

Sygn. akt: KIO 1430/19

WYROK

z dnia 9 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2019 r. przez wykonawcę **KOVA-TEX G. i Wspólnicy Spółka Jawna** z siedzibą w Radomiu, ul. Plac Stare Miasto 11, 26-600 Radom w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Jastrzębską Spółkę Węglową Spółka Akcyjna** z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój

przy udziale wykonawcy **T. Ł.** prowadzącego działalność gospodarczą na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej pod firmą: **ZPHU Buksan – Ł. T.** z siedzibą w Sanoku, ul. Sienkiewicza 22A, 38-500 Sanok zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie** i nakazuje Zamawiającemu wykreślenie pkt 14.4 oraz wszelkich innych postanowień Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, związanych z wprowadzeniem przy ocenie ofert w kryterium cena, którego waga wynosi 100%, również wartości zobowiązania wykonawcy do zapewnienia Zamawiającemu obniżenia wpłat na Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, w tym dokonanie zmiany pkt 17.2 poprzez wykreślenie: „(bez zaoferowanej obniżki na PFRON)”;
- 2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:**

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

2.2.zasądza od Zamawiającego - **Jastrzębskiej Spółki Węglowej Spółka Akcyjna** z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój na rzecz Odwołującego - **KOVA-TEX G. i Wspólnicy Spółka Jawna** z siedzibą w Radomiu, ul. Plac Stare Miasto 11, 26-600 Radom kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczzonego przez Odwołującego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn.zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębie Zdroju (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn.zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy do kopalń JSW S.A. odzieży roboczej z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, numer postępowania 79/P/DZZ/19. Zamówienie zostało podzielone na zadania. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 lipca 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer: 2019/S 135-333778. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 25 lipca 2019 r. wykonawca KOVA-TEX G. i Wspólnicy Sp. j. z siedzibą w Radomiu wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w postępowaniu, polegających na sformułowaniu zapisów SIWZ w sposób, który narusza wymogi wynikające z ustawy Pzp, dotyczące sformułowania kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej, a także zasadę równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 2 pkt 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 2, ust. 2c oraz ust. 3 ustawy Pzp, poprzez określenie kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej, które zostało sformułowane wbrew definicji ceny oraz odnosi się do właściwości wykonawcy, a nie przedmiotu zamówienia.
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż:
 - a) opis sposobu obliczenia ceny oferty został sformułowany w sposób, który powoduje naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji,
 - b) sposób przeprowadzenia aukcji elektronicznej narusza zasadę przejrzystości postępowania.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wykreślenia pkt 14.4. SIWZ oraz wszelkich innych zapisów SIWZ

związanych z realizacją zapisów wynikających z przywołanego punktu, w tym modyfikacji pkt 17.2 SIWZ poprzez wykreślenie fragmentu „(bez zaoferowanej obniżki na PFRON)”.

U uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał m.in., iż w treści SIWZ Zamawiający zawarł zapisy dotyczące sposobu obliczenia ceny oferty, które naruszają przepisy ustawy Pzp, w tym:

14.2 Z zastrzeżeniem punktu 14.3. SIWZ wykonawca zobowiązany jest wypełnić formularz ofertowy dla części zamówienia (zadania 1, 2, 3 lub 4), w której składa ofertę, podając cenę jednostkową netto każdej pozycji zadania oraz stawkę podatku VAT każdej pozycji zadania, stanowiące podstawę do wyliczenia przez kalkulator systemowy platformy zakupowej Marketplanet wartości netto każdej pozycji zadania, całkowitej wartości netto i brutto za zadanie wielopozycyjne.

14.4 Wykonawca spełniający wymagania przewidziane w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, pozwalające na obniżenie przez zamawiającego miesięcznych wpłat na Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (dalej: PFRON) wskazuje w ofercie cenę oraz łączną kwotę obniżenia ww. wpłat, które zamawiający uzyska wskutek udzielenia mu zamówienia. Różnicę pomiędzy ceną i kwotą obniżenia, zamawiający uwzględni przy ocenie oferty.

Jeżeli wykonawca nie spełnia wymagań przewidzianych w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych i nie zapewnia obniżenia na Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w miejscu wartości oraz procentu obniżenia wpłat na PFRON wpisuje zero.

