Sygn. akt: KIO 349/17

WYROK
z dnia 10 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Izan+ Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, (2) Naprzód Service Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, (3) Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Szpital Bródnowski w Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Property Experts Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (2) Ever Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszających przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Mazowieckiemu Szpitalowi Bródnowskiemu w Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownej czynności oceny ofert, polegającej na przyznaniu ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Izan+ Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, (2) Naprzód Service Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, (3) Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie 30 punktów w kryterium – zatrudnienie osób niepełnosprawnych,**
2. kosztami postępowania obciąża **Mazowiecki Szpital Bródnowski w Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Izan+ Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, (2) Naprzód Service Sp. z o.o. z siedzibą w**

Krakowie, (3) Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Mazowieckiego Szpitala Bródnowskiego w Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Izan+ Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, (2) Naprzód Service Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, (3) Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga.

Przewodniczący: ……..……..

Sygn. akt: KIO 349/17

UZASADNIENIE

Mazowiecki Szpital Bródnowski w Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w

Warszawie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę sprzątania Mazowieckiego Szpitala Bródnowskiego w Warszawie Sp. z o.o. oraz dostawę worków do transportu odpadów.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 060-101665 w dniu 10 grudnia 2016 r.

W dniu 14 lutego 2017 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o dokonaniu oceny ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający w wyniku przeprowadzonej oceny ofert uznał ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Property Experts Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (2) Ever Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący” lub „Konsorcjum”) z ilością 75 pkt za najkorzystniejszą. Natomiast ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Izan+ Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, (2) Naprzód Service Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, (3) Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący”) w procesie oceny ofert Zamawiający przyznał 0 pkt w kryterium "zatrudnienie osób niepełnosprawnych" i łącznie oferta otrzymała 50,40 pkt.

W dniu 23 lutego 2017 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, polegających na dokonaniu w sposób nieprawidłowy oceny ofert w postępowaniu, tj.:

- w kryterium "zatrudnienie osób niepełnosprawnych" - przyznanie Odwołującemu 0 pkt;

- przyznaniu Odwołującemu łącznej ilości pkt 50,40, a w konsekwencji dokonaniu nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniej.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez dokonanie nieprawidłowej oceny ofert w postępowaniu - niezgodnej z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”, specyfikacja”) i naruszającej zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - to jest przyznanie Odwołującemu w procesie oceny ofert 0 pkt w kryterium "zatrudnienie osób niepełnosprawnych" i łącznie 50,40 pkt, w sytuacji gdy Odwołujący powinien otrzymać 30 pkt w kryterium "zatrudnienie osób niepełnosprawnych" i łącznie 80,4 pkt;
2. art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp, przez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego i przyznanie nieprawidłowej ilości punktów w kryterium "zatrudnienie osób niepełnosprawnych" i nieprawidłowej łącznej ilości punktów wobec braku udzielenia wyjaśnień na wezwanie z dnia 20 stycznia 2017 r. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp - w sytuacji gdy powyższe wezwanie nie miało znaczenia dla treści oraz rozumienia oferty Odwołującego i nie wnosiło nic do przebiegu postępowania, a Odwołujący nie miał obowiązku udzielać odpowiedzi na takie wezwanie.
3. art. 90 ust. 1 Pzp w zw. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, przez nierówne potraktowanie wykonawców podczas oceny ofert i uznanie, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 stycznia 2017 r. pozwalają przyznać punkty temu wykonawcy w kryterium "zatrudnienie osób niepełnosprawnych", a nieudzielenie odpowiedzi przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 stycznia 2017 r. nie pozwalało przyznać

punktów w tym kryterium Odwołującemu, w sytuacji gdy złożenie lub niezłożenie odpowiedzi na wezwanie nie miało wpływu na treść i rozumienie ofert wykonawców i nie wnosiło nic do przebiegu postępowania i nie było

podstaw, aby zróżnicować sytuację w postępowaniu dwóch wykonawców, którzy zaoferowali stawki odpisu na PFRON w ofertach.

4. art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez dokonanie niezgodnego z przepisami Pzp wyboru oferty najkorzystniejszej, to jest dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Przystępującego w wyniku przez nieprawidłowej ofert i przeprowadzenia Zamawiającego oceny przyznania Odwołującemu w procesie oceny ofert niewłaściwej ilości punktów.

