

Sygn. akt: KIO 2098/21

WYROK
z dnia 20 sierpnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lipca 2021 roku przez wykonawcę **Norge Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gorzowie Wielkopolskim**

przy udziale: wykonawcy **CLAR SYSTEM S.A. z siedzibą w Poznaniu** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu nr 2, tj. zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Norge Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Norge Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**, tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od odwołującego **Norge Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** na rzecz zamawiającego **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gorzowie Wielkopolskim** kwotę **782 zł 30 gr** (słownie: siedemset osiemdziesiąt dwa złote trzydzieści groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu pełnomocnika zamawiającego na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, ze 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:.....

Sygn. akt: KIO 2098/21

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gorzowie Wielkopolskim (zwany dalej: „zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Utrzymanie czystości wewnątrz obiektów i na terenach zewnętrznych oraz pielęgnacja terenów zielonych na rzecz Oddziału ZUS w Gorzowie Wielkopolskim i w podległych jednostkach organizacyjnych. Numer referencyjny: 110000/271/101/2021-ZAP* na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 maja 2021 roku pod numerem 2021/S 090-233263. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca - Norge Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwany dalej: „odwołującym” lub „Norge”) w dniu 12 lipca 2021 roku wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego z tego powodu, iż zdaniem zamawiającego, wyjaśnienia złożone przez odwołującego są sprzeczne i nie poparte dowodami w sytuacji, gdy wyjaśnienia złożone przez odwołującego stanowią spójną całość i są poparte dowodami, na podstawie których możliwe jest ustalenie, że cena spornej usługi nie jest rażąco niska;

2. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak podstaw do żądania wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do usług związanych z COVID-19, bowiem rzeczne usługi nie stanowią istotnych części składowych zamówienia,

a w konsekwencji naruszenie przepisu art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp i z pogwałceniem podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, tj. równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp).

W oparciu o powyższe odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy CLAR System S.A. z siedzibą w Poznaniu jako najkorzystniejszej;

2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Ponadto, wnosil o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego i dojazdu na rozprawę na podstawie faktury przedłożonej do akt sprawy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, co następuje.

W pierwszej kolejności odwołujący przytoczył wymagania zamawiającego określone w SWZ, a dotyczące liczby etatów

w ramach wykonywanych usług, stanowiących przedmiot zamówienia. Odwołujący odniósł się także do formularza cenowego przedstawionego we własnej ofercie, a następnie przedstawił stan faktyczny związany z wezwaniami kierowanymi przez zamawiającego do odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia kosztu za usługi związane z COVID-19 (pozycje „C” Formularza cenowego) i udzielonymi odpowiedziami na te wezwania. Odwołujący wskazał także na uzasadnienie decyzji zamawiającego o odrzuceniu jego oferty z dnia 1 lipca 2021 roku.

Zdaniem odwołującego, z oceną jego oferty, dokonaną przez zamawiającego i wyborem jako najkorzystniejszej konkurencyjnej oferty nie sposób się zgodzić.

Odwołujący, wskazując na brzmienie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, podkreślał, że żądanie wyjaśnień w przedmiocie istotnych części składowych ceny całkowitej może dotyczyć jedynie takiej części składowej, która ma istotne znaczenie dla skalkulowania ceny oferty. Stwierdził też, że istotność części składowej musi być oceniana na gruncie oferty danego wykonawcy, albowiem chodzi o „część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy”. Dopiero dokonanie oceny istotności części składowych w opisany sposób może stać się podstawą do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, przy założeniu, że budzą one wątpliwości.

W ocenie odwołującego, powyższa przesłanka nie zaktualizowała się w niniejszym stanie faktycznym. Natomiast zamawiający w sposób wadliwy dokonał oceny istotności części składowych ceny oferty wykonawcy w odniesieniu do usług związanych z COVID-19. Odwołujący podkreślił przy tym, że istotność części składowych może być oceniana wyłącznie w odniesieniu do ceny oferty konkretnego wykonawcy i dodał, że w przypadku jego oferty koszt usług związanych z COVID-19 stanowi ok. 8% wartości całego zamówienia. Tym samym, jego zdaniem, zamawiający nie miał podstaw, na gruncie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do wezwania odwołującego do wyjaśnienia ceny za świadczenie usług związanych z COVID-19, a skoro tak, to nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o wyjaśnienia, których żądanie było niezgodne z prawem.

Dodatkowo odwołujący podnosił, że zaniżenie ceny istotnych części składowych, a nawet uznanie, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną istotnych części składowych nie może być podstawą do uznania, że cena oferty jest rażąco niska. Dopiero bowiem uznanie, że cena istotnych części składowych i jej kalkulacja na określonym poziomie ma tak istotny wpływ na cenę oferty, iż daje to podstawy do przyjęcia, że mamy do czynienia z ceną nierealną, może stanowić podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy. Zdaniem odwołującego, zamawiający w ogóle takiego badania nie przeprowadził, tzn. nie badał, jaki wpływ miałyby cena za przedmiotowe usługi na cenę oferty zaoferowaną przez odwołującego.

Według odwołującego, powyższe powoduje, że czynność zamawiającego obarczona jest wadą, ponieważ zamawiający nie badał wpływu istotnych części składowych ceny na cenę całkowitą, zatem nie miał podstaw do przyjęcia, że cena oferty odwołującego, jak to wskazał w swojej decyzji, nie jest uzasadniona.

W ocenie odwołującego, powołane powyższej naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego stanowią wystarczający powód, aby uznać czynność odrzucenia oferty odwołującego za niezgodną z prawem. Zamawiający po pierwsze, nie miał podstaw do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, po drugie zaś, zamawiający nie badał, czy i ewentualnie, w jaki sposób, przy uznaniu przez zamawiającego, że cena za świadczenie usług związanych z COVID-19 jest rażąco niska, rzeczona cena ma wpływ na cenę całkowitą oferty.

W dalszej kolejności odwołujący podnosił, że ocena wyjaśnień odwołującego, dokonana przez zamawiającego, jest wadliwa.

Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem, że złożone przez niego wyjaśnienia są sprzeczne. Zdaniem odwołującego, są one spójne i pozostają w logicznym związku. Odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach z dnia 1 czerwca 2021 r. wskazał, że zamierza zatrudnić do świadczenia spornej usługi 4 osoby, zatrudnione na 3,75 etatu, zgodnie z wymaganiami zamawiającego i w wyjaśnieniach z dnia 11 czerwca 2021 r. oświadczenie to podtrzymał. Ponadto, w pierwszych wyjaśnieniach wskazał, że będzie korzystał z pomocy publicznej, jeśli idzie o pracowników zaangażowanych do realizacji usług związanych z COVID-19, wskazując na koszty zatrudnienia każdego z pracowników na poziomie 3.345,44 zł za etat i wysokości dofinansowania zatrudnienia każdego z pracowników w kwocie 2.100,00 zł na etat (dopłaty do wynagrodzeń z PEFRON - pomoc publiczna).

Z kolei w wyjaśnieniach z dnia 11 czerwca 2021 r. odwołujący ponownie zwrócił uwagę na powyższe, a więc podtrzymał złożone oświadczenie, dodatkowo wskazując, że są to procesy, które offshoruje i na dowód powyższego przedłożył oświadczenie piastuna spółki HR System Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, w którym potwierdzono, że przy realizacji zamówienia na rzecz zamawiającego będą brali udział pracownicy niepełnosprawni, posiadający orzeczenie o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności ze schorzeniami specjalnymi, którzy pozostają już w dyspozycji odwołującego. Wszystkie te osoby zatrudnione są na podstawie umowy o pracę, a odwołujący otrzymuje dofinansowanie do wynagrodzeń tychże pracowników z PEFRON.