14.5 Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wskazują w ofercie cenę oraz łączną kwotę obniżenia ww. wpłat, które zamawiający uzyska wskutek udzielenia im zamówienia w sytuacji, gdy każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia spełnia wymagania przewidziane w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. (14.5. SIWZ). Jednocześnie w pkt 16.3. SIWZ zapisano, że: Ocena ofert dokonana zostanie na podstawie kryterium: cena. Opis sposobu obliczania ceny został przedstawiony w punkcie 14 SIWZ. Ponadto w część SIWZ dotyczącej aukcji elektronicznej Zamawiający wskazał, iż: Przedmiotem aukcji elektronicznej będzie cena jednostkowa netto lub całkowita cena netto za zadanie (bez zaoferowanej obniżki na PFRON) (waga - 100%, maksymalna ilość punktów - 100 pkt).

Odwołujący stwierdził, iż ww. zapisy SIWZ poprzez określenie kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej, które zostało sformułowane wbrew definicji ceny oraz odnosi się do właściwości wykonawcy, a nie przedmiotu zamówienia, wskazują na naruszenie przepisów art. 2 pkt 1 w zw. z art. 2 pkt 5 oraz art. 91 ust. 2, ust. 2c oraz ust. 3. Zamawiający sformułował bowiem zapisy dotyczące sposobu obliczenia ceny przez wykonawców w ten sposób, iż cenę podzielił na dwa elementy:

- 1) cena wynikająca z treści formularza oferty wyliczona przez kalkulator systemowy platformy, na której prowadzone jest postępowanie. Na cenę składają się: wartości netto każdej pozycji zadania, całkowitej wartości netto i brutto za zadanie wielopozycyjne,
- 2) oprócz ceny oferty wskazanej jak wyżej, wykonawca ma prawo wskazać łączną kwotę obniżenia wpłat na Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (dalej: PFRON).

W formularzu oferty następuje to poprzez wskazanie: Pozycja: Z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia zapewniamy obniżenie wpłat na Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w łącznej wysokości (PLN) zaoferowanej ceny netto, Pozycja: Wskazane powyżej obniżenie wpłat na Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych stanowi równowartość [%] zaoferowanej ceny netto.

Następnie Odwołujący stwierdził, iż na cenę oferty nie mogą składać się inne elementy, niż wskazane w art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług, w tym m.in. wysokość odpisu na PFRON. Cena winna obejmować wyłącznie wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, co oznacza, że cena winna jedynie obejmować należność, którą Zamawiający winien jest zapłacić wykonawcy za przedmiot zamówienia. Zdaniem Odwołującego ww. pkt 14.4. SIWZ jest natomiast próbą ukrycia pod pozorem kryterium cenowego kryterium podmiotowego, polegającego na promowaniu wykonawców, którzy mają status zakładów pracy chronionej i ponadto korzystają z odpisów na PFRON.

Odwołujący podniósł, że przedmiotowe kryterium, tj. odpis na PFRON nie jest związane z przedmiotem zamówienia. Zamawiający w treści dokumentów postępowania, tj. opisie przedmiotu zamówienia oraz wzorze umowy nie wymaga, by przedmiot zamówienia był realizowany przez osoby niepełnosprawne zaliczone do znacznego stopnia niepełnosprawności lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności, w odniesieniu do których orzeczono chorobę psychiczną, upośledzenie umysłowe, całościowe zaburzenia rozwojowe lub epilepsję oraz niewidomych (art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych). Odpis ten jest zupełnie oderwany od sposobu realizacji zamówienia i nie ma na niego żadnego wpływu.

Ponadto kryterium to ma charakter czysto podmiotowy, dotyczy cech wykonawcy, jego właściwości, tj. sposobu prowadzenia działalności gospodarczej z uwzględnieniem statusu wykonawcy, tj. zakładu pracy chronionej, a nie przedmiotu zamówienia (elementów dostawy). Sformułowane w SIWZ kryterium cenowe nie tylko nie dotyczy ceny w rozumieniu ustawy Pzp, ale narusza szereg przepisów dotyczących formułowania kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej.