Wobec powyższego Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu:

− unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz
− dokonania ponownej oceny ofert, polegającej na przyznaniu Odwołującemu 30 pkt w kryterium "zatrudnienie osób niepełnosprawnych" i łącznie 80,4 pkt oraz
− dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem punktacji przyznanej Odwołującemu zgodnie z lit. b).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający przyznał Odwołującemu w procesie oceny ofert 0 pkt w kryterium "zatrudnienie osób niepełnosprawnych" i łącznie 50,40 pkt. Tak dokonana ocena oferty Odwołującego jego zdaniem jest nieprawidłowa, gdyż Odwołujący powinien otrzymać 30 pkt w kryterium "zatrudnienie osób niepełnosprawnych" i łącznie 80,4 pkt.

Zamawiający w pkt 18 siwz zawarł opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty. W pkt 18.1 Zamawiający wskazał, że przy wyborze oferty będzie kierować się m.in. kryterium "zatrudnienie osób niepełnosprawnych". Zamawiający przyznał temu kryterium wagę 30%.

Natomiast w pkt 18.3 Zamawiający opisał kryterium oceny ofert — zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Zamawiający określił następujący sposób oceny ofert według tego kryterium: Procentowa, gwarantowana przez Wykonawcę w okresie obowiązywania umowy stawka odpisu na PFRON Uczona od wartości netto faktury miesięcznej (dotyczy całego okresu obowiązywania umowy):

0-20% -1 pkt
21-30% = 5 pkt

31-40% = 10 pkt
41-50% = 15 pkt
51%-60% = 20pkt
61-65% = 25 pkt
powyżej 65% = 30 pkt.

Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z podanymi wytycznymi Zamawiającego zaoferował procentową, gwarantowaną stawkę odpisu na PFRON powyżej 65% (vide: oferta Odwołującego - załącznik nr 3 do siwz strona 2 i oświadczenie Odwołującego - załącznik nr 7 do siwz). Wobec tego Odwołujący twierdził, że powinien był otrzymać 30 pkt w tym kryterium.

Następnie podnosił, że w dniu 20 stycznia 2017 r. Zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców (bez względu na treść ich ofert) z pismem w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, w którym wzywał do wyjaśnienia: "Czy podmioty występujące wspólnie (konsorcjum) jest pracodawcą, który zatrudnia pracowników w rozumieniu art. 2 Kodeksu pracy, w tym niepełnosprawnych i spełnia warunki dotyczące struktury zatrudnienia, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 roku o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych i może dokonywać odliczeń w stosunku do Zamawiającego w zakresie stawki odpisu na PFRON (wystawiać ulgi), czy też pracowników zatrudniają poszczególni

uczestnicy/podmioty występujące wspólnie/członkowie konsorcjum i nie jest możliwe zastosowanie takiej ulgi we wpłatach na PFRON w stosunku do Zamawiającego. Proszę wskazać argumenty i podstawę prawną zastosowania ulgi".

Odwołujący twierdził, że nie miał obowiązku udzielić odpowiedzi na pytanie Zamawiającego i wskazywał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, na wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r., sygn. akt KIO 510/11: "Wykonawca mógł zatem, uznając, iż zapytanie dotyczy kwestii nieistotnej z punktu widzenia prawidłowości jego oferty oraz jego statusu jako wykonawcy zdolnego do złożenia oferty w postępowaniu, udzielić stosownej odpowiedzi zamawiającemu. Mógł również zaniechać odpowiedzi w tym zakresie w ogóle, ponieważ nieudzielenie odpowiedzi na zapytanie złożone w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w przeciwieństwie do wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie jest obwarowane negatywnymi skutkami dla wykonawcy, z tym

zastrzeżeniem iż bez wyjaśnień zamawiający dokonuje oceny oferty w takim kształcie, w jakim została złożona i zgodnie z rozumieniem jej treści przyjętym przez zamawiającego i jego poglądem prawnym (…)".

