

Sygn. akt: KIO 3221/22

**WYROK**  
**z dnia 21 grudnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **Lireco Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni,**

w postępowaniu prowadzonym przez **16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim,**

przy udziale **M. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MA-TECH Serwis Techniczny M. Ś.,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania M. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MA-TECH Serwis Techniczny M. Ś. do uzupełnienia złożonego wykazu osób w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;
2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty M. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MA-TECH Serwis Techniczny M. Ś. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności oceny ofert;
3. Kosztami postępowania obciąża 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim i:
  - 3.1. 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;

- 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 19 092 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy dziewięćdziesiąt dwa złote zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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 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

Zamawiający – 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Obsługa i konserwacja myjni pojazdów kołowych i gąsienicowych na terenie PWB Konotop*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 186-526752.

W dniu 5 grudnia 2022 r. wykonawca Lireco Tech Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MA-TECH Serwis Techniczny M. Ś., mimo że wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez MA-TECH, pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. polegającego na przerzucaniu kosztów między poszczególnymi elementami cenotwórczymi, co stanowi naruszenie interesu innych wykonawców oraz Zamawiającego;
- 3) art. 2 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę w zw. z § 2 i § 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. poprzez zaoferowanie przez wykonawcę wynagrodzenia za 1 roboczogodzinę poniżej minimalnej stawki godzinowej;
- 4) art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MA-TECH, pomimo zaistnienia okoliczności, wskutek których oferta ta podlega odrzuceniu;

Ewentualnie, w razie nie podzielenia powyższych zarzutów:

- 5) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania MA-TECH do uzupełnienia złożonego wykazu osób w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co skutkowało brakiem wykazania, że ww. wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów odwołania.

Odwołujący wskazał, że w rozdz. X SWZ Zamawiający określił zasady i sposób obliczania ceny, zgodnie z którymi wykonawca uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w SWZ, powinien w cenie ofertowej ująć wszelkie koszty i składniki związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, niezbędne do prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia. Zgodnie z rozdz. XI SWZ kryteriami oceny ofert są:

a. Kryterium cena – 60 % wartości zamówienia (brutto)

Cena powinna obejmować koszt wykonania całości zamówienia, w tym wszystkie koszty pośrednie związane z wykonywaniem zamówienia, przy czym 100% kryterium = 60 pkt (z zastosowaniem wzoru);

b. Kryterium dyspozycyjność osób kadry technicznej i kierowniczej Wykonawcy - przy ocenie ofert Zamawiający przydzielał następującą liczbę punktów:

100% kryterium = 20 pkt

- w godzinach 7-15 w dni robocze: = 0 pkt.
- tylko w dni robocze całą dobę: = 10 pkt.
- ciągle całą dobę (we wszystkie dni robocze i wolne od pracy, tj. soboty, niedziele i święta): = 20 pkt.

c. Kryterium obsługa dodatkowa w dni robocze po godz. 20.00 oraz w dni wolne od pracy tj. soboty niedziele i święta – całodobowo na wezwanie - przy ocenie ofert Zamawiający przydzielał przy 100% kryterium = 20 pkt (z zastosowaniem wzoru)

Odwołujący wskazał, że Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 730.886,16 zł brutto oraz że złożono następujące oferty:

- Przedsiębiorstwo Projektowo Usługowe Hydronika E. K., ul. Kubusia Puchatka 16, 75-710 Koszalin, cena: 525.996,00 zł – 60 pkt, dyspozycyjność osób kadry technicznej i kierowniczej okres wsparcia technicznego – całą dobę - 20 pkt, obsługa dodatkowa w dni robocze po godzinie 20:00, w dni wolne od pracy, soboty i niedziele oraz święta – całodobowo 150,00 zł brutto za roboczogodzinę – 0,170 pkt; razem 80,170 pkt;
- MA-TECH Serwis Techniczny, ul. Konwaliowa 6, 78-100 Zieleniewo, cena: 564.000,00 zł – 55,96 pkt, dyspozycyjność osób kadry technicznej i kierowniczej okres wsparcia technicznego – całą dobę - 20 pkt, obsługa dodatkowa w dni robocze po godzinie 20:00, w dni wolne od pracy, soboty i niedziele oraz święta – całodobowo 1,23 zł brutto za roboczogodzinę – 20 pkt; razem 95,960 pkt;
- Lireco Tech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Grochowa 10, 81017 Gdynia, cena: 593.400,00 zł – 53,19 pkt, dyspozycyjność osób kadry technicznej i kierowniczej okres wsparcia technicznego – całą dobę - 20 pkt, obsługa dodatkowa w dni robocze po