Następnie Odwołujący zauważył, iż jeżeli Zamawiający zamierzał skorzystać z aspektów społecznych w ramach prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, mógł to realizować np. poprzez zastosowanie: art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych lub art. 91 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp, przyjmując jako kryteria pozacenowe aspekty społeczne, w tym integrację zawodową i społeczną osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników. Jednocześnie Zamawiający winien w sposób precyzyjny określić sposób przedstawienia informacji przez wykonawców oraz wymogi wykonania przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu tychże aspektów społecznych. Natomiast w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający jednak porzucił na niezwiązaną z przedmiotem zamówienia deklaracji dotyczącej hipotetycznych odpisów na PFRON, co zdaniem Odwołującego należy uznać za niedopuszczalne.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, iż potwierdza go to, że opis sposobu obliczenia ceny oferty został sformułowany w sposób, który powoduje naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji, a także sposób przeprowadzenia aukcji elektronicznej, który narusza zasadę przejrzystości postępowania. Ww. postanowienia SIWZ skutkują bowiem nierównym traktowaniem wykonawców, gdyż w praktyce uzależniają realną możliwość złożenia oferty najkorzystniejszej od okoliczności, które nie są związane z przedmiotem zamówienia i bezpodstawnie preferują wykonawców, którzy spełniają wymagania przewidziane w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, pozwalające na obniżenie przez Zamawiającego miesięcznych wpłat na PFRON. Zdaniem Odwołującego skoro kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej jest wyłącznie cena, wykonawcy winni być traktowani równo, tj. podstawą oceny oferty powinna być wyłącznie zaoferowana cena za realizację przedmiotu zamówienia, a nie wysokości odpisu na PFRON, gdyż jest to element związany ze statusem wykonawcy i jego

sposobem prowadzenia działalności gospodarczej. Nadto Zamawiający zapisał, że jeżeli wykonawca nie spełnia wymagań przewidzianych w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu niepełnosprawnych i nie zapewnia obniżenia na Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w miejscu wartości oraz procentu obniżenia wpłat na PFRON wpisuje zero. W praktyce oznacza to, że wpisanie „0” realnie uniemożliwia złożenie oferty najkorzystniejszej. Przy zastosowaniu wyłącznie kryterium ceny (100%), wykonawcy winni natomiast deklorować za ile zrealizują przedmiot zamówienia, a nie jakie hipotetyczne odpisy może otrzymać Zamawiający w terminie późniejszym, tym bardziej, że Zamawiający nie wskazał zasad korzystania z tych odpisów, m.in. tego, że powinny one być takie same w każdym miesiącu przez cały czas trwania umowy. Oznacza to nierówne traktowanie wykonawców, w warunkach wyłączających uczciwą konkurencję, ponieważ rzetelny wykonawca, który ma status zakładu pracy chronionej (jak Odwołujący) doskonale wie, że przedmiot zamówienia ze względu na swoją specyfikę (prace szwalnicze) nie może być realizowany przez osoby niepełnosprawne zaliczone do znacznego stopnia niepełnosprawności lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności, w odniesieniu do których orzeczono chorobę psychiczną, upośledzenie umysłowe, całościowe zaburzenia rozwojowe lub epilepsję oraz niewidomych (art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych).

W ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego narusza również zasadę przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający zapisał, że przedmiotem aukcji elektronicznej będzie cena jednostkowa netto lub całkowita cena netto za zadanie (bez zaoferowanej obniżki na PFRON) (waga - 100%, maksymalna ilość punktów - 100 pkt). Zgodnie z SIWZ informacja o wysokości obniżenia nie jest podawana na podstawie art. 86 ust. 5 ustawy Pzp, gdyż otwarcie ofert obejmować będzie publikację na platformie zakupowej Marketplanet oraz stronie internetowej zamawiającego informacji dotyczących nazw (firm) wykonawców, którzy złożyli oferty, a także ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków zapłaty, zawartych w ofertach (pkt 13.7 SIWZ). Wykonawca uczestniczący w aukcji licytuje wyłącznie cenę netto za zadania, nie znając zaoferowanych przez pozostałych wykonawców wysokości odpisów na PFRON, czyli nie wie, jaką cenę ma zaoferować podczas aukcji, gdyż za ofertę ocenioną jako najkorzystniejszą Zamawiający uzna ofertę, która przedstawia najkorzystniejszą różnicę pomiędzy ceną (po aukcji) i kwotą zaoferowanego obniżenia. Wynika to z faktu, iż po zakończeniu aukcji elektronicznej wykonawca, który złożył ofertę ocenioną jako najkorzystniejszą zobowiązany jest do dokonania aktualizacji (obniżenia) jednostkowych cen netto wszystkich pozycji Formularza ofertowego. Wykonawca dokonuje obniżenia jednostkowej ceny netto każdej pozycji Formularza ofertowego proporcjonalnie do obniżenia wartości netto za wykonanie całego