Odwołujący wskazywał, że wezwanie do wyjaśnień z dnia 20 stycznia 2017 r. dotyczyło kwestii nieistotnej z punktu widzenia prawidłowości oferty Odwołującego oraz jego statusu jako wykonawcy zdolnego do złożenia oferty o określonej treści w postępowaniu. Wezwanie nie miało znaczenia dla treści oraz rozumienia oferty Odwołującego i nie wnosiło nic do przebiegu postępowania. Odwołujący nie miał obowiązku udzielać odpowiedzi na takie wezwanie. Brak odpowiedzi nie powodował, że dotychczas złożone oświadczenie w ofercie o wysokości gwarantowanej stawki odpisu na PFRON przestało wiązać Odwołującego. Treść oferty Odwołującego pozostała bez zmian.

Odwołujący podkreślał też, że pytania czy też wątpliwości Zamawiającego zawarte w wezwaniu nie dotyczyły Odwołującego. Zamawiający wyraził wątpliwość, czy konsorcjum jest pracodawcą i może udzielać odpisu na PFRON (w sytuacji obowiązujące przepisy prawa nie przewidują zbiorowego pracodawcy), czy też pracowników zatrudniają poszczególni członkowie konsorcjum i nie jest możliwe zaoferowanie odpisu na PFRON (w sytuacji gdy Odwołujący zaoferował odpis na PFRON, czyli miał taką możliwość).

Zgodnie z art. 22 ust. 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych: Kwota obniżenia, o którym mowa w ust. 1, stanowi iloczyn wskaźnika wynagrodzeń niepełnosprawnych pracowników sprzedającego zaliczonych do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności i wskaźnika udziału przychodów. Oferta obniżenia wpłat na PFRON wskazuje w jaki sposób usługa będzie wykonywana w zakresie: ukształtowania zatrudnienia osób niepełnosprawnych zaliczonych do co najmniej umiarkowanego stopnia niepełnosprawności, wynagrodzeń tych pracowników oraz utrzymywania odpowiedniego stosunku przychodów z realizacji usługi do przychodów ogółem. Zamawiający nie żądał od wykonawców złożenia dokumentów dotyczących obliczenia kwoty obniżenia. Zamawiający wymagał wyłącznie, zgodnie z treścią SIWZ, oświadczenia wykonawców o wysokości zaoferowanej procentowej gwarantowanej stawki odpisu na PFRON. Takie

oświadczenie Odwołujący złożył w ofercie. Zamawiający nie kwestionował w postępowaniu prawdziwości oświadczenia Odwołującego.

Odwołujący wyjaśniał, że uzyskał od Zamawiającego protokół z przebiegu postępowania, w którym Zamawiający wskazał, że przyznał Odwołującemu 0 pkt w kryterium "zatrudnienie osób niepełnosprawnych" z uwagi na "brak wyjaśnienia wątpliwości zamawiającego dot. możliwości stosowania ulgi".

Odwołujący nie zgadzał się z taką oceną jego oferty. Brak udzielenia odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, nie skutkuje automatycznie nieprzyznaniem punktów w ramach opisanego w siwz

kryterium. W sytuacji braku odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp - Zamawiający kieruje się przy ocenie ofert taką treścią oferty, jaka została przez wykonawcę złożona oraz dokonuje interpretacji ewentualnych niejasności w treści oferty wykonawcy (których nota bene w ofercie Odwołującego nie było) w sposób zgodny z całokształtem oferty wykonawcy. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 października 2016 roku, sygn. akt KIO 1694/16: „Przepis art. 87 ust. 1 Pzp ma charakter fakultatywny - zamawiający może żądać, ale nie jest zobowiązany. Stosownie do charakteru przepisu, wezwany wykonawca może nie zastosować się do wezwania nie będąc narażonym z tego tytułu na żadne sankcje. Jedynym skutkiem nie zastosowania się do wezwania jest ocena oferty wezwanego wykonawcy w takim zakresie, w jakim została złożona".

Odwołujący zwracał uwagę, że Zamawiający dokonując oceny oferty Odwołującego powinien był kierować się treścią oferty i opisem kryterium oceny ofert zawartym w siwz. Treść oferty Odwołującego pozostawała bez zmian. Zamawiający nie uznał, że Odwołujący złożył nieprawdziwe oświadczenie w postępowaniu. Zamawiający nie dokonał też żadnych poprawek w ofercie Odwołującego. Mimo to przyznał Odwołującemu 0 pkt w tym kryterium, tak jakby Odwołujący nie zaoferował żadnej stawki odpisu na PFRON.

