

WYROK
z 29 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 26 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 5 października 2020 r. przez wykonawcę Lares Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Warszawski Uniwersytet Medyczny z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Seris Klinet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów nr 4 i 5 odwołania.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 1 oraz 2 i nakazuje Zamawiającemu w części postępowania dotyczącej Pakietu nr 2 przedmiotu zamówienia:
 - 2.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - 2.2 odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Seris Klinet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
 - 2.3 przeprowadzenie ponownej czynności oceny ofert.
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania obciąża w 2/3 Zamawiającego i w 1/3 Odwołującego i:
 - 4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 4.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 12 400,00 zł (słownie: dwanaście tysięcy czterysta złotych 00/100).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Uzasadnienie

Warszawski Uniwersytet Medyczny z siedzibą w Warszawie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Usługa sprzątnia i utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych oraz terenów zewnętrznych w obiektach Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego w podziale na pakiety”, numer: AEZ/S-055/2020, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 czerwca 2020 r. pod numerem 2020/S 124-304280. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

5 października 2020 r. wykonawca Lares Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego w części postępowania dotyczącej Pakietu nr 2 przedmiotu zamówienia, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 89 ust. 1. pkt 1 Pzp w związku z art. 87 ust. 1 pkt. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Seris Klinet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Przystępujący) mimo, iż wykonawca ten zmienił treść oświadczenia woli złożonego w ofercie w zakresie istotnym i mającym wpływ na wynik postępowania, podczas gdy niedopuszczalne są zmiany treści oferty po jej złożeniu i otwarciu, a taka zmiana winna skutkować odrzuceniem takiej oferty jako niezgodnej z Pzp,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz błędną ocenę wyjaśnień tego

wykonawcy, których treść nie potwierdzała, iż oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, które to wyjaśnienia były niespójne i zawierały ewidentne oraz istotne braki w wycenie niezbędnych elementów zamówienia, które winny skutkować odrzuceniem tej oferty,

- 3.art. 89 ust. 1 pkt. 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez wprowadzenie Zamawiającego w błąd przez Przystępującego, mający istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, co do ilości osób niepełnosprawnych skierowanych do realizacji zamówienia, co winno skutkować wykluczeniem Przystępującego z udziału w postępowaniu i uznaniu jego oferty

za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp,

ewentualnie i tylko w sytuacji nieuwzględnienia zarzutów od 1 do 3:

- 4.art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z § 14 ust. 2 i ust. 4 rozporządzenia z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2020 r. poz. 1282), przez zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów - informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp, dotyczących osób wchodzących w skład organów zarządzających wykonawców Seris Klinet Sp. z o.o. oraz Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., z powodu niezłożenia ich w formie przewidzianej przepisami tego rozporządzenia, tj. w oryginale, w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu poświadczonego za zgodność z oryginałem przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego,
- 5.art. 26 ust. 3a Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa p. K. S. z powodu niezłożenia go w formie przewidzianej ustawą, tj. w postaci elektronicznej i opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym,
- 6.art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (dalej: Rozporządzenie) przez zaniechanie wezwania do złożenia dokumentów zaświadczeń o niezaleganiu w opłacaniu składek ZUS wykonawców Seris Klinet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postaci przewidzianej przepisami rozporządzenia, tj. w postaci oryginalnego dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wystawcę zaświadczenia.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Pakiecie nr 2,
- 2.odrzucenia oferty Przystępującego z postępowania bez konieczności wzywania lub wyjaśnienia treści tej oferty,
- 3.dokonania ponownej oceny i badania ofert,

względnienie i tylko w przypadku nieuwzględnienia żądania w pkt 3 nakazanie Zamawiającemu:

- 4.wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14, dotyczących osób wchodzących w skład organów zarządzających wykonawców Seris Klinet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w ten sposób, by Przystępujący przedstawił ten dokument w przewidzianej prawem formie i postaci, tj. w oryginale, w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu poświadczonego za zgodność z oryginałem przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego,
- 5.wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa Pana K. S. w przewidzianej prawem formie i postaci, tj. w postaci elektronicznej i opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym;
- 6.wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów zaświadczeń o niezaleganiu w opłacaniu składek ZUS wykonawców Seris Klinet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w przewidzianej prawem formie i postaci, tj. w postaci oryginalnego dokumentu elektronicznego i opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym,
- 7.dokonania ponownej oceny i badania ofert w Pakiecie nr 2.