Odwołujący podkreślił, że poziom pomocy publicznej kształtuje się na poziomie, na który wskazał w swoich pierwszych wyjaśnieniach i uzyskuje je odwołujący, a dodatkowo przedłożył *Informację o wysokości przysługującego miesięcznego dofinansowania do wynagrodzeń* z dnia: 01.03.2021 r., 06.04.2021 r., 04.05.2021 r., 08.06.2021 r. (wygenerowane z SODiR), niezależnie od tego, że poziom dofinansowania w powołanych okolicznościach wynika z przepisów prawa, na co zwracał uwagę odwołujący już w pierwszych wyjaśnieniach.

Zdaniem odwołującego, w przedstawionych okolicznościach, nie do przyjęcia jest stanowisko zamawiającego, że odwołujący podał nieprawdę w pierwszych wyjaśnieniach. Odwołujący konsekwentnie składał oświadczenia w obu wyjaśnieniach odnośnie kwoty zatrudnienia jednego pracownika na pełnym etacie i wysokości dofinansowania i wyjaśnienia te w tym zakresie są tożsame, a dodatkowo potwierdzone oświadczeniem piastuna spółki HR System Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. W wyjaśnieniach z dnia 11 czerwca 2021 roku odwołujący doprecyzował jedynie, iż „pracownicy offshorowani przez Hr System Sp. z o.o. objęci są dotacją przez ten podmiot, a bezpośrednim beneficjentem niższych kosztów zatrudnienia jest Norge Sp. z o.o. jako podmiot na rzecz którego w myśl kodeksu pracy pracę wykonują te osoby, stąd też zasadne jest posługiwanie się zagadnieniem udziału pomocy publicznej”. Doprecyzowanie okoliczności związanych z zatrudnieniem – w ocenie odwołującego – nie może stanowić podstawy do twierdzenia, że odwołujący we wcześniejszych wyjaśnieniach podał nieprawdę. Odwołujący nie uczynił powyższego przedmiotem szczegółowych wyjaśnień.

Następnie, odwołujący podkreślił, iż wyjaśnienia w przedmiocie kalkulacji ceny spornej usługi były konsekwentne i prawdziwe, i nie zmieniają tego okoliczności, które były przedmiotem doprecyzowania przez odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 11 czerwca 2021 r.

Odwołujący zwrócił też uwagę na fakt, że został wezwany przez zamawiającego do wyliczenia kosztu zatrudnienia 4 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę i w pierwszych wyjaśnieniach to uczynił, a potwierdził w kolejnych. Nie został natomiast wezwany do wyjaśnienia struktury zatrudnienia. Jednakże powołując się na strukturę zatrudnienia i dostrzegając, że zamawiający błędnie zinterpretował wyjaśnienia odwołującego w tej kwestii, odwołujący szczegółowo to opisał w wyjaśnieniach z dnia 11 czerwca 2021 r., popierając powyższe dowodami oraz dodatkowo wskazując, że u odwołującego *„jedyne dostępne w systemie ERP Comarch Optima zestawienie osób niepełnosprawnych wraz z informacją o wymiarze etatów oraz posiadanych grupach niepełnosprawności jest możliwe do wygenerowania poprzez zestawienia dedykowane dla zakładów pracy chronionej”*. Ze względów, o których mowa powyżej, odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem zamawiającego, że *„zmienił całkowicie wyjaśnienia dotyczące zaoferowanych cen”*. Podkreślił, że koszty zatrudnienia pracowników i świadczenia przez nich spornej usługi, wskazane w obu złożonych przez odwołującego wyjaśnieniach, są tożsame.

Natomiast, okoliczność, że odwołujący w pierwszych wyjaśnieniach nie wskazał, iż pracownicy, którymi się posługuje są zatrudnieni przez agencję pracy tymczasowej, nie może prowadzić do odrzucenia oferty odwołującego, bo po pierwsze, zamawiający nie wyzwał do wyjaśnień w tym przedmiocie, po drugie, jak wskazano wyżej, koszty te, jak również wielkość dofinansowania dostępna odwołującemu, niezależnie od struktury zatrudnienia, jest taka, na jaką wskazał odwołujący już w pierwszych wyjaśnieniach i co potrzymał w kolejnych. Zatem, zatrudnienie przez agencję pracy tymczasowej nie ma żadnego wpływu na prawidłowość przedstawionej przez odwołującego kalkulacji kosztów zatrudnienia pracowników, a tym samym na prawidłowość kalkulacji spornej usługi.

Odnosząc się do kwestii prowizji agencji pracy, odwołujący wyjaśnił, że nie ponosi żadnej prowizji. Jeśli zaś zamawiający miał w tym przedmiocie jakiegokolwiek wątpliwości winien wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień, w istocie przyjąć, zgodnie z wyjaśnieniami odwołującego, że żadnych obciążeń z tego tytułu w tym zakresie nie ponosi, a nie przypisywać mu negatywne skutki z powodu okoliczności, które stanowią jedynie przedmiot domniemań zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, odwołujący podnosił, że nie zgadza się z twierdzeniem, że przedstawione przez niego wyjaśnienia są nieprawdziwe, a dowody niewystarczające dla uzasadnienia realności zaoferowanej ceny. Odwołujący podkreślił, że złożył oświadczenia w tym przedmiocie, potwierdziła je również spółka HR System Sp. z o.o., dołączono również dokument urzędowy w postaci Informacji o wysokości przysługującego miesięcznego dofinansowania do wynagrodzeń osób niepełnosprawnych, przy czym żadnej z okoliczności podanych we wspomnianych dokumentach i oświadczeniach zamawiający nie zakwestionował, a w istocie pominął wskazane dowody. Zamawiający nie wskazał, z jakich powodów dowody złożone przez odwołującego są niewystarczające, pomimo że powinien podać, że określone okoliczności, podane przez odwołującego, z nich nie wynikają lub, że wynikają inne. Tym samym, twierdzenia zamawiającego są – zdaniem odwołującego – gołosłowne.

Odwołujący wskazał również, że zamawiający z jednej strony twierdzi, że podstawą odrzucenia oferty odwołującego jest złożenie sprzecznych wyjaśnień, z drugiej zaś przedłożenie niewystarczających dowodów, co z kolei potwierdza, że ocena dokonana przez zamawiającego jest dowolna.

Ponadto, odwołujący zauważył, że zamawiający w żaden sposób nie zakwestionował kosztów sprzętu.

Odnosnie kosztów środków chemicznych do dezynfekcji pomieszczeń, to, jak zauważył odwołujący, w informacji o odrzuceniu jego oferty nie znalazło się żadne twierdzenie zamawiającego, a zatem należy uznać, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego w tym przedmiocie zostały przez zamawiającego przyjęte. Z ostrożności procesowej wskazał jedynie, że w wyjaśnieniach koszty te zostały określone na poziomie 5 l preparatu do dezynfekcji za 25,00 zł, a odwołujący przedłożył oferty, z których wynika, że koszty te są realne.