zadania dokonanego w wyniku aukcji elektronicznej. Wykonawca dokonuje aktualizacji cen, wypełniając wszystkie pozycje Formularza ofertowego dla części zamówienia, w których w wyniku aukcji elektronicznej złożył ofertę ocenioną jako najkorzystniejsza. Wszystkie pozycje Formularza ofertowego w formie arkusza kalkulacyjnego MS Excel dostępne będą w zakładce: Korespondencja/Informacje otrzymane od zamawiającego na platformie zakupowej Marketplanet lub otrzymane od zamawiającego pocztą elektroniczną. Wykonawca zamieszcza arkusz kalkulacyjny MS Excel, zawierający obniżone jednostkowe ceny netto w zakładce: Korespondencja/Pytania i informacje skierowane do zamawiającego na platformie zakupowej Marketplanet lub przesyła pocztą elektroniczną (pkt 17.9 SIWZ).

Pismem z dnia 29 lipca 2019 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca T. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej pod firmą: ZPHU Buksan – Ł. T. z siedzibą w Sanoku (dalej również: „Przystępujący”) wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający na rozprawie złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Po zapoznaniu się z treścią SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy i wysłuchaniu stanowisk Stron i Przystępującego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do wniesienia odwołania Odwołujący wskazał m.in., posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest jednym z wykonawców, mogących zrealizować zamówienia, będące przedmiotem prowadzonego przez Zamawiającego postępowania. Wobec naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku z uwagi na utrudnienia w dostępie do zamówienia. W związku z tym może ponieść szkodę w postaci utraty potencjalnej możliwości uzyskania zamówienia i korzyści płynących z realizacji umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania.

Izba stwierdziła, że zaistniały przesłanki dla wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego na rozprawie, iż Odwołujący nie posiada interesu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w

kwestionowaniu postanowień SIWZ, w tym pkt 14.4, zgodnie z którym Zamawiający przy ocenie ofert uwzględni różnicę pomiędzy ceną i kwotą obniżenia wpłat na PFRON, ponieważ Odwołujący jest bowiem zakładem pracy chronionej oraz producentem odzieży roboczej, stanowiącej przedmiot zamówienia, a zatem zdaniem Zamawiającego spełnia wymagania określone w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych umożliwiające udzielanie Zamawiającemu obniżek wpłat na PFRON.

W ocenie Izby wskazywane przez Zamawiającego okoliczności, niezależnie od tego czy wskazują na spełnienie wszystkich przesłanek do udzielenia obniżek wpłat na PFEON, jak twierdzi Zamawiający, czy nie są to jednak wszystkie przesłanki i nie spełniając pozostałych, nie ma takiego uprawnienia, jak twierdzi Odwołujący, nie pozbawiają Odwołującego uprawnienia do skorzystania ze środków ochrony prawnej, jeżeli uzna, że kwestionowane postanowienia SIWZ naruszają obowiązujące przepisy prawa.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania od zamawiającego kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.* Wykonawca T. Ł. prowadzący działalność gospodarczą na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej pod firmą: ZPHU Buksan – Ł. T. z siedzibą w Sanoku wypełnił przesłanki wymienione w tym przepisie, w związku z czym skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się jego uczestnikiem.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa odzieży roboczej do kopalń JSW S.A. Zamówienie zostało podzielone na pięć zadań z uwagi na rodzaj odzieży roboczej. Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych. Oferta może obejmować jedną, kilka albo wszystkie części.

Kwestionowane przez Odwołującego postanowienia SIWZ określające sposób rozumienia przez Zamawiającego ceny oferty w postępowaniu i sposobu jej oceny, w tym uwzględnienie w cenie oferty różnicy pomiędzy zaoferowanymi przez wykonawcę: ceną i kwotą obniżenia

wpłat na PFRON, zostały podane w przedstawionym powyżej odwołaniu i w związku z tym nie wymagają ponownego przytoczenia.