Odwolujący wniósł ponadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W toku posiedzenia z udziałem Stron i Uczestników Odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzuty nr 4 i 5 oraz związane z nimi żądania wskazane wyżej, w punktach 4 i 5.

W uzasadnieniu pozostałej części odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Przystępujący dokonał istotnej zmiany treści swojej oferty przez zmianę ilości osób posiadających orzeczenie o niepełnosprawności, które zamierzał skierować do realizacji zamówienia. W złożonej ofercie Przystępujący oświadczył, iż skieruje do realizacji zamówienia 10 osób z takim orzeczeniem.

SIWZ, jak i załączniki do niej, zostały sformułowane w taki sposób, że nie pozostawiały wątpliwości, że deklarowaną w ofercie wykonawcy liczbą osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z 27 sierpnia 1997 roku o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych miała być liczbą stałą. Zamawiający nie postawił wymogu minimalnej liczby tych osób, ale nakazał podanie ich konkretnej liczby w formularzu oferty.

W rozdziale XIV ust. 1 SIWZ zostało wskazane, że „na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku, Wykonawca zobowiązany jest złożyć na druku Formularza ofertowego, odpowiednio dla Pakietu I i II oświadczenie w którym wykaże liczbę zatrudnionych osób. Jednocześnie Zamawiający zastrzega, na każde wezwanie Zamawiającego Wykonawca przedstawi Zamawiającemu dowód zatrudnienia wskazanej w oświadczeniu liczby osób (...) oświadczenie, o którym mowa powyżej nie podlega uzupełnieniu”.

Tym samym liczbą osób niepełnosprawnych skierowanych do realizacji zamówienia była treścią oświadczenia woli wykonawcy, wyrażoną w ofercie i treścią istotną, mającą znaczenie dla wyboru oferty. Przystępujący oświadczył w ofercie, że skieruje do realizacji zamówienia 10 osób niepełnosprawnych, a następnie, na potrzeby wyjaśnień rażąco

niskiej ceny zmienił to oświadczenie woli oznajmiając, że do realizacji zamówienia zamierza skierować 50 osób z orzeczeniem o niepełnosprawności. Taka zmiana była zmianą istotną treści oferty i niedopuszczalną na podstawie art. 87 ust 1 Pzp. Zmiana treści oświadczenia woli zawartego w ofercie, po dacie składania i otwarcia ofert winna spotkać się z konsekwencją odrzucenia takiej oferty, jako niezgodnej z Pzp. Oświadczenie to z uwagi na swoją rangę, nie tylko miało konsekwencję w postaci przyznania punktów w kryteriach oceny ofert, ale stanowiło oświadczenie istotne oferty, które rzutowało m.in. na określenie ceny oferty i badanie jej w zakresie wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Cena oferty Przystępującego była niższa od średniej arytmetycznej szacunków wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o ponad 31,89%.

Przystępujący dwukrotnie był wzywany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i dwukrotnie złożył wyjaśnienia, niepełne, lakoniczne, bez dowodów i niepozwalające

na przyjęcie, że zaoferowana przez niego cena nie miała znamion rażąco niskiej.

Przystępujący w swoich wyjaśnieniach:

1. zmienił liczbę osób niepełnosprawnych z 10 na 50, co znacząco wpłynęło na obniżenie kosztów pracy,

2. oświadczył, że koszty pracownicze to 55 etatów, przy czym w żadnym miejscu wyjaśnień nie odniósł się, ani nie wycylił kosztów reszty etatów w liczbie 21, które to etaty były uzupełniające i dodatkowe do liczby 55, a winny być wliczone

do ceny oferty. Zgodnie z SIWZ należało wycenić co najmniej 76 pracowników,

w tym 55 pełnych etatów i 21 w przeliczeniu na pełne etaty (Wyjaśnienia treści SIWZ z 24 lipca 2020 r., pytanie 11 i 42).