Reasumując, odwołujący stwierdził, iż złożył wyjaśnienia, w zakresie żądanym przez zamawiającego i przedłożył dowody na poparcie artykułowanych przez siebie twierdzeń. Wyjaśnienia były konsekwentne i wyczerpujące, w żaden sposób nie zostały podważone przez zamawiającego, podobnie jak złożone dowody.

Podniósł też, że niezakwestionowanie przez zamawiającego żądanej kalkulacji spornej usługi, a więc niepodważenie zaoferowanej ceny, a oparcie się na okolicznościach niemających wpływu na rzeczoną kalkulację, jako podstawie odrzucenia oferty odwołującego, stanowi o wadliwości decyzji podjętej przez zamawiającego i udzieleniu zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami i z pogwałceniem podstawowych zasad związanych z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił jak w *petitum* odwołania.

Zamawiający w dniu 13 lipca 2021 roku przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią.

W dniu 16 lipca 2021 roku wykonawca CLAR SYSTEM S.A. z siedzibą w Poznaniu (zwany dalej „przystępującym”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego ww. wykonawcy spełnia wymogi określone w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i tym samym wykonawca ten stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W dniu 22 lipca 2021 roku zamawiający przekazał do Izby – za pośrednictwem poczty elektronicznej – odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

W dniu 18 sierpnia 2021 roku, w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, przystępujący złożył pisemne stanowisko w sprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 18 sierpnia 2021 roku z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż odwołanie podlega odrzuceniu - na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp - w zakresie zarzutu nr 2, tj. zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak podstaw do żądania wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do usług związanych z COVID-19, bowiem rzeczzone usługi nie stanowią istotnych części składowych zamówienia.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie zaś z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Izba uznała, że odwołujący winien był wnieść odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 w terminie 10-dniowym liczącym od daty wezwania. Jedynie w tym terminie odwołujący mógł kwestionować to, czy usługi związane z COVID-19 stanowią istotną część składową czy też nie i czy zamawiający był uprawniony do wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Za niedopuszczalne uznać należy możliwość kwestionowania podstaw wezwania po upływie tego terminu. Wykonawca złożył stosowne wyjaśnienia, które podlegały ocenie zamawiającego, a która znalazła następnie swój wyraz w decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy Norge. Przedmiotem rozstrzygnięcia w niniejszym postępowaniu odwoławczym jest zatem czynność zamawiającego z dnia 1 lipca 2021 roku, polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego w związku z dokonaną przez zamawiającego oceną wyjaśnień tego wykonawcy. Na tym etapie podnoszenie zarzutów co do podstaw samego wezwania do wyjaśnień ceny oferty należy uznać za spóźnione.

Samo wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, niezależnie od podstawy prawnej działania zamawiającego, ma kluczowe znaczenie dla wykonawcy. Jeżeli bowiem nie zgadza się on z zasadnością takiego wezwania, kwestionuje w ogóle możliwość powzięcia podejrzenia w stosunku do jego ceny, to powinien na tę czynność wnieść odwołanie.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała zarzut nr 2 za podniesiony z uchybieniem ustawowego terminu na wniesienie odwołania w tym zakresie.

Ponadto, Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty odwołującego, wezwania z dnia 27.05.2021r. skierowanego do odwołującego i odpowiedzi na to wezwanie z dnia 1.06.2021r., wezwania z dnia 8.06.2021r. skierowanego do odwołującego i odpowiedzi na to wezwanie z dnia 11.06.2021r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 1.07.2021r.

Skład orzekający Izby wziął także pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie przystępującego oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 18 sierpnia 2021 roku.

Izba ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi utrzymania czystości wewnątrz obiektów i na terenach zewnętrznych obiektów oraz pielęgnacja terenów zielonych w Oddziale Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Gorzowie Wielkopolskim i podległych mu jednostkach organizacyjnych.

Cena oferty najkorzystniejszej (spośród ofert nie podlegających odrzuceniu) opiewała na kwotę 2.847.366,72 zł brutto, cena oferty drugiej w kolejności – na kwotę 2.853.560,52 zł brutto i trzeciej – na kwotę 3.236.424,84 zł brutto.

Cena oferty wykonawcy Norge opiewała na kwotę 2.742.246,51 zł brutto. Jednocześnie wykonawca ten w złożonym Formularzu oferty w pkt 1.6. Formularz cenowy wycenił usługi związane z COVID-19 (za 1 miesiąc) na kwotę 6.400 zł na wszystkich obiektach ZUS w Gorzowie Wlkp. objętych przedmiotem zamówienia; tj. Budynek Oddziału ZUS w Gorzowie Wlkp. – 1.600 zł brutto; Budynek Inspektoratu ZUS w Sulęcinie, ul. Witosza 21 – 1.600 zł brutto; Budynek Inspektoratu ZUS w Sulęcinie ul. Lipowa 16A – 250 zł brutto; Budynek Inspektoratu ZUS w Sulęcinie ul. Lipowa 16B – 250 zł brutto; Budynek Inspektoratu ZUS w Słubicach – 900 zł brutto; Budynek Biura Terenowego ZUS w Strzelcach Kraj. – 900 zł brutto i Budynek Biura Terenowego ZUS w Międzyrzeczu – 900 zł brutto.

Natomiast zamawiający oszacował miesięczny koszt usług związanych z COVID-19 we wszystkich obiektach Oddziału ZUS w Gorzowie Wlkp. na kwotę brutto 17.750 zł brutto.

W dniu 27 maja 2021 roku zamawiający wezwał odwołującego – na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp – do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia kosztu części zamówienia, tj. usług w zakresie czynności związanych z dezynfekcją pomieszczeń wykonywaną w czasie ogłoszonego stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii wywołanych przez choroby zakaźne w tym COVID-19. Zamawiający wskazał, że wyliczenia kosztu przedmiotowej części zamówienia winny uwzględniać co najmniej:

- koszt zatrudnienia min. 4 osób (3,75 etatu), zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w rozumieniu ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, z co najmniej minimalnym wynagrodzeniem ustalonym na podstawie art. 6 – 8 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- koszt środków chemicznych do dezynfekcji pomieszczeń.

Ponadto, w ww. wezwaniu zamawiający wskazywał, że zaoferowane przez odwołującego ceny za usługi związane z COVID-19 (pozycje „C” Formularza cenowego), stanowiące istotną część składową ceny całkowitej za wykonanie przedmiotu zamówienia, są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zauważył, że oszacował miesięczny koszt ww. usług we wszystkich obiektach Oddziału ZUS w Gorzowie Wlkp. na kwotę brutto 17.750,00 zł, natomiast z oferty Norge Sp. z o.o. wynika, że wykonawca wycenił te usługi na kwotę 6.400,00 zł brutto miesięcznie. Podał, że jego wątpliwości budzi fakt, że zgodnie z SWZ pkt 2.1.7.1. oraz pkt 2.1.7.3. wymagane

jest, aby usługa stanowiąca przedmiot zamówienia, w zakresie czynności związanych z dezynfekcją pomieszczeń wykonywana w czasie ogłoszonego stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii wywołanych przez choroby zakaźne w tym COVID-19, była wykonywana przez minimum 4 osoby (3,75 etatu), zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, z co najmniej minimalnym wynagrodzeniem.

