoro jest limit stawki godzinowej (do 40 zł/h dla asystenta), prowadzi do wniosku to również jest uprawnione ograniczenie procentowe od wypłaconych środków dla asystenta osoby niepełnosprawnej, dla koordynatora pracy asystenta osoby niepełnosprawnej, zwłaszcza wobec powyżej cytowanych postanowień Rozdział III Opis Przedmiotu Zamówienia (dla części I) pkt 1.1. - 1.11.(Usługi asystenta osobistego osoby niepełnosprawnej) i przywołanego Programu nr 1.

Reasumując w ocenie Izby, zamawiający naruszył wskazane w odwołaniu przepisy PZPart. 226 ust.1 pkt 7 i 8 PZP w związku z art.3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art.16 PZP, odrzucając ofertę odwołującego.

Natomiast Izba nie znajduje podstaw do stwierdzenia, że interpretacja własnych postanowień SWZ przez zamawiającego jest nieuprawniona, skoro pozostali dwaj wykonawcy podobnie jak zamawiający zrozumieli, że nie ma ograniczeń ryczałtu koordynatora do co najwyżej 2 % środków na wynagrodzenie asystenta osób niepełnosprawnych, na pokrycie kosztu koordynacji pracy asystenta. W związku z tym Izba nie uwzględniła zarzutu kierowanego pod adresem wykonawcy wybranego, co do naruszenia przez zamawiającego art.226 ust.1 pkt 5 i pkt 10 PZP.

Natomiast Izba rozpoznając odwołanie stwierdza, że rozumienie postanowień SWZ w zakresie sposobu i ograniczenia kosztu koordynatora (ryczałt miesięczny) do 2 % kosztu wynagrodzenia asystentów osób niepełnosprawnych, przez odwołującego jest również uprawnione.

Jednak stwierdzając naruszenie przez zamawiającego obowiązujących powyżej przywołanych przepisów PZP, w związku z odrzuceniem oferty odwołującego, Izba uwzględniając odwołanie na mocy art. 554 ust.1 pkt 1) PZP nakazała unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego, nakazując ponowne badanie, ocenę i wybór oferty najkorzystniejszej oferty.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) oraz § 7 ust.5 z uwagi na rodzaj zarzutów uwzględnionych i ich wagę dla rozstrzygnięcia sprawy, 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), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zasądając na rzecz odwołującego od zamawiającego 18.938 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Przewodniczący: .....