Przystępujący wskazał, że łączny koszt pracy ludzkiej to 236 624,66 zł (bez odliczenia dofinansowania z tytułu niepełnosprawności), a reszta kosztów z jego tabeli (załączonej

do wyjaśnień) to koszty sprzętu, materiałów, koszty administracyjne oraz zysk na poziomie ok. 14 tys. zł miesięcznie.

Wyjaśnienia Przystępującego nie zawierały żadnego buforu na nieprzewidziane

lub dodatkowe wydatki pracownicze, a oświadczenie w zakresie powyższych kosztów należało uznać za stałe.

Odwołujący analizując kalkulację ceny zawartą w wyjaśnieniach Przystępującego wskazał przede wszystkim, że zostały one oparte na niewłaściwej, tzn. zaniżonej kwocie minimalnego wynagrodzenia miesięcznego. Odwołujący zakwestionował przydatność pozostałej części kalkulacji i na tej podstawie stwierdził, że Przystępujący nie dopełnił obowiązku wyjaśnienia ceny oferty w sposób należyty i wiarygodny.

W ocenie Odwołującego Przystępujący nie uwzględnił w kalkulacji swojej ceny

m. in. kosztów urlopów pracowników ani buforów na pokrycie kosztów nieprzewidzianych

lub wypadkowych związanych z zatrudnianiem pracowników, takich jak np. zwolnienia lekarskie

Przystępujący wprowadził w błąd Zamawiającego, co do ilości osób niepełnosprawnych, jakie zamierzał skierować do realizacji zamówienia. Deklaracja co do liczby osób miała istotny wpływ na ocenę jego oferty. Z jednej strony powodowała przyznanie liczby punktów

w ramach kryteriów oceny ofert, z drugiej strony liczbę tą Przystępujących wykorzystał

do nieuprawnionych i sprzecznych z prawem wyjaśnień ceny oferty, w kontekście wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Skoro Przystępujący wiedział, że skieruje do realizacji zamówienia więcej osób niepełnosprawnych, niż wynikało to z jego oferty, to składając odmienne oświadczenie

co liczby tych osób wprowadził Zamawiającego w błąd. Z drugiej strony jeżeli potrzeba zwiększenia ilości osób niepełnosprawnych nastąpiła na skutek potrzeby wyjaśnień rażąco niskiej ceny, również w takim przypadku Wykonawca wprowadził w błąd mający na celu wyłączenie ochrony oferty przed odrzuceniem.

Wprowadzenie w błąd może mieć miejsce na różnym etapie postępowania, nie koniecznie tylko na etapie składania ofert. Zmiana treści oferty w sposób celowy na potrzeby wykreowania lepszej sytuacji w postępowaniu, również na etapie składania wyjaśnień

w zakresie rażąco niskiej ceny była obarczona sankcją z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Dlatego też Przystępujący powinien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona na podstawie

art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Hipoteza § 5 ust. 1 Rozporządzenia dotyczy sytuacji, w której dokument składany przez wykonawcę w postępowaniu nie został sporządzony w postaci dokumentu elektronicznego - tylko w takim wypadku jest on uprawniony do złożenia elektronicznej kopii dokumentu poświadczającego za zgodność z oryginałem przez opatrzenie kopii kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W przedmiotowym postępowaniu zaświadczanie o niezaleganiu

w opłaceniu składek ZUS został jednak sporządzony w postaci elektronicznej i opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez upoważnionego pracownika ZUS. Dyspozycja § 5 ust. 1 a contrario wyklucza więc możliwość złożenia tego dokumentu

w postaci elektronicznej kopii poświadczonej przez wykonawcę za zgodność z oryginałem kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W konsekwencji więc Zamawiający powinien wezwać Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia tego braku i przesłania przedmiotowego dokumentu w przewidzianej prawem formie.