Pismem z dnia 1 czerwca 2021 roku odwołujący złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego wskazując w pierwszej kolejności, że nie zaproponował rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Cena jego oferty nie jest niższa o 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, zatem zarzut zastosowania rażąco niskiej ceny jest chybiony. Odwołujący ponadto sprzeciwił się użyty przez zamawiającego stwierdzeniom o tym, że zaoferowane przez Norge ceny za usługi związane z COVID-19 (pozycje „C” Formularza cenowego) są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia bez zbadania złożonych w tej materii wyjaśnień. Odwołujący podkreślił też, że usługi związane z COVID-19 nie mogą być traktowane jako istotne części składowe zamówienia zarówno pod względem ilościowym, jak i wartościowym.

Następnie odwołujący zwrócił uwagę, że w usługach sprzątania najbardziej istotną częścią zamówienia są wynagrodzenia. W ocenie odwołującego miesięczna kwota przeznaczona przez zamawiającego na realizację tej części zamówienia w wysokości 17.750,00 zł, dająca kwotę 4.733,33 zł przeliczeniowo na etat, jest rażąco zawyżona w stosunku do kwoty minimalnej wynagrodzenia za pracę, która wynosi dla pracodawcy 3.345,44 zł, oraz jakiegokolwiek standardu rynkowego (nawet publikowanych danych GUS w zakresie wynagrodzenia). Zauważył, że praktyka rynku usług sprzątania jest taka, że osoby wykonujące te usługi zatrudniane i rozliczane są wg stawek minimalnego wynagrodzenia. Odwołujący podniósł także, że zamawiający w swoim wezwaniu nie odnosi się również do ceny ofertowej całego zadania, która powinna stanowić podstawę oceny ewentualnego zastosowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny. Zgodnie zaś z SWZ kryterium oceny ofert jest łączna cena ofertowa brutto, a jak pokazuje informacja z otwarcia ofert wszystkie oferty a zwłaszcza 3 są bardzo zbliżone do siebie. Odwołujący dodał, że zamawiający nie wskazał w swoim wezwaniu podstawy i odniesienia w oparciu o które stwierdza, że istotne części składowe zamówienia zaoferowane przez wykonawcę wydają się rażąco niskie oraz co powoduje, że budzą wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. Wskazał też, że brak szczegółowego kosztorysu realizacji zadania uniemożliwił zamawiającemu ustalenie wartości istotnych części zamówienia i ich wartości a następnie ocenienie tego elementu cenotwórczego jako noszącego znamiona rażąco niskiej ceny. Jego zdaniem żądanie wyjaśnień w zakresie wyliczenia kosztu usług w zakresie czynności związanych z dezynfekcją pomieszczeń wykonywaną w czasie ogłoszonego stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii wywołanych przez choroby zakaźne w tym COVID-19 oznacza, że zamawiający oczekuje przedstawienia szczegółowego kosztorysu, który nie był elementem oferty wymaganej SWZ.

Następnie odwołujący oświadczył, że cena ofertowa jest realna, adekwatna, rynkowa i pozwoli wykonać zamówienie z należytą starannością, zgodnie z rynkowymi standardami oraz zgodnie z warunkami opisanymi w SWZ. Zaoferowana cena zawiera koszty zatrudnienia na umowy o pracę w oparciu o Kodeks Pracy i rozporządzenia wykonawcze, a także preparaty i środki potrzebne do należytego wykonania zamówienia zgodnie z SWZ.

Odwołujący wskazał także na założenia sprzyjające wykonaniu zamówienia, w tym m.in. na: realizację zadań metodologią projektową; trzymanie się standardów realizacji wg wdrożonych procedur ISO oraz programu Gwarant Czystości Polskiej Izby Gospodarczej Czystości oraz TÜV Rheinland; znajomość obiektów z ogólnym; realizację analogicznych zamówień w bezpośrednim sąsiedztwie placówek zamawiającego; doświadczenie; posiadanie swojej jednostki organizacyjnej w Gorzowie Wlkp, Poznaniu, Ślubicach i Zielonej Górze i obsługa koordynacyjna projektu przez tę jednostkę; wykorzystanie posiadanych na magazynach zasobów sprzętowych; oparcie realizacji zadań na środkach czystości i artykułach higienicznych dostarczanych przez firmę Merida Sp. z o.o. bezpośrednio na obiekty (koszt 5 l preparatu do dezynfekcji to 25,00 zł, zakładane zużycie miesięczne 100l); wykorzystanie opracowanych i sprawdzonych planów higieny i dezynfekcji; uznanie zamówienia za strategiczne i najważniejsze z punktu widzenia Spółki z uwagi na skalę realizacji oraz długość trwania kontraktu; maksymalne pozyskanie środków zewnętrznych związanych z obszarem zatrudnienia i wyrównywaniem szans osób niepełnosprawnych; zastosowanie praktyk i doświadczeń z realizacji analogicznego zamówienia; przyjęto wysokość kosztów wynagrodzenia w kwocie 3.345,44 zł brutto/ etat; przyjęto zgodnie z rzeczywistymi kosztami, że miesięczne wyposażenie pracownika w podstawowe narzędzia pracy wynosi 8,60 zł/os.; założenie dostarczenia środków zgodnych z wytycznymi GIS, których ilość zależna będzie od bieżącego zużycia na obiekcie, w oparciu o atrakcyjne i indywidualne ceny zakupu (firma Merida Sp. z o.o.); Spółka na każdym obiekcie objętym zadaniem oraz na każdym elemencie tego zadania ma założony zadawalający zysk, który przy skali zamówienia daje bardzo satysfakcjonujący łączny efekt; kalkulacja cenowa dla całości zawiera wszystkie wymagania SWZ oraz wykonanie usług w najwyższych standardach rynkowych.

W pkt 19 Założeń sprzyjających wykonaniu zamówienia wykonawca podał: „Kolumna tabeli kalkulacyjnej Przychody PP dotyczy pomocy publicznej, którą obecnie uzyskuje Wykonawca. Przy realizacji zamówienia publicznego zakładamy wykorzystanie posiadanego potencjału osobowego, do wynagrodzenia, którego pobierane są dopłaty do wynagrodzeń z PFRON (udział pomocy publicznej). Założono z uwagi na priorytet realizacjizadania, że skierujemy do pracy posiadanych przez siebie pracowników posiadających umiarkowany stopień niepełnosprawności ze schorzeniem specjalnym – kwota dofinansowania 2.100 zł/etat.”.

Następnie odwołujący przedstawił szczegółową kalkulację cenową dla 1-mca w postaci tabelarycznej wskazując na następujące wartości:

Ilość osób – 4;
Wymiar etatów – 3,75;
Koszt sprzętu – 34,40;
Koszt chemii – 500,00
Razem koszty – 12.795,40
Przychody PP – 7.875,00
Przychody kontrakt – 6.400,00
Razem przychody – 14.275,00
Zysk – 1.479,60

Dalej odwołujący wskazał w swoich wyjaśnieniach, że: „Realizacja zamówienia pozwoli Wykonawcy, z uwagi na bardzo

sprzyjające okoliczności realizacji zamówienia, obszar zatrudnienia oraz wypracować oczekiwany zysk oraz należycie zrealizować zamówienie wykorzystując posiadane przewagi konkurencyjne w postaci zatrudnionych osób, w stosunku do których pobierana jest pomoc publiczna. (...)