Uzupełnienia wymaga w tym zakresie jedynie wskazanie na pkt 16.4.2 SIWZ, który zawiera opis obliczenia punktów oferty, z którego wynika, że cena stanowi 100% i będzie obliczona jako iloraz najniższej całkowitej ceny brutto spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu i całkowitej ceny brutto ocenianej oferty, przy czym, jak wyjaśnił Zamawiający na rozprawie, całkowita cena brutto jest rozumiana jako różnica pomiędzy zaoferowanymi w ofercie: ceną a odpisem na PFRON.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdziły się bowiem zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp *przez cenę należy przyjmować cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2017 r. poz. 1830 oraz z 2018 r. poz. 650), zgodnie z którym cena to: wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową.*

Zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp *przez najkorzystniejszą ofertę rozumie się ofertę: która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt.*

Stosownie do art. 91 ust. 2 ustawy Pzp *kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników; aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia; aspekty innowacyjne; organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia; serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.*

Art. 91 ust. 2c ustawy Pzp stanowi, iż *kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.* Art. 91 ust. 3 ustawy Pzp stanowi natomiast, iż *kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.*

Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp 1 *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Analiza powyższych przepisów prowadzi do wniosku, iż ceną jest jednym z kryteriów oceny ofert i jest to kwota, która winna być zapłacona przez kupującego na rzecz sprzedającego za towar lub usługę. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą być wprowadzone przez Zamawiającego, oprócz oceny, również inne kryteria oceny ofert odnoszące się do przedmiotu zamówienia, przy czym nie mogą one odnosić się do właściwości wykonawcy.

W analizowanym postępowaniu jako jedyne kryterium oceny ofert została wprowadzona cena została wprowadzona cena (z wagą 100%). Oznacza to, że wykonawcy winni konkurować w postępowaniu wyłącznie ceną, w rozumieniu ww. przepisów, a Zamawiający winien dokonywać oceny ofert wyłącznie w oparciu o ceny podane przez wykonawców w ofertach.

Tymczasem z SIWZ wynika, że ocena ofert w kryterium cena będzie dokonywana z uwzględnieniem zaoferowanych w ofertach odpisów na PFRON, z jakich Zamawiający będzie mógł skorzystać po zrealizowaniu zamówienia i dokonaniu płatności. Jak zostało zaznaczone na rozprawie, dostawy mają być realizowane na podstawie zamówień, składnych według zapotrzebowania Zamawiającego. Zgodzić się należy zatem z Odwołującym, iż oznacza to, że Zamawiający w rzeczywistości wprowadził kryterium ceny składające się z dwóch elementów, tj. ceny oraz odpisu na PFRON, który to odpowiada właściwościom wykonawcy, a nie jest związany z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie bowiem z art. 22 ust. 1, 1a, 2 i 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1172 – dalej: „ustawa o rehabilitacji zawodowej”) wpłaty na Fundusz Rehabilitacji ulegają obniżeniu z tytułu zakupu produkcji lub usługi, z wyłączeniem handlu, odpowiednio wytworzonej lub świadczonej przez pracodawcę zatrudniającego co najmniej 25 pracowników

w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy, który osiąga wskaźnik zatrudnienia osób niepełnosprawnych zaliczonych do: znacznego stopnia niepełnosprawności lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności, w odniesieniu do których orzeczono chorobę psychiczną, upośledzenie umysłowe, całościowe zaburzenia rozwojowe lub epilepsję oraz niewidomych - w wysokości co najmniej 30%, zwanego dalej „sprzedającym” (ust. 1). Wraz z fakturą, o której mowa w ust. 2 pkt 1, sprzedający, który spełnił warunki określone w ust. 1, przekazuje nabywcy, jednokrotnie w danym roku, informację o: 1) zasadach nabywania i korzystania z obniżenia wpłat; 2) możliwości złożenia oświadczenia o rezygnacji z zamiaru korzystania z prawa do obniżenia wpłat; 3) możliwości odwołania oświadczenia, o którym mowa w pkt 2 (ust. 1a). Warunkiem obniżenia wpłaty jest: 1) udokumentowanie zakupu fakturą; 2) uregulowanie należności za zakup produkcji lub usługi w terminie określonym na fakturze, z tym że w przypadku płatności dokonywanych za pośrednictwem banku za datę uregulowania należności uważa się datę obciążenia rachunku bankowego nabywcy na podstawie polecenia przelewu; 3) udokumentowanie przez nabywcę kwoty obniżenia informacją o kwocie obniżenia wystawioną przez sprzedającego w terminie, o którym mowa w ust. 10 pkt 1 (ust. 2). Obniżenie wpłaty przysługuje do wysokości 50% wpłaty na Fundusz, do której obowiązany jest nabywca w danym miesiącu (ust.3).