godzinie 20:00, w dni wolne od pracy, soboty i niedziele oraz święta – całodobowo 39,00 zł brutto za roboczogodzinę – 0,630 pkt; razem 73,820 pkt;

Odwołujący podał, że budżet przeznaczony na obsługę dodatkową w dni robocze po godzinie 20:00 oraz w dni wolne od pracy, soboty i niedziele oraz święta wynosił 65.846,70 zł brutto (600 godzin x 109,74 zł brutto za roboczogodzinę), a cena zaoferowana za ten element przedmiotu zamówienia przez MA-TECH stanowi ok. 1,13% budżetu Zamawiającego 0,8 % budżetu na ten cel proponowanego przez Przedsiębiorstwa Projektowo Usługowego Hydronika E. K. i 3,15 % budżetu na ten cel proponowanego przez Lireco Tech Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, że wykonawca MA-TECH został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Podniósł, że wezwanie wykonawcy do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wiąże się z powstaniem domniemania rażąco niskiej ceny, a ciężar obalenia tego domniemania spoczywa na wykonawcy. Dlatego wykonawca musi przedstawić konkretne przyczyny zaoferowania niskiej ceny i poprzeć te wyjaśnienia stosownymi dowodami. MA-TECH zobowiązany był zatem do udowodnienia, że zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz że zachodzą po stronie tego wykonawcy obiektywne czynniki, które zaniżenie ceny oferty usprawiedliwiają. Wykonawca powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości.

Zdaniem Odwołującego, biorąc pod uwagę art. 2 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę w zw. z § 2 i § 4 rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r., należy stwierdzić, że wykonawca zaoferował wynagrodzenie za 1 roboczogodzinę poniżej minimalnej stawki godzinowej, a dodatkowo działał w ramach czynu nieuczciwej konkurencji, ponieważ świadomie dokonał przerzucania kosztów między poszczególnymi elementami cenotwórczymi, co powoduje, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący zaznaczył, że obowiązkiem Zamawiającego była prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień, tj. z uwzględnieniem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia, przepisami ustawy Pzp oraz prawa powszechnie obowiązującego, z poszanowaniem zasady równego traktowania i konkurencji, a także konieczności wykazania przez wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe,

odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami.

Odwołujący, na wypadek nieuznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że oferta MA-TECH zawiera rażąco niską cenę, podniósł, wykonawca ten, składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu, dopuścił się ponadto czynu nieuczciwej konkurencji, ze względu na manipulację cenową.

Odwołujący wskazał, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynem nieuczciwej konkurencji jest również naruszanie interesów innych wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zaniżanie ceny ofertowej w wyniku zaniżenia wysokości podatku od towarów i usług.

Zdaniem Odwołującego, MA-TECH, zarówno w świetle postanowień SWZ, jak też stosownie do art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie ma możliwości pokrycia kosztów prac dodatkowych, które w ofercie zostały osobno wycenione, z wynagrodzenia podstawowego. Zaoferowana cena za roboczogodzinę jest ceną niższą niż koszty realizacji usług, a nadto poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę regulowanego rozporządzeniem rokrocznie przez Radę Ministrów, co oznacza, że złożenie oferty ją zawierającej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Celem takiej „optymalizacji” jest uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami wedle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert. Sankcją z tym związaną jest konieczność odrzucenia oferty MA-TECH.