W zakresie pomocy publicznej, z której Spółka korzysta oraz dalej będzie wykorzystywała przy realizacji zamówienia przedstawiamy dowód w postaci zestawienia pracowników niepełnosprawnych, do których pobierane są dopłaty do wynagrodzenia oraz kosztów zatrudnienia. Wyjaśniam, że rzeczona informacja stanowi informację o wynagrodzeniach, zatrudnieniu, stopniach i rodzaju niepełnosprawności pracowników niepełnosprawnych w rozumieniu przepisu art. 26c ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 426 ze zm. Dodatkowo wskazać należy, że kwoty miesięcznego dofinansowania wynikają z przepisów prawa (art. 26a powołanej ustawy).

Nasza Spółka mogła zaoferować preferencyjną cenę dla Zamawiającego albowiem przy realizacji zadań objętych niniejszym postępowaniem ma zamiar korzystać z osób, które ma zatrudnione i do wynagrodzenia, których osób pobieramy dofinansowanie do wynagrodzeń z PFRON z uwagi, że pracownicy Nasi posiadają orzeczenia o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym na choroby tzw. Specjalne. Wysokość dofinansowania 1 etatu to 2.100 zł /mc. Zdecydowanie uważamy, że zakładany przez Nas czas pracy na realizację zamówienia jest wystarczający (założyliśmy również zapas czasu pracy) do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Założony przez Nas czas pracy jest tożsamy z godzinami sprzątania obiektów wskazanymi przez Zamawiającego w OPZ. Gdyby się okazało, że założony czas pracy należy zwiększyć, to poniższa kalkulacja pokazuje, że posiadamy wystarczający wysoki budżet projektu, aby podnieść łączny wymiar etatów i czasu pracy. Nasza Spółka w swojej polityce organizacyjnej przedsiębiorstwa przeznaczają i płaci za efektywny czas pracy pracownika. Zaznaczam przy tym, że Nasza Spółka zatrudnia tylko i wyłącznie pracowników w oparciu o umowę o pracę i nie stosuje innych form zatrudnienia. Zakładamy, że wymiar czasu pracy 8/8 to średnio 40 h tygodniowo a 160 h miesięcznie wykonywanych obowiązków przez pracownika. Nasza firma dzięki kalkulacji i znalezieniu dodatkowego źródła przychodów zadania zoptymalizowała cenę ofertową.”

Następnie wskazywał, że również znamienne i kluczowe w poczynionych przez niego założeniach jest to, że chce niniejsze zamówienie uczynić strategicznym w posiadanym portfelu i wykorzystać przy jego realizacji całą swoją wiedzę, technologię oraz procesy ISO. Odwołując podkreślił, że cena ofertowa zawiera wszystkie koszty realizacji przedmiotu zamówienia wymagane przez SWZ, OPZ i wzorze umowy, a ponadto zawiera elementy płynące z rozwiązań technologicznych wykonawcy a także jego doświadczenia i najlepszej wiedzy. Wskazał również, że po stronie przychodów dla wszystkich zadań, pomoc publiczna stanowi istotną część przychodu, większą aniżeli wartość kontraktu z zamawiającym. Zauważył też, że Spółka w swojej praktyce nie wylicza dedykowanej sztywnej ilości środków chemicznych i artykułów higienicznych, lecz tworzy takie zapasy i dostawy aby zawsze była dostępność tego asortymentu na obiektach. Następnie wskazał, iż: „Nasza firma specjalizuje się w pozyskiwaniu dodatkowych środków finansowych pod realizowane zadań z PFRON. Tym samym realizując zadanie bardzo często się okazuje, że wysokość dofinansowań przewyższa dochód z projektów. Należy również wskazać, że Zamawiający określa wymagania co do czasu pracy, wykonania czynności zmierzających do osiągnięcia oczekiwanego efektu dezynfekcji. Niezależnie od powyższego Wykonawca podkreśla, że zaangażowanie czasowe personelu Wykonawcy, skierowanego do realizacji zamówienia jest wystarczające dla należytego wykonania poszczególnych zadań, co potwierdza również dotychczasowa współpraca Zamawiającego z Wykonawcą. (...)

Do wykonywania przedmiotu zamówienia nie jest wymagany personel o specjalistycznym wykształceniu i umiejętnościach. Tym samym koszty zatrudnienia są również minimalne. Nasza firma posiada liczne projekty, na których wymagana jest obecność koordynatora, co przedkłada się na rozłożenie kosztów zatrudnienia nadzoru na kilka zadań. (...)

Spółka Wykonawcy będzie otrzymywała z racji zatrudnienia dofinansowanie do wynagrodzeń swoich pracowników. Szczegółowa wysokość dotacji została wyliczona powyżej. Przy realizacji zadania kwota ta będzie obniżała o tą kwotę budżet zadania w zakresie kosztów pracy i wynagrodzeń pracowników. Kwota ta pochodzi z refundacji do kosztów wynagrodzenia pracowników ze środków PFRON. Poprzez współpracę z firmą Merida, nasza Spółka nie ponosi kosztów logistyki i zaopatrzenia. Jesteśmy jednym z topowych klientów tej firmy w regionie, co przyczynia się do uzyskiwania bardzo atrakcyjnych cen zakupu. Jednocześnie bardzo korzystne dla Nas jest w pozyskaniu tego Zamówienia fakt, że umowa obejmuje okres długoterminowy tj. 36 mcy. Tym samym jest to w Naszym rozumieniu kolejna umowa długoterminowa, która wpłynie na wynik finansowy firmy oraz zagwarantuje firmie długoterminowy stały wpływ finansowy oraz stabilność uzyskanego zlecenia wykonywanego dla stabilnego partnera. Są to bardzo ważne kryteria inżynierii finansowej oraz przyjętej polityki Naszej firmy. Wypracowane doświadczenia z PFRON w kontekście przyjętej polityki kadrowej firmy pozwala Naszej firmie obniżyć znacząco koszty zatrudnienia. Polityka kadrowa Naszej firmy polega na aktywizacji zawodowej niepełnosprawnych. Taki rodzaj przyjętej strategii pozwala czerpać wymierne korzyści dodatkowe z pomocy publicznej. Doświadczenie Naszej firmy, oraz innych podmiotów pokazuje, że aktywizacja w/w grup społecznych pozwala czerpać dodatkowe korzyści finansowe, a z punktu widzenia jakości świadczenia usług wyselekcjonować osoby, doświadczone, z motywacją do pracy, oraz wysokimi umiejętnościami ogólnymi.”

Podsumowując stwierdził, że nie zaproponował rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, a zaproponowana cena jest odzwierciedleniem cen rynkowych oraz możliwych do zaproponowania cen przez niego, a także powołał się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Pismem z dnia 8 czerwca 2021 roku zamawiający zwrócił się do wykonawcy Norge z kolejnym wezwaniem, wskazując, że nie przedstawił on dostatecznych dowodów uzasadniających zaoferowaną wysokość cen. Zamawiający podkreślił, że złożone wyjaśnienia nie zostały w sposób wystarczający skonkretyzowane i poparte dowodami.

Podniósł, że wykonawca wyjaśnia, że koszt zakupu 5 litrów preparatu do dezynfekcji to 25,00 zł, tymczasem ceny wynikające z załączonych faktur zakupu są znacznie wyższe.