W ocenie Odwołującego Zamawiający odstąpił od zastosowania sposobu oceny ofert opisanego w pkt 18.3 siwz w ramach kryterium "zatrudnienie osób niepełnosprawnych" i ocenił ofertę Odwołującego w tym kryterium kierując się nie treścią oferty i złożonym przez Odwołującego oświadczeniem, ale tym, czy Odwołujący udzielił wyjaśnień na wezwanie z dnia 20 stycznia 2017 r., czy nie udzielił. Udzielenie wyjaśnień nie stanowiło zaś elementu oceny ofert w kryterium

"zatrudnienie osób niepełnosprawnych". Zdaniem Odwołującego złożenie dodatkowego, ponownego oświadczenia w przedmiocie zaoferowania stawki odpisu na PFRON przez Odwołującego nie miało znaczenia dla przebiegu postępowania.

W opinii Odwołującego o błędnym sposobie dokonania oceny ofert w postępowaniu świadczy również fakt, iż Zamawiający przyznał punkty w kryterium "zatrudnienie osób niepełnosprawnych" Przystępującemu. Wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 stycznia 2017 r. złożył wyjaśnienie, które nie było bezpośrednio związane z pytaniem Zamawiającego (czy konsorcjum jest pracodawcą i może udzielać odpisu na PFRON, czy też pracowników zatrudniają poszczególni członkowie konsorcjum i nie jest możliwe zaoferowanie odpisu na PFRON), a które w ocenie Zamawiającego było wystarczające by przyznać punkty temu wykonawcy w kryterium "zatrudnienie osób niepełnosprawnych". Oświadczenie tego wykonawcy nie zawiera informacji, o których mowa w art. 22 ust. 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 roku o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Odwołujący podnosił, że dodatkowe oświadczenie tego wykonawcy nie miało znaczenia dla przebiegu postępowania, treści i rozumienia oferty tego wykonawcy. Podobnie nie miał znaczenia brak odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Zamawiający nie miał podstaw prawnych by zróżnicować sytuację w postępowaniu dwóch wykonawców, którzy zaoferowali określone stawki odpisu na PFRON w ofertach.

Zdaniem Odwołującego powyższe przesądza o tym, że Zamawiający oceniał oferty kierując się nie treścią siwz, ale tym, czy wykonawca złożył wyjaśnienia na wezwanie czy nie złożył, bez względu na to, że wyjaśnienia te nie miały znaczenia dla treści i rozumienia ofert i przebiegu postępowania.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający powinien był kierować się treścią oferty Odwołującego, który zaoferował procentową gwarantowaną stawkę odpisu na PFRON powyżej 65% i przyznać Odwołującemu - zgodnie z siwz - 30 pkt.

W dniu 27 lutego 2017 r. do Izby, ze strony Konsorcjum, wpłynęło pismo zawierające zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 2 marca 2017 r. do Izby, ze strony Zamawiającego, wpłynęło pismo, zawierające argumentację odnoszącą się do zarzutów odwołania.

W toku rozprawy z udziałem stron Odwołujący złożył pismo procesowe, którego odpis Izba przekazała Zamawiającemu.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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.

Odwołania zasługuje na uwzględnienie.

Po przeprowadzeniu analizy zasadności zgłoszonych zarzutów Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie przyznając odwołującemu maksymalnej liczby punktów (30 pkt) w kryterium "zatrudnienie osób niepełnosprawnych" naruszył przepis art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający w pkt 18 siwz zawarł opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty. W pkt 18.1 Zamawiający wskazał, że przy wyborze oferty będzie kierować się następującymi kryteriami:

1. Cena – waga kryterium - 60 %
2. Zatrudnienie osób niepełnosprawnych – waga kryterium - 30%.

W pkt 18.3 Zamawiający opisał kryterium oceny ofert — zatrudnienia osób niepełnosprawnych, określając następujący sposób oceny ofert według tego kryterium: Procentowa, gwarantowana przez Wykonawcę w okresie obowiązywania

umowy stawka odpisu na PFRON liczona od wartości netto faktury miesięcznej (dotyczy całego okresu obowiązywania umowy):