W ocenie Odwołującego, okolicznością przesądzającą o naganności postępowania wykonawcy w stopniu uzasadniającym zastosowanie przepisu art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest manipulowanie ceną w celu uzyskania zamówienia. Ponieważ taka czynność zagraża interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie wykonawcy utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SWZ.

Odwołujący podniósł, że dla zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty określonej w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wystarczające jest działanie z zamiarem wpłynięcia na ranking ofert, bez względu na to, czy faktycznie działanie to doprowadziło do takich skutków. Powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazujące, że manipulowaniem ceną jest

działaniem polegającym na określaniu cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zniżenie innych cen, przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen.

Odwołujący wskazał, że wykonawca MA-TECH złożył następujące wyjaśnienia:

*(...) podana cena w wysokości 1,23 zł brutto za roboczogodzinę obsługi dodatkowej w dni robocze po godzinie 20:00 oraz w dni wolne od pracy, to jest soboty, niedziele i święta - całodobowo na wezwanie przez cały okres obowiązywania umowy została skalkulowana przeze mnie w ten sposób, iż przy obsłudze i konserwacji myjni pojazdów kołowych i gąsienicowych na terenie PWB Konotop zaangażowanych będzie 4 (czterech) pracowników Wykonawcy. Delegowani pracownicy pracować będą na zmianę przez 6 godzin dziennie (zgodnie z Specyfikacją Warunków Zamówienia, każda zmiana po 2 pracowników), zatem podstawowy tygodniowy wymiar czasu pracy każdego z nich nie przekroczy ustawowego 40 godzinowego czasu pracy wynikającego z przepisów Kodeksu pracy. Mając na względzie ten fakt każdy z Pracowników, zatrudniony w pełnym wymiarze czasu pracy, co do zasady, winien średniorocznie przepracować 40 godz. tygodniowo x 52 tygodnie = 2.080 godzin. Celem rzetelnego wykonania powierzonej usługi każda z oddelegowanych osób w podstawowym wymiarze będzie świadczyła pracę przy obsłudze i konserwacji myjni przez 1.560 godzin (6 godzin dziennie przez 5 dni w tygodniu x 52 tygodnie), co za tym jako pracodawca będę miał możliwość rozliczenia nieprzepracowanych przez pracownika ustawowych 40 godzin czasu pracy w ilości 520 godzin, zgodnie z funkcjonującym u Wykonawcy Regulaminem czasu pracy i płacy. Mając na względzie również fakt, iż każdy z moich 4 (czterech) pracowników będzie świadczyć pracę na rzecz pracodawcy, za czas, w którym owej pracy nie świadczył przy wykonaniu usługi podstawowej na rzecz Zamawiającego (w rocznej ilości 520 godzin rocznie), do dyspozycji mojej jest zatem 2.080 godzin (to jest 1.040 godzin obsługi dodatkowej przy udziale 2 (dwóch) pracowników), które w ramach zaproponowanej ceny 564.000,00 PLN będę mógł przeznaczyć na wykonanie obsługi dodatkowej.*

Odwołujący podniósł, że zgodnie z § 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r., od dnia 1 stycznia 2023 r. ustalono minimalną stawkę godzinową w wysokości 22,80 zł brutto, a zgodnie z § 4 rozporządzenia od dnia 1 lipca 2023 r. stawka ta wzrośnie do kwoty 23,50 zł brutto.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z treścią SWZ przedmiot zamówienia powinien być realizowany zgodnie z obowiązującymi przepisami, a w szczególności z Kodeksem Pracy.