Ponadto, jako główny składnik cenotwórczy przedmiotowych usług wykonawca podaje koszty zatrudnienia pracowników oraz wyjaśnia, że do realizacji zamówienia zamierza skierować „posiadanych przez siebie pracowników posiadających umiarkowany stopień niepełnosprawności, ze schorzeniem specjalnym”, do wynagrodzenia których otrzymuje dopłaty z PFRON (pomoc publiczna), przy czym jako dowód załączył sporządzoną przez siebie „miesięczną strukturę zatrudnienia dla zakładów pracy chronionej”. Zdaniem zamawiającego, dokument taki nie potwierdza przyznanej wykonawcy pomocy publicznej, a ponadto nie widnieje on w wykazie pracodawców posiadających status zakładu pracy

chronionej. Nie widnieje też w systemie SUDOP jako beneficjent Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych.

Wobec powyższego zamawiający wezwał wykonawcę do przedstawienia innych, wiarygodnych dowodów, potwierdzających otrzymaną pomoc publiczną.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Norge pismem z dnia 11 czerwca 2021 roku złożył kolejne wyjaśnienia wskazując m.in., że: „Cena ofertowa zawiera w sobie pomoc publiczną uzyskiwaną z tytułu wykonywania pracy przez pracowników niepełnosprawnych w Norge Sp z o.o. Potwierdzenie powyższe zawiera oświadczenie Spółki HR System Sp z o.o wraz z przedstawioną strukturą zatrudnienia w piśmie z dnia 01.06.2021 oraz informacją z PFRON o wysokości otrzymanej pomocy publicznej z tytułu, że osoby wskazane w/w zestawieniu wykonują czynności pracownicze na rzecz Norge Sp z o.o. Norge Sp z o.o offshoruje, co zostało wskazane w piśmie z dnia 01.06.2021 procesy pracownicze od HR System Sp z o.o, która wpisana jest do podmiotów agencji pracy tymczasowej pod numerem 25713. W swoim oświadczeniu Hr System Sp zo .o potwierdza zarówno koszt pracy jaki ponosi Norge Sp z o.o jak i przedstawia uzupełniając do przekazanej struktury zatrudnienia informacje o wysokości otrzymanej pomocy publicznej. Tym samym mylnie jest twierdzenie Zamawiającego, że cena ofertowa nie zawiera kosztów płacy w myśl przepisów kodeksu pracy. Wyjaśniam jednocześnie, że Norge Sp z o.o nie jest zakładem pracy chronionej wbrew twierdzeniom Zamawiającego oraz, nigdzie w swoich wyjaśnieniach nie wskazywał na taką okoliczność. Przedstawiona w piśmie z dnia 01.06.2021 struktura zatrudnienia mogła na to wskazywać, lecz z uwagi, że pracownicy wykonujący pracę w Norge Sp z o.o objęci są wsparciem dotacyjnym z PFRON i przypisani są do wykonywania prac w Naszej Spółce jedyne dostępne w systemie ERP Comarch Optima zestawienie osób niepełnosprawnych wraz z informacją o wymiarze etatów oraz posiadanych grupach niepełnosprawności jest możliwe do wygenerowania poprzez zestawienia dedykowane dla zakładów pracy chronionej. Nasza Spółka nie posiada takiego statusu, jednak to nasi offshorowani pracownicy przypisani do Naszej Spółki posiadają orzeczenia oraz pobierane są do ich wynagrodzeń wynagrodzenia. Wliczenie pomocy publicznej do ceny ofertowej przez Norge Sp z o.o jest w pełni zasadne albowiem nasi ofshorowani pracownicy objęci są pomocą publiczną w zakresie dofinansowania do wynagrodzeń (w załączeniu informacje z PFRON). Doprecyzowuje, że pracownicy offshorowani przez Hr System Sp z o.o objęci są dotacją przez ten podmiot, a bezpośrednim beneficjentem niższych kosztów zatrudnienia jest Norge Sp z o.o jako podmiot na rzecz którego w myśl kodeksu pracy pracę wykonują te osoby, stąd też zasadne jest posługiwanie się zagadnieniem udziału pomocy publicznej.”

Z kolei w zakresie ceny zakupu preparatów do dezynfekcji Norge załączył do wyjaśnień dodatkowe oferty handlowe.

Pismem z dnia 1 lipca 2021 roku zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę CLAR SYSTEM S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy NORGE Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty wykonawcy Norge zamawiający wskazywał m.in., że wykonawca ten: „w pierwszych wyjaśnieniach z dnia 01.06.2021 r., uzasadniał poziom zaoferowanych cen otrzymywaną pomocą publiczną. Wykonawca wielokrotnie podkreślał, że posiada pracowników z niepełnosprawnością, do wynagrodzenia których otrzymuje dopłaty z PFRON. Wyjaśnień swoich nie poparł jednak żadnym wiarygodnym dowodem. Zamawiający pismem z dnia 08.06.2021 r. wezwał Wykonawcę NORGE Sp. z o.o. do przedstawienia wiarygodnych dowodów, potwierdzających otrzymaną pomoc publiczną.

NORGE Sp. z o.o. w piśmie z dnia 11.06.2021r. oświadcza, że: „Norge Sp. z o.o. offshoruje, co zostało wskazane w piśmie z dnia 01.06.2021 procesy pracownicze od HR System Sp. z o.o. ...”. Powyższe stwierdzenie nie jest jednak prawdziwe, ponieważ w piśmie z 01.06.2021 r. Wykonawca jedynie napomknął, że „Spółka wiele procesów offshoruje”. Nie ma natomiast żadnej informacji o tym, że NORGE Sp. z o.o. pozyskuje pracowników z agencji pracy tymczasowej. Wręcz przeciwnie, Wykonawca wielokrotnie podkreślał, że do realizacji zamówienia skieruje „posiadanych przez siebie pracowników” z orzeczonym stopniem niepełnosprawności, do wynagrodzenia których otrzymuje dopłaty z PFRON. Co więcej, Wykonawca oświadczył, że „Nasza firma specjalizuje się w pozyskiwaniu dodatkowych środków finansowych pod realizowane zadań z PFRON.” W świetle powyższego, zdaniem Zamawiającego, Wykonawca nie odpowiedział na wezwanie z dnia 08.06.2021 r., tj. nie przedstawił dowodów świadczących o uzyskiwanej przez niego pomocy publicznej, które miałyby potwierdzać oświadczenie Wykonawcy z dnia 01.06.2021 r. Wykonawca w piśmie z dnia 11.06.2021 r. zmienił całkowicie wyjaśnienia dotyczące zaoferowanych cen, są one sprzeczne z wyjaśnieniami z dnia 01.06.2021 r. i nie znajdują odzwierciedlenia w przedstawionej w pierwszym piśmie tabeli kalkulacyjnej; m. in. nie ma tam wyszczególnionej prowizji dla agencji pracy oraz nie ma mowy o tym, że pracownicy zatrudnieni są przez agencję pracy tymczasowej. Zdaniem Zamawiającego, Wykonawca uzasadniając wysokość oferowanych przez siebie cen, nie może powoływać się na pomoc publiczną, otrzymywaną przez inny podmiot. Zgodnie z wyrokiem NSA z dnia 23 maja 2014 r., sygn. akt II FSK 765/13, w sytuacji zawarcia umowy o pracę tymczasową pracodawcą pracownika tymczasowego jest agencja pracy tymczasowej (podmiot używający), nie zaś pracodawca użytkownik.”

Zamawiający powołał się także na opinię Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którą ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej.