0-20% -1 pkt
21-30% = 5 pkt
31-40% = 10 pkt
41-50% = 15 pkt
51%-60% = 20pkt
61-65% = 25 pkt
powyżej 65% = 30 pkt

Izba ustaliła, że Odwołujący w złożonej ofercie zaoferował procentową, gwarantowaną stawkę odpisu na PFRON powyżej 65% (oferta Odwołującego - załącznik nr 3 do siwz strona 2 i oświadczenie Odwołującego - załącznik nr 7 do siwz).

Pismem w dniu 20 stycznia 2017 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, o udzielenie wyjaśnień - "Prosimy o wyjaśnienie, czy podmioty występujące wspólnie (konsorcjum) jest pracodawcą, który zatrudnia pracowników w rozumieniu art. 2 Kodeksu pracy, w tym niepełnosprawnych i spełnia warunki dotyczące struktury zatrudnienia, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 roku o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych i może dokonywać odliczeń w stosunku do Zamawiającego w zakresie stawki odpisu na PFRON (wystawiać ulgi), czy też pracowników zatrudniają poszczególni uczestnicy/podmioty występujące wspólnie/członkowie konsorcjum i nie jest możliwe zastosowanie takiej ulgi we wpłatach na PFRON w

stosunku do Zamawiającego. Proszę wskazać argumenty i podstawę prawną zastosowania ulgi".

Odwołujący nie odpowiedział na powyższe wezwanie Zamawiającego.

W konsekwencji Zamawiający nie przyznał Odwołującemu żadnych punktów w kryterium - zatrudnienie osób niepełnosprawnych (informacja o przyznanej punktacji przedstawiona przez Odwołującego wraz z odwołaniem). Łącznie oferta Odwołującego otrzymała 50,40 pkt. Natomiast oferta Przystępującego uzyskała 75 pkt.

W toku rozprawy Odwołujący złożył następujące dowody:
- umowę o współpracy, wskazując, że z § 6 ust. 2 umowy wynika, ze rozliczenia z Zamawiającym będą dokonywane przez Naprzód Sp. z o.o.
- informację o kwocie obniżenia wpłat na PFRON z ostatnich 6 miesięcy wskazując, że dane zawarte w części D informacji uprawniają Naprzód Sp. z o.o. do ulgi na poziomie 80% z danej faktury.

Oba dokumenty zostały objęte przez Odwołującego klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa" z uwagi na charakter informacji w nich zawartych.

Na wstępie Izba odniosła się do argumentacji Zamawiającego zawartej w piśmie z dnia 1 marca 2017 r., w której wskazywał, że uznanie oferty Odwołującego w zaproponowanej cenie za najkorzystniejszą spowodowałoby konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający wyjaśniał, że przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 1 314 411,60 zł, a w wyniku wyboru oferty Przystępującego zwiększył tę kwotę do wysokości zaproponowanej ceny, tj. 1 361 340,12 zł. Natomiast podkreślał, że nie jest możliwe zwiększenie tej kwoty do wartości 2 021 613,84 zł, a więc do kwoty zaoferowanej przez Odwołującego.

Izba nie podziela przytoczonej powyżej argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego. Po pierwsze Izba wskazuje, że okoliczność podnoszone przez Zamawiającego dotyczą okoliczności związanych z unieważnieniem postępowania, które pozostają bez wpływu na zasadność zarzutów odwołania. Po drugie, zasadność zgłoszonych zarzutów jest badana z uwzględnieniem terminu złożenia odwołania. Po trzecie twierdzenia Zamawiającego, że nie będzie on występował z

wnioskiem o zwiększenie kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia są jedynie jego oświadczeniem, które może podlegać zmianie, z uwagi chociażby na zmianę okoliczności, związanych z możliwością uzyskania dodatkowych środków. Tym samym na obecnym etapie nie można kategorycznie wykluczyć, że jest na korzyść niemożliwym rozstrzygnięcie postępowania Odwołującego, a następnie zawarcia z nim ważnej umowy.