22 października 2020 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i wskazał m. in.:

Wykonawcy w celu uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryterium „Aspekty społeczne”, zgodnie z Rozdziałem III ust. 5 i Rozdziałem XIV ust. 1 SIWZ mogli

w Formularzu ofertowym wskazać liczbę osób niepełnosprawnych lub osoby do 30-go roku życia oraz po ukończeniu 50-go roku życia (posiadające status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia), którzy zostaną zatrudnieni przy realizacji zamówienia. Przystępujący

w swojej ofercie wskazał, że do realizacji zamówienia zatrudni 10 osób niepełnosprawnych, a w konsekwencji uzyskał maksymalną ilość punktów w ramach kryterium. Postanowienie Rozdziału III ust. 5 i Rozdziału XIV ust. 1 SIWZ nie oznaczało, że Przystępujący nie będzie mógł w toku realizacji zamówienia posługiwać się większą liczbą osób niepełnosprawnych. Liczba osób niepełnosprawnych wskazana w formularzu ofertowym miała na celu odzwierciedlenie prawa wykonawcy do uzyskania maksymalnej liczby punktów. Co za tym idzie, w żaden sposób nie ograniczało to możliwości wykonawcy w skalkulowaniu większej liczby pracowników z orzeczonym stopniem niepełnosprawności.

Ponadto § 4 ust. 28 lit. b) wzoru umowy w sposób jednoznaczny określił, że Wykonawca zobowiązany jest

do utrzymania przez cały okres obowiązywania Umowy poziomu zatrudnienia w oparciu

o umowę o pracę osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z 27 sierpnia 1997 r.

o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych na poziomie nie mniejszym niż podany w oświadczeniu wykonawcy. Innymi słowy - warunki umowy dopuszczały możliwość zatrudnienia większej liczby osób niepełnosprawnych, zaś jedyne ograniczenie obejmowało zakaz zatrudnienia osób niepełnosprawnych na poziomie mniejszym, niż określony w formularzu ofertowym Przystępującego. Tym samym oczywistym było, że celem wpisania w formularzu ofertowym liczby osób niepełnosprawnych było ustalenie minimalnego poziomu zatrudnienia tych osób. Gdyby intencją Zamawiającego było określenie „stałego” poziomu zatrudnienia tych osób, tj. bez możliwości zwiększenia ich liczby, to z pewnością brzmienie § 4 ust. 28 lit. b) wzoru umowy byłoby inne. Zamawiającemu zależało, aby osoby wykluczone społecznie, z uwagi na swoją niepełnosprawność miały możliwość podjęcia zatrudnienia i w tym celu wprowadził kryterium „Aspekty społeczne”. Wobec powyższego twierdzenia Odwołującego jakoby doszło do zmiany treści oferty Przystępującego były nieprawdziwe i stały w sprzeczności z postanowieniami wzoru umowy.

Skoro wzór umowy dopuszczał możliwość zwiększenia przez wykonawcę poziomu zatrudnienia osób niepełnosprawnych i nie stanowiło to istotnej zmiany umowy, to nie sposób było uznać, że Przystępujący dokonał zmiany swojej oferty.

Przystępujący nie dokonał zmiany treści swojej oferty, a w konsekwencji nie mógł wprowadzić Zamawiającego w błąd. Tym samym, należy uznać, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp był całkowicie chybiony i nie znajdował potwierdzenia w treści SIWZ oraz złożonej przez Przystępującego ofercie.

Analiza odwołania w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego prowadzi do wniosku, że odnosił się on w zasadzie do dwóch czynników cenotwórczych, których — zdaniem Odwołującego — Przystępujący nie uwzględnił w łącznym miesięcznym koszcie pracy, a mianowicie:

- 1) ceny kosztów reszty etatów w liczbie 21, które to etaty były uzupełniające i dodatkowe w stosunku do wymaganych 55 etatów;
- 2) kosztów rezerwy na zwolnienia lekarskie i urlopy wypoczynkowe pracowników.

W ocenie Zamawiającego twierdzenia Odwołującego zawarte w uzasadnieniu odwołania były chybione i nie znajdowały poparcia w wyjaśnieniach złożonych przez Przystępującego 26 sierpnia 2020 r. i 17 września 2020 r., a co więcej opierały się błędnych założeniach. Zamawiający pismem z 21 sierpnia 2020 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w następującym zakresie:

- 1) kosztów pracy, z podaniem liczby osób w przeliczeniu na etaty i wynagrodzeń, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177) z uwzględnieniem pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, o ile dotyczy;
- 2) kosztów sprzętu przewidzianego do realizacji zamówienia, w podziale na kategorię urządzeń, z określeniem ich liczby, dedykowanego do określonych lokalizacji obiektów;
- 3) kosztów materiałów czystościowych przewidzianych do realizacji zamówienia, z uwzględnieniem istotnego wzrostu cen spowodowanych epidemią COVID-19;
- 4) innych okoliczności mających wpływ na wysokość oferowanej ceny.