Reasumując, zamawiający stwierdził, że jego zdaniem, wykonawca Norge na wezwania odpowiedział w sposób co najmniej mało staranny, nierzetelny, a jego wyjaśnienia są sprzeczne i nie poparte dowodami. W konsekwencji odrzucił ofertę wykonawcy Norge na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8, w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, ponieważ złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny

Izba zważyła co następuje.

Odrzucenie w zakresie zarzutu nr 1, tj. zarzutu naruszenia art. 226 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego z tego powodu, iż zdaniem zamawiającego, wyjaśnienia złożone przez odwołującego są sprzeczne i nie poparte dowodami w sytuacji, gdy wyjaśnienia złożone przez odwołującego stanowią spójną całość i są poparte dowodami, na podstawie których możliwe jest ustalenie, że cena spornej usługi nie jest rażąco niska, podlega oddaleniu.

Odrzucenie w zakresie zarzutu nr 2 podlega odrzuceniu, o czym była mowa powyżej.

Zgodnie z art. 226 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Należy też zwrócić uwagę na przepis art. 224 ust. 5 zgodnie z którym obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Jednocześnie, jak wynika z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Przy czym art. 224 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, że wyjaśnienia te mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, 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 2020 r.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie części składowe. To na wykonawcy spoczywa obowiązek udzielenia wyjaśnień rzetelnych, dotyczących okoliczności, które wpłynęły na stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny nie było uzasadnione (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2021 roku, sygn. akt: KIO 600/21).

Należy podkreślić, że wykonawca jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. W przypadku współpracy z podmiotami trzecimi, w sytuacji, gdy ma to znamienny wpływ na obniżenie ceny oferty wykonawcy, należy także tą okoliczność uczynić przedmiotem wyjaśnień, a także przedstawić stosowne dowody pochodzące od tych podmiotów, potwierdzające korzystne warunki współpracy wpływające na niską cenę lub koszt.

Nie budzi też wątpliwości kwestia dopuszczalności powtórnego wezwania do wyjaśnień, z tym zastrzeżeniem, że jest to dopuszczalne w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości do wyjaśnienia, nie może natomiast prowadzić to do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia niekompletne czy niepotwierdzające prawidłowości ceny.

W rozpoznawanej sprawie Izba podzieliła ocenę wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę Norge, a dokonaną przez zamawiającego, uznając, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Wykonawca Norge składając wyjaśnienia nie dochował należytej staranności, a ocena zamawiającego, że są one nierzetelne, sprzeczne i nie poparte dowodami jest jak najbardziej uzasadniona.

W ramach wyjaśnień z dnia 1 czerwca 2021 roku, złożonych w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego, wykonawca Norge wielokrotnie stwierdzał i podkreślał okoliczność, że przy realizacji zamówienia ma zamiar korzystać z osób, które ma zatrudnione i do wynagrodzenia których pobiera (jako Spółka) pomoc publiczną (dofinansowanie z PFRON). Wykonawca w wyjaśnieniach tych używał sformułowań typu: „pracownicy Nasi”, „wykorzystując posiadane przewagi konkurencyjne w postaci zatrudnionych osób, w stosunku do których pobierana jest pomoc publiczna”, „Kolumna tabeli kalkulacyjnej Przychody PP dotyczy pomocy publicznej, którą obecnie uzyskuje Wykonawca”, „Nasza Spółka (...) ma zamiar korzystać z osób, które ma zatrudnione i do wynagrodzenia, których osób pobieramy dofinansowanie do wynagrodzeń z PFRON”, „Nasza Spółka zatrudnia tylko i wyłącznie pracowników w oparciu o umowę o pracę i nie stosuje innych form zatrudnienia”, „Spółka Wykonawcy będzie otrzymywała z racji zatrudnienia dofinansowanie do wynagrodzeń swoich pracowników. Szczegółowa wysokość dotacji została wyliczona powyżej”. Wykonawca podnosił także, że specjalizuje się w pozyskiwaniu dodatkowych środków finansowych pod realizowanie zadań z PFRON i wskazywał, że: „realizując zadanie bardzo często się okazuje, że wysokość dofinansowań przewyższa dochód z projektów”, a także, iż: „Wypracowane doświadczenie z PFRON w kontekście przyjętej polityki kadrowej firmy pozwala Naszej firmie obniżyć znacząco koszty zatrudnienia”.

Treść wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego wskazywała zatem, że to wykonawca Norge jest pracodawcą osób niepełnosprawnych, które zamierza skierować do realizacji zamówienia oraz, że uzyskuje w stosunku do nich pomoc publiczną w postaci dofinansowania z PFRON. Żaden fragment złożonych wyjaśnień z dnia 1 czerwca 2021 nie wskazywał - nawet pośrednio - że wykonawca zamierza korzystać z pracowników agencji pracy tymczasowej i, że to nie on jest bezpośrednim beneficjentem pomocy publicznej. Jedyne podmioty trzecie, które pojawiają się w wyjaśnieniach tego wykonawcy to firma Merida. Dzięki współpracy z tym podmiotem Spółka wykonawcy miała nie ponosić kosztów logistyki i zaopatrzenia.

Nie znajduje potwierdzenia w treści powyższych wyjaśnień, argumentacja przywoływana w ramach drugich wyjaśnień z dnia 11 czerwca 2021 roku, złożonych w odpowiedzi na ponowne wezwanie zamawiającego, a podnoszona również w ramach odwołania, jakoby wykonawca już w wyjaśnieniach z dnia 1 czerwca 2021 roku zwracał uwagę na okoliczność pozyskiwania pracowników do których pobierana jest pomoc publiczna od podmiotu trzeciego (agencji pracy

tymczasowej) – na podstawie procesu offshoringu. Po pierwsze, jak słusznie zauważył przystępujący, zgodnie z definicją dostępną choćby na Wikipedii czy w Encyklopedii Zarządzania (zawartą na powszechnie dostępnych stronach internetowych), „offshoring” należy rozumieć jako „przeniesienie wybranych procesów przedsiębiorstwa za granicę”, czy też „proces, który polega na wytwarzaniu usług na terytorium innego państwa niż kraj, z którego pochodzi przedsiębiorstwo”. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Po drugie, sformułowania „wiele procesów offshoruje” wykonawca Norge użył tylko raz w swoich wyjaśnieniach z dnia 1 czerwca 2021 roku w odniesieniu do bliżej niezidentyfikowanych procesów, wskazując jedynie, że: „Spółka nie posiada rozbudowanej zbędnej struktury administracyjnej i wiele procesów offshoruje, co prowadzi do znaczącego obniżenia kosztów pośrednich i własnych”. W ogóle nie odnosił tego sformułowania do wcześniejszych stwierdzeń w zakresie zatrudnienia osób niepełnosprawnych.

Z powyższego wynika, że pierwsze wyjaśnienia nie dawały podstaw do uznania, że wykonawca nie bazuje na zatrudnionych przez siebie pracownikach i nie jest bezpośrednim beneficjentem pomocy publicznej. Jednocześnie załączone do tych wyjaśnień dowody nie potwierdzały, że podmiot ten uzyskuje pomoc publiczną i to w określonej wysokości. Jedyнным dowodem w istocie był wykaz zatytułowany: „Miesięczna struktura zatrudnienia dla zakładów pracy chronionej raport za maj 2021”, w którego nagłówku widniała jedynie nazwa wykonawcy: „NORGE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością”, a dokument podpisany był przez osobę uprawnioną do reprezentowania NORGE. Nie budzi więc zdziwienia to, że zamawiający uznał, mając na uwadze treść wyjaśnień z 1 czerwca 2021 roku, jak i załączone do nich dowody, że wykonawca Norge wskazuje na swoją Spółkę jako na zakład pracy chronionej.