Jedynie dodatkowo i na marginesie Izba zwraca uwagę, że w omawianym przypadku Zamawiający dopiero w piśmie z dnia 1 marca 2017 r. wskazał, że nie będzie występował z wnioskiem o zwiększenie kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wobec tego w terminie składania odwołania, Odwołujący nie mógł wiedzieć, że Zamawiający nie będzie dokonywał zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia oraz że z powyższej przyczyny zamierza unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Przechodząc do zarzutów zawartych w odwołaniu Izba wskazuje, że po przeprowadzeniu analizy ich zasadności Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie przyznając Odwołującemu maksymalnej liczby punktów (30 pkt) w kryterium "zatrudnienie osób niepełnosprawnych" naruszył przepis art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Nie było sporne między stronami, że wraz z ofertą Odwołujący złożył oświadczenie, że oferuje procentową, gwarantowaną stawkę odpisu na PFRON powyżej 65%. Wobec tego treść oświadczenia Odwołującego, w zakresie zaoferowanej stawki odpisu na PFRON, w ocenie Izby jest jasna i nie budzi żadnych wątpliwości. Tym samym stwierdzić należy, że Zamawiający na jego podstawie pkt. 18.3 siwz zobowiązany był do przyznania Odwołującemu maksymalnej liczby punktów, tj. 30 pkt. w kryterium – zatrudnienie osób niepełnosprawnych.

Odnosząc się zaś do wezwania do złożenia wyjaśnień wystosowanego przez Zamawiającego w dniu 20 stycznia 2017 r. do Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp to Izba uznała, że treść pisma zawiera jedynie ogólne pytanie natury prawnej, które nie może być potraktowane jako mające istotne znaczenie dla rozumienia treści oferty złożonej przez Odwołującego. W związku z tym brak odpowiedzi na takie wezwanie pozostaje bez jakiegokolwiek wpływu na treść oferty

złożonej przez Odwołującego. Dlatego też za nieprawidłowe należy uznać działania Zamawiającego, który jedynie w wyniku braku wyjaśnień ze strony Odwołującego nie przyznał temu wykonawcy żadnych punktów w kryterium zatrudnienie osób niepełnosprawnych. Podczas gdy z treści oferty Odwołującego wprost wynika, że wykonawca zaoferował procentową, gwarantowaną stawkę odpisu na PFRON powyżej 65%. Izba wskazuje, że powyższe oświadczenie dodatkowo zostało wsparte przez Odwołującego, w toku rozprawy, dowodami w postaci umowy współpracy oraz informacjami o kwocie obniżenia wpłat na PFRON z ostatnich 6 miesięcy.

Zatem nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że Odwołującemu należało przyznać - zgodnie z postanowieniami siwz – maksymalną ilość punktów (30 pkt) w kryterium – zatrudnienie osób niepełnosprawnych.

Natomiast w zakresie konieczności udzielania przez wykonawcę odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp to Izba dostrzega, że brak wyjaśnień nie jest obwarowany bezpośrednią sankcją w postaci odrzucenia oferty wykonawcy. Jednak w sytuacji, gdy wykonawca nie udzieli wyjaśnień, które rozwieją wątpliwości Zamawiającego, rodzące się w wyniku analizy treści jego oferty, może to skutkować podjęciem błędnej decyzji przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy, ponieważ dokona on niewłaściwej interpretacji treści jego oferty. W związku z tym w dobrze pojętym interesie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie jest udzielenie odpowiedzi na zadane pytania, gdyż pozwala to Zamawiającemu na właściwą ocenę oferty, złożonej przez wykonawcę. Wobec tego Izba wskazuje, że udzielenie wyjaśnień przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego, oparte na art. 87 ust. 1 Pzp, należy postrzegać jako element korzystny dla obu stron prowadzonego postępowania o zamówienie, który nie powinien być pomijany, z uwagi na brak bezpośredniej sankcji w postaci odrzucenia oferty.

Konkludując, Izba po rozpoznaniu zarzutów odwołania stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. W związku z tym uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało

wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynika postępowania o udzielenie zamówienia.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b), § 5 ust 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w

postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

……..