Z wymagań tych wynika, że wykonawcy zobowiązani byli do uwzględnienia w cenie ofertowej kosztów wynagrodzeń pracowników równych co najmniej minimalnemu wynagrodzeniu za pracę. Prawo pracownika do godziwego wynagrodzenia za pracę jest podstawową zasadą prawa pracy (art. 13 Kodeksu pracy). Wypłata tego wynagrodzenia to z kolei jeden z podstawowych obowiązków pracodawcy względem pracownika. Pracodawca jest obowiązany w szczególności terminowo i prawidłowo wypłacać wynagrodzenie. Prawidłowa wypłata wynagrodzenia obejmuje właściwą wysokość wynagrodzenia, odpowiednią formę oraz dotrzymanie zasad dopuszczalnych potrąceń. Niewypłacenie nawet części wynagrodzenia stanowi naruszenie podstawowego obowiązku pracodawcy względem pracownika.

Wobec powyższego Odwołujący podniósł, że wykonawca MA-TECH, oferując stawkę 1,23 zł brutto za roboczogodzinę dokonał naruszenia przepisów powszechnie obowiązującego prawa w przedmiocie minimalnego wynagrodzenia za pracę, co skutkuje konieczności uznania ceny za rażąco niską.

Odwołujący podniósł, że konsekwencją zaniechania odrzucenia oferty MA-TECH było wybranie oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, w związku z czym należy uznać, że Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców tj. z naruszeniem art. 16 ustawy Pzp. Podkreślił, że zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji stanowi podstawę systemu zamówień publicznych i bez jej dochowania nie można mówić o skutecznym kontraktowaniu publicznych zakupów, a zdecydowana większość przewidzianych w ustawie Pzp zasad ma charakter pomocniczy w celu zagwarantowania jej przestrzegania.

Odwołujący, z ostrożności, jako zarzut ewentualny, podniósł naruszenie przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy MA-TECH do uzupełnienia złożonego wykazu osób w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdz. V ust. 9 pkt 4 SWZ Zamawiający wymagał od wykonawców, aby minimalna ilość pracowników zatrudnionych do realizacji umowy wynosiła 4 osoby. Wykonawca jest zobowiązany przez cały okres realizacji umowy posiadać ważne (aktualne) świadectwa kwalifikacyjne (kopie przedstawi zamawiającemu w II Etapie), wydane zgodnie z rozporządzeniem Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 01 lipca 2022 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci (Dz.U. z 2022r. nr 89 poz. 1392), tj.:

- a) Świadectwo kwalifikacyjne Eksploatacja (E) grupy 1 pkt 2 i 13 (co najmniej 2 pracowników) zgodnie z załącznikiem nr 1 ww. rozporządzenia lub pkt 2 i 10 (co najmniej 2 pracowników) zgodnie z załącznikiem nr 2 ww. rozporządzenia;
- b) Świadectwo kwalifikacyjne Eksploatacja (E) grupy 2 pkt 14 i 21 (co najmniej 2 pracowników) zgodnie z załącznikiem nr 1 ww. rozporządzenia lub pkt 6 i 10 (co najmniej 2 pracowników) zgodnie z załącznikiem nr 2 ww. rozporządzenia;
- c) Świadectwo kwalifikacyjne Dozór (D) grupy 1 pkt 2 i 13 (co najmniej 1 pracowników) zgodnie z załącznikiem nr 1 ww. rozporządzenia lub pkt 2 i 10 (co najmniej 1 pracownik) zgodnie z załącznikiem nr 2 ww. rozporządzenia;
- d) Świadectwo kwalifikacyjne Dozór (D) grupy 2 pkt 14 i 21 (co najmniej 1 pracowników) zgodnie z załącznikiem nr 1 ww. rozporządzenia lub pkt 6 i 10 (co najmniej 1 pracownik) zgodnie z załącznikiem nr 2 ww. rozporządzenia.

Odwołujący stwierdził, że w załączniku nr 7 do formularza ofertowego MA-TECH wskazał jedynie, że:

- M. Ś. posiada świadectwo kwalifikacyjne: D1/1084/691/18; E1/1083/691/18; D2/719/1611/20; E2/719/1610/20,
- R. G. posiada świadectwo kwalifikacyjne: E1/710/1106/22; E2/719/1612/20,
- D. W. posiada świadectwo kwalifikacyjne: E226/259/2021,
- R. B. posiada świadectwo kwalifikacyjne: E1/710/1106/22; E226/258/2021,
- T. R. posiada świadectwo kwalifikacyjne: E1/519/19; E2/719/1613/20.