Powyższe wskazuje, że możliwość oczekiwanego przez Zamawiającego udzielenia przez wykonawców obniżenia wpłat na PFRON, pozostaje w ścisłym związku nie z przedmiotem zamówienia, lecz z właściwościami podmiotowymi wykonawcy, co narusza wskazane powyżej przepisy ustawy Pzp. Ewentualna ulga na PFRON z której będzie mógł w przyszłości skorzystać Zamawiający, zależna jest bowiem od wielu czynników leżących po stronie wykonawcy, nie jest elementem ceny i w związku z tym nie powinna podlegać ocenie w tym kryterium. Nadto wykonawcy w analizowanym postępowaniu składają określone zobowiązanie, które wpływa na punktację ich oferty, zaliczone bowiem zostaje przez Zamawiającego, wbrew definicji ceny, do kryterium ceny, którego realizacja jest uzależniona nie tylko od sposobu prowadzenia przez nich działalności gospodarczej, w tym od profilu zatrudnianych pracowników, ale też od postępowania Zamawiającego, tj. od tego czy dokona on w terminie zapłaty za zakupiony towar.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego na rozprawie, że ww. obniżenie wpłat na PFRON jest odpowiednikiem upustu, rabatu czy bonifikaty. Terminy te używane są bowiem na określenie obniżenia ceny, natomiast ulga na PFRON wynika z ustawy i wiąże się ze spełnieniem szeregu wymagań przez wykonawcę, w tym od zatrudnienia odpowiedniej ilości osób o odpowiednim stopniu niepełnosprawności, oraz spełnieniu wymagań przez kupującego tj. dokonania zapłaty za zakupiony towar lub usługę.

Nie zasługuje również na aprobatę stanowisko Zamawiającego przedstawione na rozprawie, że nie wprowadził innego kryterium niż cena, z uwagi na to, Wykonawcy nie dostają dodatkowych punktów, lecz następuje obniżenie oferowanej przez nich ceny za sprawą zaofertowanych odpisów, i że tak samo byłoby, gdyby chodziło np. o podmiot, który korzysta z funduszy europejskich, oraz, że kryterium w postępowaniu to cena, chociaż to, czy podmiot może udzielić odpisów wpływa na tę cenę. W ocenie Izby, jakkolwiek formalnie, jako jedyne kryterium oceny ofert, wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, widnieje cena, to jednak w SIWZ wystąpiła modyfikacja tego kryterium w ten sposób, że cena oferty, wbrew definicji ceny i wbrew autonomii wykonawcy w jej określaniu, przy ocenie ofert, ma zostać określona przez Zamawiającego, jako różnica pomiędzy ceną oferty, a kwotą zadeklarowanego przez wykonawcę obniżenia przez Zamawiającego wpłat na PFRON. Tak określona różnica, a nie cena oferty, ma być podstawiona do wzoru służącego obliczeniu punktów przyznawanych danej ofercie. Okoliczność, iż wykonawcy nie dostają dodatkowych punktów jest tu zatem bez znaczenia. Do oceny ofert, wbrew postanowieniom ogłoszenia o zamówieniu, wskazującym, iż cenie przypisana jest waga 100%, zostaje bowiem przyjęta inna wielkość, niż zaofertowana cena oferty i inna wielkość niż ta, która winna być zapłacona przez Zamawiającego.

Nadto zauważenia wymaga stanowisko Zamawiającego przedstawione na rozprawie, który stwierdził, iż z wypowiedzi Odwołującego wnioskuje, iż podmiot oferujący odpis na PFRON może zaofertować wyższą cenę, co stanowi zaprzeczenie istoty ceny w postępowaniu, bowiem na skutek zastosowanych odpisów zostanie wybrana oferta, której cena nie jest najniższa i podał, że w związku z zastosowaniem odpisów koszt realizacji zamówienia dla Zamawiającego zmaleje, Zamawiający uzyska bowiem oszczędności na odpisach PFRON. Zamawiający pominął jednak, iż z powyższego wynika, iż godzi się płacić ewentualnie wyższą cenę za zakupiony przedmiot zamówienia, z uwagi na ewentualną przyszłą korzyść związaną z ulgą na PFRON, bądź odszkodowaniem uzyskanym od wykonawcy, jeśli się okaże, że ta korzyść nie jest tej wielkości, jak ta wynikająca z zobowiązania wykonawcy zawartego w ofercie.