Przystępujący pismem z 26 sierpnia 2020 r. złożył wyjaśnienia i ustosunkował się do wszystkich wątpliwości zgłoszonych przez Zamawiającego, a w szczególności przedstawił kalkulację kosztów pracy oraz wskazał na okoliczności, które miały wpływ na zaoferowanie niższej ceny. Przystępujący przede wszystkim wskazał na posiadanie niezbędnego sprzętu (na miejscu u Zamawiającego) oraz dofinansowanie z tytułu zatrudnienia pracowników niepełnosprawnych. Przystępujący przedstawił kalkulację kosztów przyjętych do wyliczenia ceny. W świetle rzeczony kalkulacji łączny miesięczny koszt pracy wynosił 236 624,66 zł i obejmował również 55 pełnych etatów. Łączna suma kosztów pracy Przystępującego po odjęciu dofinansowania za pracowników niepełnosprawnych wynosiła 176 634,66 zł. Treść zawarta w tabeli „Łączny miesięczny koszt pracy (w tym 55 pełnych etatów)”, oznaczała, że w koszcie pracy ujęte były koszty nie tylko 55 pracowników. Przystępujący złożył stosowną kalkulację wraz dowodami potwierdzającymi realność zaoferowanej ceny, wobec czego Zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień i w jego ocenie owa kalkulacja potwierdzała, że zaoferowana cena nie była rażąco niska. Oceniając wyjaśnienia Zamawiający kierował się zasadami logiki oraz posiadaną przez siebie wiedzą w zakresie określonego rodzaju zamówień i znajomością rynku. Co istotne, Przystępujący obecnie realizuje usługę będącą przedmiotem niniejszego zamówienia na podstawie umowy o nr AEZ/365/S-117/584/2017 z 26 października 2017 r., która była trzykrotnie aneksowana z uwagi na zwiększenie minimalnego wynagrodzenia z pracą w kolejnych latach realizacji umowy. Dzięki temu Zamawiający posiadał wiedzę na temat kosztów pracy. Realizacja przez Przystępującego wspomnianej umowy umożliwiła mu poznanie obiektów Zamawiającego oraz poprawne skalkulowanie oferty.

Zamawiający zakwestionował prawidłowość kalkulacji przedstawionych przez Odwołującego wskazując, że koszty pracodawcy w przeliczeniu na jeden etat wynosiły 3 113,24 zł, a nie - jak twierdził Odwołujący - 3.132,48 zł.

Odnośnie zaś oświadczenia Przystępującego o niezaleganiu składek ZUS Zamawiający wskazał, że dokument został złożony w prawidłowej formie zgodnie z § 13 ust. 2 rozporządzenia z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2020 r. poz. 1282 z późn. zm.). Na dokumencie wystawianym przez ZUS nie ma fizycznie podpisu elektronicznego. Weryfikacja podpisu odbywa się za pośrednictwem strony internetowej ZUS. Nie ma innej możliwości weryfikacji tego dokumentu.

26 października 2020 r. odpowiedź na odwołanie złożył Przystępujący. Poparł w całości stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Argumentacja wyrażona w piśmie procesowym Przystępującego była podobna do zaprezentowanego wyżej stanowiska Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania. Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że częściowo zasługuje ono na uwzględnienie.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutów nr 4 i 5. W konsekwencji, na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w części dotyczącej obu wycofanych przez Odwołującego zarzutów.

Zarzuty nr 1 i 2

W zakresie istotnym dla oceny stanu faktycznego SIWZ zawierała następujące regulacje:

„XIX. Opis sposobu przygotowania i złożenia oferty

(...)

3. Dokumenty stanowiące treść oferty: sporządzone wg wzoru Formularze ofertowe, stanowiące Załącznik nr 1.1 i 1.2 do SIWZ oraz Formularze cenowe stanowiące Załącznik nr 2.1 i 2.2 do SIWZ powinny być sporządzone w postaci elektronicznej oraz podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wyżej wymienione dokumenty nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy i niedopuszczalnym jest ich złożenie w innej formie niż przewidziana powyżej (...).