Odwołujący podniósł, że wykonawca MA-TECH nie doprecyzował wykazu osób co do punktów z grupy kwalifikacyjnej, co nie pozwala zweryfikować, czy wykonawca posiada wymagane przy wykonywaniu zamówienia kwalifikacje, czy też nie. W konsekwencji wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. V ust. 9 pkt 4 SWZ.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił M. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą MA-TECH Serwis Techniczny M. Ś..

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia złożonego wykazu osób w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, z uwagi na wycofanie tego zarzutu przez Odwołującego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest prowadzenie prac obsługi codziennej oraz konserwacji urządzeń myjni na terenie Parku Wozów Bojowych w miejscowości Konotop będącej w administrowaniu 16 WOG w Drawsku Pomorskim zgodnie z umową, specyfikacją techniczną, zestawieniem urządzeń myjni oraz Instrukcjami obsługi i DTR urządzeń (rozd. III pkt 1 SWZ).

Zgodnie z rozdz. III pkt 2 SWZ, Zamawiający żąda w okresie realizacji zamówienia, zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego w dokumentach zamówienia czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974r. – Kodeks pracy.

Zgodnie z rozdz. X SWZ pkt 2 SWZ: *Wykonawca uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w niniejszej SWZ, powinien w cenie ofertowej ująć wszelkie koszty i składniki związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, niezbędne do prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia.*

W rozdz. XI SWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

1. Kryterium cena – 60 % wartości zamówienia (brutto) 100% kryterium = 60 pkt

Cena powinna obejmować koszt wykonania całości zamówienia, w tym wszystkie koszty pośrednie związane z wykonywaniem zamówienia.

2. Kryterium dyspozycyjność osób kadry technicznej i kierowniczej Wykonawcy - przy ocenie ofert Zamawiający przydzielał następującą liczbę punktów:

100% kryterium = 20 pkt

w godzinach 7-15 w dni robocze: = 0 pkt.

tylko w dni robocze całą dobę: = 10 pkt.

ciągła całą dobę (we wszystkie dni robocze i wolne od pracy, tj. soboty, niedziele i święta): = 20 pkt.

3. Kryterium obsługa dodatkowa w dni robocze po godz. 20.00 oraz w dni wolne od pracy tj. soboty niedziele i święta – całodobowo na wezwanie = 20 pkt.

Zgodnie z § 7 ust. 1 projektu umowy:

Wykonawca za wykonanie przedmiotu umowy w dni robocze otrzyma wynagrodzenie w wysokości równej cenie ofertowej, tj.:

- 1) Wartość za 1 miesiąc brutto – .....zł (słownie: .....), ustalone na podstawie arkusza ofertowego stanowiącego zał. nr 2 do niniejszej umowy,
- 2) Wartość całkowita brutto – ..... zł (słownie: .....), ustalone na podstawie arkusza ofertowego stanowiącego zał. nr 2 do niniejszej umowy,
- 3) Cena za 1 roboczogodzinę usługi za wykonanie dodatkowej obsługi myjni w dni robocze po godz. 20<sup>00</sup> oraz w dni wolne od pracy tj. soboty, niedziele i święta – całodobowo na wezwanie przez cały okres obowiązywania umowy wynosi:

Wartość brutto – ..... zł (słownie: .....)  
ustalona na podstawie arkusza ofertowego stanowiącego zał. nr 2 do niniejszej umowy.

Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 594.216,39 zł, w tym:

- konserwacja i obsługa codzienna w dni robocze w godz. od 8.00 do 20.00 – 540 .682,49 zł,
- obsługa dodatkowa w dni robocze po godz. 20.00, wolne od pracy, tj. soboty, niedziele i święta – całodobowo na wezwanie – 53.553,90 zł.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- Przedsiębiorstwo Projektowo Usługowe Hydronika E. K.: 525.996,00 zł, obsługa dodatkowa w dni robocze po godzinie 20:00, w dni wolne od pracy, soboty i niedziele oraz święta – całodobowo 150,00 zł brutto za roboczogodzinę;
- MA-TECH Serwis Techniczny: 564.000,00 zł, obsługa dodatkowa w dni robocze po godzinie 20:00, w dni wolne od pracy, soboty i niedziele oraz święta – całodobowo 1,23 zł brutto za roboczogodzinę;
- Lireco Tech Sp. z o.o.: 593.400,00 zł, obsługa dodatkowa w dni robocze po godzinie 20:00, w dni wolne od pracy, soboty i niedziele oraz święta – całodobowo 39,00 zł brutto za roboczogodzinę.

Na wezwanie Zamawiającego, pismem z 5 listopada 2022 r. Przystępujący złożył następujące wyjaśnienia w zakresie ceny za obsługę dodatkową:

*(...) Wskazuję, iż podana cena w wysokości 1,23 zł brutto za roboczogodzinę obsługi dodatkowej w dni robocze po godzinie 20:00 oraz w dni wolne od pracy, to jest soboty, niedziele i święta - całodobowo na wezwanie przez cały okres obowiązywania umowy została skalkulowana przeze mnie w ten sposób, iż przy obsłudze i konserwacji myjni pojazdów kołowych i gąsienicowych na terenie PWB Konotop zaangażowanych będzie 4 (czterech) pracowników Wykonawcy. Delegowani pracownicy pracować będą na zmianę przez 6 godzin dziennie (zgodnie z Specyfikacją Warunków Zamówienia, każda zmiana po 2 pracowników), zatem podstawowy tygodniowy wymiar czasu pracy każdego z nich nie przekroczy ustawowego 40 godzinowego czasu pracy wynikającego z przepisów Kodeksu pracy.*

*Mając na względzie ten fakt każdy z Pracowników, zatrudniony w pełnym wymiarze czasu pracy, co do zasady, winien średniorocznie przepracować 40 godz. tygodniowo x 52 tygodnie = 2.080 godzin. Celem rzetelnego wykonania powierzonej usługi każda z oddelegowanych osób w podstawowym wymiarze będzie świadczyła pracę przy obsłudze i konserwacji myjni pojazdów na terenie PWB Konotop przez 1.560 godzin (6 godzin dziennie przez 5 dni w tygodniu x 52 tygodnie), co za tym jako pracodawca będę miał możliwość rozliczenia nieprzepracowanych przez pracownika ustawowych 40 godzin czasu pracy w ilości 520 godzin, zgodnie z funkcjonującym u Wykonawcy Regulaminem czasu pracy i płacy.*

*Mając na względzie również fakt, iż każdy z moich 4 (czterech) pracowników winien będzie świadczyć pracę na rzecz pracodawcy, za czas, w którym owej pracy nie świadczył przy wykonaniu usługi podstawowej na rzecz Zamawiającego (w łącznej ilości 520 godzin rocznie), do dyspozycji mojej jest zatem 2.080 godzin (to jest 1.040 godzin obsługi dodatkowej przy udziale 2 (dwóch) pracowników), które w ramach zaproponowanej ceny 564.000,00 PLN mogę przeznaczyć na wykonanie obsługi dodatkowej.*

*Wobec powyższego uważam, iż zaproponowana cena obsługi dodatkowej w wysokości 1,23 zł brutto za roboczogodzinę jest ceną adekwatną, a złożone wyjaśnienia co do kalkulacji przedsięwzięcia i złożonej oferty winny rozwiązać wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę roboczogodziny.*

*Jednocześnie zapewniam, iż zaoferowana cena 1,23 zł brutto nie wpłynie na jakość zamówienia, albowiem jak wspomniano wyżej, przez wzgląd na oddelegowanie 4 (czterech) pracowników, winni oni świadczyć pracę na moją rzecz jako pracodawcy w dłuższym wymiarze czasu pracy, aniżeli wynikać to będzie z obsługi podstawowej.*

*Oświadczam również, iż przy analizie oraz składaniu oferty uwzględniłem wszystkie koszty pośrednie mające wpływ na wartość zaproponowanej w ofercie ceny, a przy jej skalkulowaniu nie popełniłem błędu rachunkowego, który miałby wpłynąć na zaproponowaną cenę obsługi, jak i cenę obsługi dodatkowej, co za tym istnieje możliwość świadczenia obsługi dodatkowej bez nadmiernego mojego obciążenia finansowego, jako pracodawcy.  
(...)*

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- pkt 7: została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- pkt 8: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby wystąpiły obie ww. przesłanki odrzucenia oferty Przystępującego.

W rozpoznawanej sprawie badaniu i ocenie podlegały dwa elementy cenowe: cena ryczałtowa za świadczenie usług podstawowych oraz cena za roboczogodzinę usługi za wykonanie dodatkowej obsługi myjni w dni robocze po godz. 20<sup>00</sup> oraz w dni wolne od pracy. Drugi z tych elementów stanowił odrębne kryterium oceny ofert, a na etapie realizacji umowy będzie odrębną podstawą rozliczeń między Zamawiającym a wykonawcą. Nie ulega więc wątpliwości, że stanowi on element istotny, a jego rażąco niska wycena powinna skutkować odrzuceniem oferty. Nie sposób twierdzić, że cena za ten zakres przedmiotu zamówienia nie ma charakteru istotnego – już sam fakt uczynienia z niej odrębnego kryterium oceny ofert świadczy o jej znaczeniu dla Zamawiającego oraz o możliwym wpływie na wynik postępowania. Przy takiej konstrukcji kryteriów oceny ofert oraz podstaw wynagrodzenia wykonawcy cena za usługi dodatkowe powinna być tak skalkulowana, aby uwzględniać wszystkie koszty jej wykonania.

Zdaniem Izby złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie tylko nie wykazują realności ceny za te usługi, ale wręcz potwierdzają, że nie ujęto w niej nawet minimalnych kosztów pracy personelu wykonawcy.

Przystępujący zaoferował stawkę 1,23 zł brutto za roboczogodzinę, której nie sposób uznać za uwzględniającą koszty pracy. Potwierdzają to złożone przez Przystępującego wyjaśnienia, z których wynika, że w cenie za usługi podstawowe ujął on koszty pracy czterech pracowników w pełnym wymiarze czasu pracy, mimo założenia, że na wykonywanie tych usług wymiar ten nie zostanie wykorzystany – pozostanie rezerwa godzin pozwalająca świadczyć w ramach tego wynagrodzenia również usługi dodatkowe. Potwierdzeniem tego

są również przedstawione w postępowaniu odwoławczym stanowiska pisemne Zamawiającego i Przystępującego, którzy wprost stwierdzili, że podana cena za obsługę dodatkową wyceniona została w wynagrodzeniu podstawowym. Taki sposób kalkulacji ceny należy uznać za niedopuszczalny. Zamawiający bowiem otrzymał ofertę z ceną ryczałtową za usługi podstawowe, uwzględniającą koszty, których wykonawca z tytułu tych usług ponieść nie będzie musiał (uwzględnia koszty pracy czterech pracowników w pełnym wymiarze czasu pracy, mimo że – jak sam wykonawca przyznał – cały ten wymiar nie będzie wykorzystany na usługi podstawowe). Tym samym Przystępujący zapewnił sobie wyższe wynagrodzenie za usługi podstawowe, które to wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy i będzie wypłacane niezależnie od zakresu wykonywanych usług, a jednocześnie zapewnił sobie uzyskanie dodatkowych punktów w kryterium dotyczącym ceny za usługi dodatkowe, (co do których nie ma nawet pewności, że zostaną zlecone) oferując cenę, która – co nie wymaga szczególnej analizy – w najmniejszym nawet stopniu nie pokrywa kosztów.