Z kolei z ustaleń dokonanych przez zamawiającego we własnym zakresie wynikało, że po pierwsze, wykonawca Norge nie widnieje w wykazie pracodawców posiadających status zakładu pracy chronionej, a po drugie, wykonawca Norge nie widnieje w systemie SUDOP (System Udostępniania Danych o Pomocy Publicznej) jako beneficjent Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych. W związku z powyższym zamawiający w dniu 8 czerwca 2021 roku wezwał wykonawcę Norge do przedstawienia innych, wiarygodnych dowodów, potwierdzających otrzymaną pomoc publiczną.

Tymczasem, wykonawca Norge składając ponowne wyjaśnienia z dnia 11 czerwca 2021 roku wyjaśnił, że „Cena ofertowa zawiera w sobie pomoc publiczną uzyskiwaną z tytułu wykonywania pracy przez pracowników niepełnosprawnych w Norge Sp. z o.o. Potwierdzenie powyższe zawiera oświadczenie Spółki HR System Sp z o.o. wraz z przedstawioną strukturą zatrudnienia w piśmie z dnia 01.06.2021 oraz informacją z PFRON o wysokości otrzymanej pomocy publicznej z tytułu, że osoby wskazane w ww zestawieniu wykonują czynności pracownicze na rzecz Norge Sp z o.o. Norge Sp z o.o. offshoruje, co zostało wskazane w piśmie z dnia 01.06.2021 procesy pracownicze od HR System Sp z o.o., która jest wpisana do podmiotów agencji pracy tymczasowej pod numerem 25713. W swoim oświadczeniu Hr System Sp z o.o. potwierdza zarówno koszt pracy jaki ponosi Norge Sp z o.o. jak i przedstawia uzupełniając do przekazanej struktury zatrudnienia informacje o wysokości otrzymanej pomocy publicznej”. Znamienne jest także, że oświadczenie złożone w imieniu Spółki HR System Sp. z o.o. datowane jest na dzień 10 czerwca 2021 roku.

W ocenie Izby nie sposób uznać, aby wyjaśnienia wykonawcy Norge z dnia 11 czerwca 2021 roku stanowiły jedynie doprecyzowanie i uzupełnienie pierwszych wyjaśnień, z których to okoliczności, dotyczące korzystania z pracowników zatrudnionych przez agencję pracy tymczasowej, do których to agencja jako pracodawca otrzymuje dofinansowanie z PFRON, w ogóle nie wynikały, a wynikały twierdzenia wręcz odmienne. W swoim odwołaniu odwołujący wskazywał, że wyjaśnienia ceny oferty w zakresie wskazanych kosztów pozostały niezmiennie, a jedynie doprecyzowaniu podlegała sama struktura zatrudnienia. W ocenie Izby odwołujący bagatelizuje kwestię wyjaśnień w tym zakresie. Skoro, wykonawca powołuje się na fakt otrzymywania pomocy publicznej, co w istotny sposób ma wpływ na obniżenie kosztów związanych z zatrudnieniem osób skierowanych do realizacji zamówienia i jak sam wskazuje, stanowi to zasadniczy czynnik kosztotwórczy, to powinien wyjaśnić wszystkie okoliczności z tym związane i umożliwić ich ocenę zamawiającemu, w tym także wskazać, kto jest bezpośrednim beneficjentem pomocy publicznej. Ma to też niebagatelne znaczenie z uwagi na możliwość weryfikacji twierdzeń wykonawcy w tym zakresie na podstawie dostępnych wykazów.

Reasumując, Izba uznała, że zamawiający słusznie stwierdził, że wyjaśnienia z dnia 1 czerwca 2021 roku nie zostały poparte żadnym wiarygodnym dowodem, a weryfikacja dokonana przez zamawiającego wzbudziła jego uzasadnione wątpliwości. Z kolei na ponowne wezwanie zamawiającego do złożenia dowodów, potwierdzających otrzymaną pomoc publiczną, wykonawca nie przedłożył takich dowodów (tzn. dowodów potwierdzających, że wykonawca Norge uzyskuje pomoc publiczną), lecz zmienił swoje pierwotne wyjaśnienia dotyczące zaoferowanych cen, które pozostają w sprzeczności z wyjaśnieniami z dnia 1 czerwca 2021 roku, gdzie nie ma odniesienia, że kieruje do realizacji zamówienia osoby zatrudnione przez agencję pracy tymczasowej.

Ponadto, należy zauważyć, że słusznie zarówno zamawiający, jak i przystępujący podnosili kwestię braku wykazania prowizji/marży dla agencji pracy tymczasowej. Zasadne jest bowiem pytanie jaki cel gospodarczy miałoby istnienie takiej spółki (agencji), która nie przynosi zysku. Na rozprawie odwołujący wprowadził wyjaśnienia, że zysk HR System Sp. z o.o. kalkuluje na podstawie umów współpracy zawartych z odwołującym, obejmujących szerszy koszyk zamówień oraz, że w ramach przedmiotowego zamówienia nie jest pobierana prowizja. Jednakże okoliczności te nie zostały w ogóle uwzględnione w treści wyjaśnień, także w ramach drugich wyjaśnień z dnia 11 czerwca 2021 roku, jak i w oświadczeniu Spółki HR System Sp. z o.o. z dnia 10 czerwca 2021 roku. Odwołujący podnosił, że jeżeli zamawiający miał jakiegokolwiek dalsze wątpliwości w tym zakresie, to powinien wezwać wykonawcę do dodatkowych wyjaśnień. Niemniej jednak, należy zauważyć, że kwestia współpracy z agencją pracy tymczasowej wynika dopiero z treści drugich wyjaśnień, a wykonawca powinien dłożyć wszelkiej staranności by wyjaśnić rzetelnie wszelkie okoliczności potwierdzające prawidłowość przyjętej kalkulacji ceny ofertowej.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia jak i załączone do nich dowody nie pozwalają uznać, że kalkulacja ceny w zakresie usług związanych z COVID-19 była realna i rzeczywista. Tym samym, czynność odrzucenia oferty wykonawcy Norge na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp była prawidłowa.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że nie potwierdził się także zarzut, postawiony przez odwołującego jako w konsekwencji powyżej wskazanych zarzutów, tj. zarzut naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp i z pogwałceniem podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, tj. równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp), który

został postawiony w konsekwencji uprzednio podnoszonych zarzutów.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 575 tejże ustawy strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Przepis § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia określa wysokość wpisu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę lub usługi o wartości równej progom unijnym lub przekraczającej te progi na kwotę 15 000 zł.

Z kolei § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) powołanego rozporządzenia stanowi, że do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, obejmujące koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę.

Zgodnie z § 8 ust. 1 ww. rozporządzenia w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego. Natomiast stosownie do § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Uwzględniając wynik postępowania, a mianowicie częściowe odrzucenie zarzutów odwołania i oddalenie odwołania w pozostałym zakresie oraz biorąc pod uwagę powyżej powołane przepisy ustawy Pzp i rozporządzenia, Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 782,30 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu pełnomocnika zamawiającego na rozprawę.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:.....