15. Wykonawca może przed upływem terminu do składania ofert zmienić lub wycofać ofertę za pośrednictwem Platformy poprzez zakładkę odpowiednio „Modyfikuj ofertę” lub „Wycofaj”. Sposób zmiany i wycofania oferty został opisany w instrukcji „Wykonawca Instrukcja użytkownika” dostępnej w zakładce „Regulacje i procedury procesu zakupowego”.

16. Wykonawca po upływie terminu do składania ofert nie może skutecznie dokonać zmiany ani wycofać złożonej oferty”.

„XXII. Tryb oceny ofert. Wyjaśnienie treści ofert 1 dokumentów, poprawianie stwierdzonych omyłek (...)

7. Niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji między Zamawiającym, a Wykonawcą dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty, z zastrzeżeniem stwierdzonych omyłek, o których mowa w ust. 3 pkt 3 i 4”.

Wzór formularza ofertowego (Załącznik nr 1.2 do SIWZ) w punkcie 3 stanowił:

„1. Oświadczamy, że:

1) łączna liczba osób świadczących usługi sprzątania i utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych, wykonywanych co najmniej w systemie zmianowym, w pełnym wymiarze czasu pracy, wyniesie: osób (należy podać liczbę osób-co najmniej

55 osób) i osoby te będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę na pełen etat.

2) do realizacji zamówienia zatrudnimy:

a) osoby niepełnosprawne w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r.

o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2020 r. poz. 426) w liczbie: osób (należy podać liczbę osób);

b) osoby do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, posiadające status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia w łącznej liczbie osób (należy podać liczbę osób)”.

Zasadą jest, że dane wpisywane przez wykonawców stanowią treść oferty sensu stricto. Biorąc pod uwagę przytoczone wyżej postanowienia nie budzi wątpliwości, że Zamawiający odzwierciedlił tą zasadę w treści SIWZ i wzorze formularza ofertowego i nie określił od niej żadnych wyjątków. Tym samym, wobec jednoznacznej dyspozycji zawartej w formularzu ofertowym, obowiązkiem wykonawców było wpisanie w punkcie 1 ust. 2 lit. a formularza konkretnej, wiążącej liczby osób niepełnosprawnych, które miały być zatrudnione do realizacji przedmiotu zamówienia.

Kryteriami oceny ofert były:

1. Cena – waga 98% (maks. 98 punktów możliwych do uzyskania przez ofertę),

2. Aspekty społeczne – waga 2% (maks. 2 punkty do uzyskania).

Kryterium aspektów społecznych zostało określone w SIWZ w sposób następujący:

„Pakiet 2 — za każdą osobę niepełnosprawną w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia

1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2020 r. poz. 426) lub osobę do 30 roku życia oraz po ukończeniu 50 roku życia, posiadającą status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia, Zamawiający przyzna

0,2 pkt, jednak łącznie nie więcej niż 2 pkt”.

Przystępujący w swoim formularzu ofertowym wskazał, że na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia zatrudni 10

osób niepełnosprawnych. Z tego tytułu jego oferta uzyskała maksymalną liczbę punktów w ramach kryterium, tj. 2 punkty.

21 sierpnia 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a Pzp wezwał Przystępującego do wyjaśnień ceny oferty w zakresie Pakietu nr 2. Zamawiający wskazał m. in.:

„Cena oferty wynosząca 9 443 929,30 zł, jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (13 857 276,50 zł brutto).

Zamawiający mając na uwadze postanowienia art. 90 ust. 1 i 1a, Zamawiający wzywa do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w szczególności w zakresie:

1) kosztów pracy, z podaniem liczby osób w przeliczeniu na etaty i wynagrodzeń, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177) z uwzględnienie pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, o ile dotyczy (...)

4) zysku wykonawcy (...).”

W odpowiedzi z 26 sierpnia 2020 r., Przystępujący wskazał: „Seris zaproponował cenę za realizację przedmiotowego zamówienia w sposób odpowiedni i zgodnie z aktualnymi warunkami rynkowymi oraz wynikający z dotychczasowego doświadczenia. Należy podkreślić, iż oszacował cenę prawidłowo, uwzględniając wszystkie koszty oraz kalkulując cenę tak, aby świadczyć usługę osiągając zysk z realizacji kontraktu. Seris przyjął do realizacji zamówienia 50 osób z orzeczeniem o niepełnosprawności, co wpływa znacząco na obniżenie kosztów pracy. Jednocześnie pragniemy zaznaczyć, że ilość osób wskazana w formularzu ofertowym w pkt. 3 ust. 2) lit. a) odzwierciedlała jedynie prawo wykonawcy do uzyskania maksymalnej liczby punktów. Natomiast w żaden sposób nie ograniczała wykonawcy w kalkulowaniu większej liczby pracowników z orzeczonym stopniem niepełnosprawności”.

Powyższe wyjaśnienia zawierały również m. in. kalkulacje kosztów pracowniczych w których Przystępujący uwzględnił dofinansowanie z tytułu zatrudnienia 50 pracowników niepełnosprawnych z II grupą niepełnosprawności (60 000 zł miesięcznie, tj. 50 x 1 200 zł miesięcznie). Przystępujący wykazał zysk miesięczny netto w wysokości 14 218,29 zł.

14 września 2020 r. Zamawiający skierował do Przystępującego kolejne wezwanie do wyjaśnień ceny oferty, tj. do wyjaśnienia kwestii ilości etatów założonych na potrzeby realizacji zamówienia w poszczególnych budynkach Zamawiającego. Wezwanie nie dotyczyło ilości etatów osób niepełnosprawnych.

W odpowiedzi z 17 września 2020 r. Przystępujący wyjaśnił ww. kwestie oraz podtrzymał twierdzenie o woli zatrudnienia 50 osób niepełnosprawnych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia i zysku miesięcznym netto w wysokości 14 218,29 zł.

Zgodnie z § 4 pkt 28 lit. b wzoru umowy „Wykonawca zobowiązany jest do utrzymania przez cały okres obowiązywania Umowy poziomu zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. 2020 r. poz. 426, z późn. zm.), z zastrzeżeniem, że niepełnosprawność ww. osób nie będzie wpływała na ograniczenie wymaganego zakresu świadczonych usług, a także osób, które zostały zatrudnione, w związku z realizacją niniejszej Umowy, tj. osób do 30 roku życia oraz po ukończeniu 50 roku życia (posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia), na poziomie nie mniejszym niż podany w Oświadczeniu Wykonawcy, stanowiącym Załącznik nr 9 do Umowy”. W toku rozprawy Zamawiający i Przystępujący podnieśli, że z przytoczonego postanowienia wzoru umowy wynika, że obowiązkiem wykonawcy jest utrzymanie poziomu zatrudnienia osób niepełnosprawnych, zatem możliwe jest zwiększenie liczby osób niepełnosprawnych w stosunku do danych wykazanych w formularzu ofertowym.

Art. 87 ust. 1 Pzp wskazuje: W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W ocenie Izby Przystępujący udzielając wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty złamał ww. zakaz zmiany treści oferty. Twierdzenie Przystępującego, że podanie w formularzu ofertowym liczby osób niepełnosprawnych służyło wyłącznie punktacji ofert w ramach kryteriów ich oceny nie może zostać uznane za prawidłowe. Wpisanie w formularzu ofertowym 50 osób niepełnosprawnych oznaczałoby, że oferta Przystępującego otrzymałaby w ramach kryterium aspektów społecznych tyle samo punktów, co w przypadku 10 osób, tj. 2 punkty. Zamawiający w żadnym dokumencie postępowania nie określił, że liczba osób niepełnosprawnych jakie mają być wpisane w formularzu służyć miała wyłącznie punktacji w ramach kryterium aspektów społecznych. Tym samym liczbę tę należało uznać za wiążącą. Zgodnie z przytoczonym wyżej § 4 pkt 28 lit. b wzoru umowy wykonawca faktycznie uprawniony jest do zwiększenia poziomu zatrudnienia osób niepełnosprawnych, ale – co oczywiste – dopiero na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, nie na etapie oceny ofert.

Wobec treści wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego, w ocenie Izby było niewątpliwym, że Przystępujący zmienił treść złożonej oferty. Wyjaśnienia oraz uwzględnione w nich kalkulacje opierały się na założeniu zatrudnienia 50 zamiast 10 osób niepełnosprawnych. Skutkiem tego było przyjęcie przez Przystępującego poziomu dofinansowania z tytułu zatrudnienia osób niepełnosprawnych w wysokości 60 000 zł

i – w konsekwencji - miesięcznego zysku netto 14 218,29 zł. Tym samym, gdyby Przystępujący udzielił wyjaśnień podtrzymując wolę zatrudnienia 10 osób niepełnosprawnych to mógłby ująć w kalkulacji jedynie 12 000 zł dofinansowania. Oczywiście skutkiem byłaby strata w wysokości niemal 24 000 zł netto miesięcznie.

Izba stwierdziła, że Przystępujący:

1. nie wyjaśnił ceny złożonej oferty,
2. zmienił treść oferty,
3. wyjaśnił cenę oferty po zmianie.

W tej sytuacji Izba uznała, że oferta Przystępującego zawierała rażąco niską cenę – bez zmiany ilości osób niepełnosprawnych, tj. bez zmiany treści oferty, Przystępujący nie byłby w stanie wykazać zysku z tytułu realizacji zamówienia.

Zarzut nr 3

Art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Złożenie przez Przystępującego wyjaśnień, z których wynikało, że zamierza on zatrudnić

50 zamiast 10 osób niepełnosprawnych, w ocenie Izby dowodziło zmiany treści oferty.

O ile niewątpliwym jest, że zmiana ta była niedozwolona, to brak jakichkolwiek przesłanek dających podstawę do automatycznego uznania, że działanie Przystępującego mogło wprowadzić Zamawiającego w błąd.

By uznać, że wypełnione zostały przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp Odwołujący musiałby wykazać, że Przystępujący przekazał Zamawiającemu informację nieprawdziwą,

tj. że nieprawdziwy był pierwotny zamiar zatrudnienia 10 osób niepełnosprawnych, bądź nieprawdziwa była informacja o zamiarze zatrudnienia 50 osób. Zmiana treści

oferty w świetle ustalonych faktów nie budzi wątpliwości, nie ma natomiast dowodów,

by tym samym doszło do zamiany informacji nieprawdziwej na prawdziwą albo prawdziwej na nieprawdziwą.

Zaakceptowanie przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez Przystępującego

i uznanie stanowiska Przystępującego za prawidłowe, nie było w ocenie Izby efektem działań mogących wprowadzać Zamawiającego w błąd, a skutkiem niezasadnego uznania,

że dopuszczalne było wyjaśnienie ceny oferty w oparciu o zmienioną – w stosunku

do formularza ofertowego - ilość osób niepełnosprawnych.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Zgodnie z art. 192 ust. 9 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 192 ust. 10 Pzp, strony ponoszą koszty postępowania

odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Zasada ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania oznacza, że obowiązuje w nim reguła

odpowiedzialności za wynik postępowania, według której koszty tego postępowania obciążają stronę przegrywającą. W przedmiotowej sprawie Izba częściowo oddaliła

i częściowo uwzględniła odwołanie.

Odwołanie zostało uwzględnione w zakresie dwóch zarzutów (zarzuty nr 1 i 2) oraz oddalone w zakresie jednego zarzutu (Zarzut nr 3). Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) oraz kwota 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiąca uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Łączne koszty postępowania odwoławczego wyniosły zatem 18 600,00 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100). Kwota ta, ze względu na ilość ww. uwzględnionych i oddalonych zarzutów odwołania została podzielona między stronami według proporcji:

1.2/3 po stronie Zamawiającego, który przegrał sprawę w zakresie dwóch zarzutów,

2.1/3 po stronie Odwołującego, który przegrał sprawę w zakresie jednego zarzutu.

Odwołujący odpowiadał za koszty postępowania jedynie do wysokości 6 200,00 zł (18 600 zł x 1/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 12 400 zł (18 600 zł x 2/3), stanowiącą różnicę pomiędzy całkowitą wysokością kosztów postępowania odwoławczego a kosztami postępowania, za jakie Odwołujący odpowiadał

w świetle jego wyniku.

.....