Powyższe stanowi podstawę do uznania, że zaoferowana cena za usługi dodatkowe jest rażąco niska, a jednocześnie oferta Przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zauważenia wymaga bowiem, że Przystępujący przyjął taki sposób kalkulacji ceny, który pozwoliłby mu na zwiększenie wynagrodzenia, które na pewno będzie mu przysługiwać (ryczałt za usługi podstawowe), zmniejszając do poziomu wręcz symbolicznego wynagrodzenie dotyczące usług, które mogą w ogóle nie wystąpić (a jeśli nawet wystąpią, to – jak przyznał Zamawiający – dotychczasowe doświadczenie wskazuje, że będą zlecone w bardzo niewielkiej ilości), a jednocześnie zapewniając sobie uzyskanie maksymalnej liczby punktów w kryterium nr 3. Takie działanie Przystępującego powinno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, nie sposób natomiast zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że jest to „patent wykonawcy” pozwalający obniżyć koszty. Nawet jeżeli całkowity poziom wynagrodzenia pozwoli pokryć wykonawcy wszystkie koszty (finalnie otrzyma wynagrodzenie, które nie będzie niższe niż poniesione koszty), to dopuścił się on manipulacji ceną, w sposób niedozwolony zapewniając sobie przewagę w postępowaniu.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Izby działanie Przystępującego wyczerpuje znamiona takiego czynu. Wskazać należy, że dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Przystępujący w oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych ukształtował stawkę za roboczogodzinę usług dodatkowych, co dawało mu w zasadzie gwarancję uzyskania w tym kryterium najwyższej liczby punktów,

a jednocześnie koszty związane z tymi usługami wycenił w ryczałcie wypłacanym wykonawcy niezależnie od tego, czy usługi dodatkowe wystąpią. Trudno wytłumaczyć to inaczej, niż chęcią wykorzystania bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla Zamawiającego, jak i innych wykonawców. W ocenie Izby jest to niezgodne z dobrymi obyczajami oraz narusza interes innych przedsiębiorców, którzy skalkulowali stawkę za roboczogodzinę usług dodatkowych z uwzględnieniem niezbędnych do poniesienia kosztów.

Biorąc powyższe pod uwagę, za niezrozumiałe należy uznać twierdzenie Zamawiającego, że Przystępujący skalkulował ofertę zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, nie narażając go za ponoszenie podwójnego wydatku za to samo. Oferta powinna być bowiem wyceniona w ten sposób, że cena za usługi podstawowe powinna obejmować koszty pracy w takim wymiarze, jaki jest niezbędny do ich wykonania (Zamawiający nie wymagał zatrudnienia w pełnym wymiarze czasu pracy), a stawka za roboczogodzinę usług dodatkowych powinna uwzględniać koszty pracy przy tych usługach dodatkowych.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących naruszenia przepisów o płacy minimalnej oraz naruszenia art. 16 ustawy Pzp, w ocenie Izby nie mają charakteru samodzielnego, lecz są powiązane z zarzutami dotyczącymi naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp.

Pierwszy z ww. zarzutów ma takie przełożenie na postępowanie o udzielenie zamówienia, że nieuwzględnienie minimalnych kosztów pracy świadczy o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej. Jeżeli wykonawca zaoferował cenę niepokrywającą takich kosztów, to na gruncie Pzp jego oferta podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę, co w rozpoznawanej sprawie miało miejsce. Nie ma natomiast potrzeby oceny zaoferowanej ceny pod względem zgodności z przepisami regulującymi płacę minimalną, w oderwaniu od ustawy Pzp.

Drugi z ww. zarzutów ma charakter wynikowy, związany z zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego. Skoro Zamawiający zaniechał odrzucenia tej oferty mimo istnienia ku temu przesłanek i dokonał jej wyboru jako najkorzystniejszej, to naruszył zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa 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.

Sygn. akt KIO 3221/22

U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

**Przewodniczący:** .....