Bez znaczenia dla oceny zarzutów przedstawionych w odwołaniu jest zatem okoliczność, iż Zamawiający na skutek zastosowanych w SIWZ mechanizmów uzyska w przyszłości dodatkowe korzyści z zawarcia umowy z danym wykonawcą, który zobowiąże się do zapewnienia Zamawiającemu ulg w odpisach na PFEON.

Należy podzielić stanowisko Odwołującego, iż kwestionowane przez niego postanowienia SIWZ naruszają również zasady, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Stawiają bowiem na etapie postępowania o udzielenie zamówienia w lepszej sytuacji wykonawców, którzy zapewnią Zamawiającemu udzielenie obniżenia wpłat na PFRON. Zauważenia przy tym dodatkowo wymaga, iż wykonawcy składają w ofercie oświadczenie woli,

co do zapewnienia Zamawiającemu obniżenia wpłat na PFRON, które, jak zostało wskazane przez Zamawiającego na rozprawie, nie jest weryfikowalne przez Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. To, że, jak wskazuje Zamawiający, organem, który przeprowadza kontrole obniżonych wpłat na Fundusz w tym zakresie jest Prezes Zarządu Funduszu, który stosownie do art. 22a ustawy o rehabilitacji może przeprowadzać kontrolę u sprzedającego lub nabywcy w zakresie prawidłowości realizacji przepisu art. 22 ustawy o rehabilitacji zawodowej, nie pozostaje w związku ze sposobem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które winno podlegać zasadom określonym w ustawie Pzp.

Stosownie do art. 91a 2a i 3 ustawy Pzp w przypadku gdy zamawiający postanowił przeprowadzić aukcję elektroniczną, w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa co najmniej: elementy, których wartości będą przedmiotem aukcji elektronicznej, pod warunkiem że elementy te są wymierne i mogą być wyrażone w postaci liczbowej lub procentowej; wszelkie ograniczenia co do przedstawianych wartości, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia; informacje, które zostaną udostępnione wykonawcom w trakcie aukcji elektronicznej, oraz, w stosownych przypadkach, termin ich udostępnienia; informacje dotyczące przebiegu aukcji elektronicznej; warunki, na jakich wykonawcy będą mogli licytować, oraz, w szczególności, minimalne wysokości postąpień, które, w stosownych przypadkach, wymagane będą podczas licytacji; informacje dotyczące parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego, rozwiązań i specyfikacji technicznych w zakresie połączeń. Kryteriami oceny ofert w toku aukcji elektronicznej są wyłącznie kryteria określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zaproszeniu do aukcji elektronicznej, umożliwiające automatyczną ocenę oferty bez ingerencji zamawiającego, wskazane spośród kryteriów, na podstawie których dokonano oceny ofert przed otwarciem aukcji elektronicznej.

Jak zauważył Odwołujący, stosownie do pkt 17.3 SIWZ w trakcie trwania aukcji udostępniona jest wykonawcy między innymi cena najkorzystniejsza, a z SIWZ nie wynika, czy jest to cena z odpisem, czy bez odpisu na PFRON. Wykonawca nie wie w związku z tym, jakie elementy będą podane przed aukcją i w związku z tym nie wie, jakie czynić postąpienia, aby jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Na rozprawie Zamawiający stwierdził, że też jeszcze nie wie, czy w aukcji będą podane ceny z odpisem na PFRON czy bez takiego odpisu, ponieważ nie wie, jakie będą złożone oferty. Jeśli będą oferty z odpisami, to warunki aukcji będą inaczej skonfigurowane.

Tymczasem zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 7 lit. c ustawy Pzp jeżeli zamawiający przewidział aukcję elektroniczną, SIWZ powinna zawierać również informację, które spośród kryteriów oceny ofert będą stosowane w toku akcji elektronicznej.

W tych okolicznościach, przy obecnym brzmieniu SIWZ i sposobie sformułowania kryterium cena, z którego wynika, iż przez cenę, o której mowa w pkt 17.3 SIWZ, można rozumieć zarówno cenę w rozumieniu pkt. 17.2 tj. bez zaoferowanej obniżki na PFRON, jak też cenę z taką obniżką, należy uznać iż nie zostały spełnione wymogi ustawy w zakresie niezbędnych informacji podawanych w SIWZ oraz została naruszona zasada przejrzystości postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W sprawie zostało wykazane, że doszło do naruszenia przepisów, które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: