

WYROK

Warszawa, dnia 11 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alpaline sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie oraz Maxus sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Uniwersyteckie Centrum Kliniczne im. prof. K. Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 4265/24 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impuls sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, P.U.H. Impuls sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich;

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alpaline sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie oraz Maxus sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alpaline sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie oraz Maxus sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 915 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset piętnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Uniwersyteckie Centrum Kliniczne im. prof. K. Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz zwrotu uiszczonej opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alpaline sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie oraz Maxus sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi na rzecz Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego im. prof. K. Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach kwotę 3 915 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset piętnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz zwrotu uiszczonej opłaty skarbowej.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Uniwersyteckie Centrum Kliniczne im. prof. K. Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Ochronę fizyczną osób i mienia, nr postępowania DZP.281.68A.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 02 września 2024 r. pod numerem 523849-2024.

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została przekazana Odwołującemu: wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia w dniu 5 listopada 2024 r. Alpaline sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie oraz Maxus sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem Zamawiającego w dniu 15 listopada 2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu oraz zaniechanie czynności do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, tj.

1) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: P.U.H. Impuls sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich oraz Impuls sp. z o.o., zwanego dalej Impuls lub Przystępującym, którego oferta zawiera rażąco niską cenę; ewentualnie:

2)zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych zawierających błędy lub do złożenia wyjaśnień odnośnie złożonych podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;

3)zaniechania wezwania do uzupełnienia oświadczenia z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy wchodzący w skład Inpuls

4)zaniechanie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Inpuls zawierającej rażąco niską cenę, która powinna zostać odrzucona.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1)odnośnie pkt I.1 odwołania - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 239 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej ustawą Pzp lub ustawy PZP, ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu pierwszego:

2)odnośnie pkt I.2 odwołania- naruszenie art. 128 ust. 1 Ustawy PZP, ewentualnie art. 128 ust. 4 Ustawy PZP w związku z art. 117 ust. 1 Ustawy PZP oraz art. 239 Ustawy PZP;

3)odnośnie pkt I.3 odwołania – naruszenie art. 128 ust. 1 w związku z art. 117 ust. 4 Ustawy PZP, art. 117 ust. 3 Ustawy PZP, art., 117 ust.1 Ustawy PZP, art. 112 ust. 2 pkt 4 Ustawy PZP oraz art. 239 Ustawy PZP.

Wobec wyżej przytoczonych zarzutów, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy Inpuls;

2)odrzućcenia oferty Wykonawcy Inpuls, która zawiera rażąco niską cenę; ewentualnie

3)wezwanie Wykonawcy Inpuls do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazu usług lub złożenia wyjaśnień odnośnie w/w podmiotowych środków dowodowych;

4)wezwanie Konsorcjum Inplus do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Ustawy PZP

5)ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem uzupełnionych podmiotowych środków dowodowych, oświadczenia, lub złożonych wyjaśnień;

6)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa wg. norm przepisanych.

Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie przedstawił następujące uzasadnienie:

„(...)I. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Inpuls na podstawie art. 226 ust.1 pkt 8 Ustawy PZP.

Przedmiotem zamówienia jest usługa ochrony fizycznej osób i mienia obiektów Zamawiającego w wymiarze 265 728 rbh. Zamawiający w dniu 14 października wezwał wykonawcę Konsorcjum INPULS do złożenia wyjaśnień odnośnie sposobu kalkulacji ceny ofertowej na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy PZP. Zamawiający oczekiwał aby wykonawca składając wyjaśnienia potwierdził możliwość realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę zgodnie z przepisami Kodeksu Pracy, Ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz Ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Co istotne Zamawiający oczekiwał, aby wykonawca swoje wyjaśnienia poparł odpowiednimi dowodami.

Wykonawca Inpuls w dniu 17 października przedstawił kalkulację kosztów, która nie została poparta jakimikolwiek dowodami potwierdzającymi możliwość realizacji zamówienia zgodnie z założeniami przyjętymi w kalkulacji. Ponadto Inpuls w sposób nieuprawniony dokonał zawyżenia pomocy publicznej, którą uwzględnił w swojej kalkulacji.

Udzielając wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Inpuls wskazał, iż z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia uzyska dofinansowanie w wysokości:

•2752,50 zł dla 11 etatów (7 + 4) pracowników niepełnosprawnych w stopniu znacznym (Art. 26a ust. 1 ppkt 1 Ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych)

•2578,02 zł dla 26,01 (22,95 + 3,06) etatów pracowników niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym ze schorzeniem specjalnym (Art. 26a ust. 1 ppkt 2 oraz Art. 26a ust.1b Ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych)

•1545,83 zł dla 3 etatów pracowników niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym (Art. 26a ust. 1 ppkt 2 Ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych)

Odwołujący wskazuje, iż są to kwoty zawyżone i nieadekwatne do kwot wynikających z Ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych z dnia 27 sierpnia 1997 r.

Zgodnie z art. 26a ust. 1 ppkt. 1 dofinansowanie dla znacznego stopnia niepełnosprawności wynosi 2400,00 zł

zamiast 2752,50 zł jak wskazał INPULS w kalkulacji.

Zgodnie z art. 26a ust. 1 ppkt. 2 dofinansowanie dla umiarkowanego stopnia niepełnosprawności wynosi 1350,00 zł zamiast 1545,83 zł jak wskazał INPULS w swojej kalkulacji. Poniżej stosowny fragment Ustawy.

Dodatkowy bonus finansowy za zatrudnienie pracownika niepełnosprawnego stopniu umiarkowanym ze schorzeniem specjalnym (Art. 26 a ust. 1 b Ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych) wynosi:

Czyli sumując kwotę 1350,00 zł oraz 900,00 zł otrzymujemy dofinansowanie do pracownika niepełnosprawnego w stopniu umiarkowanym ze schorzeniem specjalnym w kwocie 2250,00 zł zamiast 2578,02 zł jak wskazał INPULS.

Sumę zawyżenia kwoty pomocy publicznej w skali 1 miesiąca obrazuje poniższa tabela:

L.p.	Stopień niepełnosprawności	Kwota dofinansowania wg IMPULS - zawyżona	Kwota dofinansowania zgodna z Ustawą	Różnica w przeliczeniu na 1 etat	Liczba etatów	Różnica w skali 1 miesiąca
1	Znaczny	2752,50	2400,00	352,50	11,00	3877,50
2	Umiarkowany ze schorzeniem specjalnym	2578,02	2250,00	328,02	26,01	8531,80
3	Umiarkowany	1545,83	1350,00	195,83	3,00	587,49
Razem wartość zawyżonego dofinansowania w skali 1 miesiąca realizacji usługi						12 996,79

Oznacza to, iż uśrednione rzeczywiste koszty płacy z tabeli nr 1 wyjaśnień INPULS zostały zaniżone o wartość 12 996,79 zł netto w skali 1 miesiąca. Koszty faktyczne wynoszą zatem 132 733,60 + 12 996,79 zł = 145 730,39 zł. Odwołujący wskazuje, że kwota 132 733, 60 zł została wskazana jako uśredniony rzeczywisty koszt płacy .

Dodając do faktycznych kosztów wynagrodzeń kwotę kosztów rzeczowych oraz nadzoru i obsługi (832,13 zł oraz 450,27 zł) otrzymujemy koszt miesięczny na poziomie 147 012,79. Cena netto za 1 miesiąc realizacji usługi zaoferowana przez Inpuls 137 016,00 zł. Oznacza to, że firma Inpuls po uwzględnieniu w kalkulacji prawidłowej wysokości dofinansowania PFRON odnotuje stratę na kontrakcie:

w skali 1 miesiąca w wysokości 137 016,00 – 147 012,79 = - 9996,79 zł w skali całego kontraktu tj. 48 miesięcy = 48 x – 9996,79 = - 479 845,92 zł

Powyższe w sposób jednoznaczny potwierdza, że cena wykonawcy INPULS w świetle udzielonych wyjaśnień jest rażąco niska i nie pozwala na realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami Kodeksu Pracy, Ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz Ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, iż wbrew żądaniom Zamawiającego wykonawca INPULS nie przedłożył jakichkolwiek dowodów potwierdzających możliwość realizacji usługi zgodnie z przedstawionymi wyjaśnieniami. Model realizacji usługi zaprezentowany przez INPULS opiera się na zatrudnieniu pracowników niepełnosprawnych oraz uzyskiwaniu z tego tytułu dofinansowania do ich wynagrodzeń z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w wysokości stanowiącej sumarycznie około 50 % ceny oferty. Wykonawca INPLUS swoje wyjaśnienia oparł wyłącznie na kalkulacji kosztów nie przedstawiając jakichkolwiek dowodów potwierdzających posiadanie w swoich zasobach pracowników niepełnosprawnych, do których dofinansowanie pozyskuje. Takimi dowodami mogłyby być chociażby:

- Informacja o wysokości miesięcznego dofinansowania z PFRON;
- Dokumenty INF-D-P stanowiący miesięczną informację o kosztach i wysokości dofinansowania dla konkretnego pracownika;
- Dokument INF-1 wskazujący na ilość zatrudnionych pracowników niepełnosprawnych itp.;

Złożenie wyjaśnień nieopartych dowodami bądź ogólnikowych winno zostać uznane przez Zamawiającego za brak złożenia wyjaśnień. Na podobnym stanowisku stanęła Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie oznaczonej sygnaturą KIO 596/16:

„W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Zatem „ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny obciąża przede wszystkim wezwanego zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp.” Jednocześnie Zamawiający nie miał obowiązku występować do Wykonawcy z wnioskiem o doprecyzowanie udzielonych wyjaśnień, gdyż te złożone w odpowiedzi na pierwsze wezwanie były

niezależnie przygotowane.

Podobnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu oznaczonym sygnaturą KIO 2249/21. Izba stwierdziła, iż: „Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. W odpowiedzi na wezwanie wykonawcy zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli np. na poziomie budzącym wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SWZ – tak jak miało to miejsce”.

Biorąc pod uwagę przytoczone okoliczności zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jest w pełni uzasadniony.

W wyniku w/w naruszeń przepisów Ustawy, Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę w oparciu o nierealne oraz nieprawidłowe wyjaśnienia dotyczące ceny oferty niepoparte żadnymi dowodami oraz zawierające zawyżoną wysokość pomocy publicznej. W ocenie Odwołującego nierealna jest realizacja umowy za zaoferowaną cenę zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, w zamian za zaproponowane w przedmiotowej ofercie wynagrodzenie. Uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którzy w swoich ofertach uwzględnili wszystkie wymagania związane z przedmiotem zamówienia - działając uczciwie oraz z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji - musieli określić znacznie wyższą cenę oferty, ufając jednocześnie, że Zamawiający dokona wyboru oferty z poszanowaniem obowiązujących zasad wyrażonych w art. 16 Ustawy. W konsekwencji, Zamawiający naruszył art. 239 Ustawy, wybierając najkorzystniejszą ofertę, która powinna zostać odrzucona. Zgodnie z tym przepisem, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, przy czym najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Co prawda przytoczone przepisy art. 239 nie stanowią o tym wprost, to jednak oczywiste jest, że wyboru oferty można dokonać tylko i wyłącznie spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, co potwierdzają liczne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok KIO 1716/19 z dnia 17 września 2019 r., „Oferta, która winna zostać odrzucona nie może być podana ocenie z zastosowaniem ustanowionych kryteriów oceny ofert na równi z ofertami prawidłowymi i ocena taka nie może prowadzić do wskazania takiej oferty jako oferty najkorzystniejszej”, wyrok KIO 1615/20 z dnia 14 października 2020 r. „Oceny ofert dokonuje się w celu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu”.

Zarzuty ewentualne

II. Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Ustawy PZP, ewentualnie art. 128 ust. 4

Ustawy PZP w związku z art. 117 ust. 1 Ustawy PZP oraz art. 239 Ustawy PZP

Zarzut ten jest zarzutem ewentualnym podnoszonym z ostrożności na wypadek, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutu pierwszego.

Zamawiający na podstawie art. 117 ust. 1 Ustawy PZP, określił szczególny sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia dla wykonawców działających wspólnie:

Z treści przytoczonego wyżej fragmentu SWZ jednoznacznie wynika, iż w przypadku konsorcjów (wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie) warunek w zakresie doświadczenia zostanie uznany za spełniony, jeśli spełni go co najmniej jeden z wykonawców składających ofertę.

Tym samym niedopuszczalne jest łączenie potencjału wykonawców ubiegających się wspólnie o wykonanie przedmiotu zamówienia celem spełnienia tegoż warunku. Warunek musi bowiem spełniać samodzielnie co najmniej jeden z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. Odwołujący wskazuje, iż z załączonych podmiotowych środków dowodowych Zamawiający nie może jednoznacznie stwierdzić, czy Konsorcjum Inplus spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Konsorcjum nie wskazało w złożonym podmiotowym środku dowodowym jaki zakres usługi wykonali poszczególni wykonawcy wchodzący w skład konsorcjum. Tym samym Inplus nie sprostął formalnemu wymaganiu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, a Zamawiający w tych okolicznościach jest pozbawiony możliwości realnej weryfikacji postawionego przez siebie warunku udziału w postępowaniu.

Powyższa konstatacja ma szczególne znaczenie z uwagi, iż:

1) Usługa z pozycji 1 tabeli miała wartość 3 434 817,79 zł brutto w okresie 24 miesięcy- dzieląc te wartości przez

okres 2 lat i 2 wykonawców otrzymujemy wartość 858 704,45 zł.

2) Usługa z pozycji 2 tabeli miała wartość 3 694 136,76 zł brutto w okresie 36 miesięcy- dzieląc te wartości przez okres 3 lat i 2 wykonawców otrzymujemy wartość 615 689,46 zł.

Może się zatem okazać, że ani wykonawca Inpuls Sp. z o.o. ani PUH Inpuls Sp. z o.o. w ramach wykazanego doświadczenia nie zrealizował samodzielnie zamówienia obejmującego usługę ochrony o wartości powyżej 1 000 000,00 zł brutto w skali 12 miesięcy, czyli 1 roku. Reasumując, złożony przez Konsorcjum Inpuls podmiotowy środek dowodowy nie potwierdza w sposób niebudzący wątpliwości warunku udziału w postępowaniu określonego dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zamawiający winien w takowej sytuacji zwrócić się do Inpuls z wnioskiem o uzupełnienie podmiotowego środka dowodowego (art. 128 ust. 1 Ustawy PZP), jako że przedłożony wykaz usług zawiera błędy, albowiem nie potwierdza jednoznacznie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ewentualnie Zamawiający winien wezwać do założenia wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy PZP.

Przedmiotowe uzupełnienia lub wyjaśnienia powinny być poparte stosownymi dowodami, aby uzyskać informację jaką wartość prac i w jakim okresie czasu w ramach kontraktów wykonał wykonawca Inpuls Sp. z o.o. a jaką wartość prac wykonał wykonawca PUH Inpuls Sp. z o.o. (dawniej J.D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PUH Inpuls J.D.). Do powyższych wyjaśnień winny zostać załączone odpowiednie dokumenty tj. kopie faktur wystawianych przez uczestnika konsorcjum liderowi konsorcjum.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Zamawiający przedwcześnie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, czym de facto naruszył art. 239 Ustawy PZP. Tak jak już Odwołujący wspominał wcześniej, wyboru oferty można dokonać tylko i wyłącznie spośród ofert niepodlegających odrzuceniu: np. wyrok KIO 1716/19 z dnia 17 września 2019 r., „Oferta, która winna zostać odrzucona nie może być podana ocenie z zastosowaniem ustanowionych kryteriów oceny ofert na równi z ofertami prawidłowymi i ocena taka nie może prowadzić do wskazania takiej oferty jako oferty najkorzystniejszej”, wyrok KIO 1615/20 z dnia 14 października 2020 r. „Oceny ofert dokonuje się w celu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Oczywiste jest zatem, że Zamawiający ma obowiązek wnikliwie zbadać, czy nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty zanim dokona jej wyboru. W tym celu zobowiązany jest uprzednio skorzystać z przysługujących mu kompetencji, o których mowa w art. 128 Ustawy PZP.

Reasumując, niniejszy zarzut jest w pełni uzasadniony.

III. Zarzut naruszenie art. 128 ust. 1 w związku z art. 117 ust. 4 Ustawy PZP, art. 117 ust. 3 Ustawy PZP, art., 117 ust.1 Ustawy PZP, art. 112 ust. 2 pkt 4 Ustawy PZP oraz art. 239 Ustawy PZP

Jak już wcześniej Odwołujący wskazywał w zarzucie nr 2, Zamawiający na podstawie art. 117 ust. 1 Ustawy PZP, określił szczególny sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia dla wykonawców działających wspólnie. Zgodnie z art. 117 ust. 3 Ustawy Pzp: W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Z kolei art. 117 ust. 4 Ustawy PZP stanowi: W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Z przepisu art. 117 ust. 4 Ustawy PZP jednoznacznie wynika, że podmiot wspólny jakim jest konsorcjum, ma obowiązek złożyć wraz z ofertą oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy wchodzący w skład konsorcjum.

Redakcja przytoczonego przepisu jednoznacznie przesądza, iż niewystarczające jest ogólne stwierdzenie, że wykonawcy będą realizować zamówienie wspólnie (jest to niejako oczywiste, skoro w tym celu zawiązują konsorcjum), a konieczne jest precyzyjne określenie, które konkretnie usługi zostaną wykonane przez poszczególnych wykonawców.

Wymóg ten skorelowany jest z usankcjonowaną zasadą, że odnośnie między innymi doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane- vide: art. 117 ust. 3 Ustawy Pzp.

Z kolei, jeśli chodzi o zdolność do wykonania zamówienia, Zamawiający określił szczególny warunek dla wykonawców ubiegających się wspólnie- tj. warunek w zakresie doświadczenia musi być spełniony przez co najmniej

jednego z wykonawców składających ofertę.

A zatem, aby dokonać rzetelnych ustaleń co do okoliczności o których w mowa w art. 117 ust. 3 Ustawy PZP (którzy wykonawcy wykonają poszczególne usługi) Zamawiający musi dysponować łącznie:

1) precyzyjną informacją o podziale obowiązków, w postaci oświadczenia wykonawcy biorącego udział w postępowaniu wspólnie (oświadczenie o którym mowa w art. 117 ust. 4 Ustawy PZP);

2) precyzyjną informacją który konkretnie wykonawca wchodzący w skład konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu (art. 117 ust. 1 Ustawy PZP).

Na dzień wniesienia niniejszego odwołania, Zamawiający nie dysponuje powyższymi informacjami.

Tym samym Zamawiający nie ma możliwości ocenić, czy Konsorcjum Inpuls spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. W tym miejscu warto przytoczyć wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, w którym potwierdza, że oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Ustawy PZP jest podmiotowym środkiem dowodowym niezbędnym do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Wyrok KIO z dnia 07.07.2022 r. sygn. akt. KIO 1602/22:

„A contrario, jeśli wykonawcy nie złożą oświadczenia lub nie wykażą w nim, że podmiot mający doświadczenie wykona część zamówienia wymagającą doświadczenia, to nie wykażą spełnienia warunku udziału w postępowaniu, choćby złożyli potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu wykaz usług i odpowiednie poświadczenia należytego wykonania. Z tego względu oświadczenie przypomina podmiotowy środek dowodowy. Z drugiej jednak strony jest to dokument określający sposób wykonania zamówienia na etapie realizacji umowy, a więc podział zadań między członkami konsorcjum na etapie wykonawczym, co powoduje, że dokument ten łączy również w sobie cechy przedmiotowego środka dowodowego. Izba jednak stoi na stanowisku, że umiejscowienie tego dokumentu w systematyce ustawy, oraz cel jego złożenia jakim jest wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, pozwalają przyjąć, że cechy podmiotowego środka dowodowego są przeważające i stąd Izba nie dopatryła się błędu przy kwalifikacji charakteru prawnego tego środka poczynionej przez zamawiającego”.

W tym samym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że „art. 117 ust. 4 odwołuje się wprost do ust. 2 i 3 ustawy p.z.p. O ile w dotychczasowym stanie prawnym struktura wspólnego ubiegania się o zamówienie pozwalała na dowolne ustalenie podziału zadań i obowiązków pomiędzy członków konsorcjum, obecnie w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest to zasadnicza zmiana, bowiem w wyniku wprowadzenia regulacji w art. 117 ust. 2 in fine oraz ust. 3 in fine, członkowie konsorcjum zostali zobligowani do osobistego wykonania części zamówienia, do których realizacji wymagane są zdolności wykazane przez te podmioty na etapie postępowania. Przepisy art. 117 ust. 2 i 3 ustawy p.z.p. wprowadzają warunek polegania na zdolnościach poszczególnych członków konsorcjum w postaci rzeczywistego zaangażowania danego członka konsorcjum w realizację odpowiedniej części zamówienia, z którą wiąże się jednocześnie obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia. Ma to na celu wyeliminowanie sytuacji, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego byłaby wykonywana przez członka konsorcjum nieposiadającego wymaganych w SWZ cech (np. stosownych uprawnień lub określonego w SWZ doświadczenia). Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymaga zatem od Zamawiającego uzyskania wiedzy o sposobie realizacji zamówienia publicznego już na etapie oceny i badania wniosków / ofert, właśnie w postaci oświadczenia złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w trybie ustawy p.z.p. Oświadczenie składane w trybie art. 117 ust. 4 ustawy p.z.p. ma umożliwić Zamawiającemu weryfikację, czy planowany podział zadań pomiędzy członków Konsorcjum zapewnia realizację zamówienia przez podmiot, który posiada stosowne uprawnienia i wymagane doświadczenie. Zgodnie z nowymi regulacjami tylko ten spośród wykonawców, który wykazuje spełnienie warunku określonego w SWZ, może realizować zakres świadczenia, do wykonania którego określone zdolności są wymagane. Określenie podziału zadań pomiędzy członków Konsorcjum jest istotne również w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie(«Esaprojekt»), zgodnie z którym, w sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, nabyte przez niego doświadczenie należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w wykonywanie czynności, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego”.

Należy zwrócić uwagę, że złożone przez Konsorcjum Inpuls oświadczenie, nie precyzuje podziału obowiązków pomiędzy konsorcjantów. Nie spełnia zatem swej funkcji, tj. uniemożliwia Zamawiającemu możliwości oceny spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu, a także w kontekście obowiązującego art. 117 ust. 3 Ustawy PZP, czy

wykonawca, na którego zasoby powołuje się Konsorcjum będzie realizował zamówienie w zakresie w jakim zdolności te są wymagane. W niniejszych okolicznościach konieczne jest zastosowanie art. 128 ust. 1 Ustawy PZP, czego Zamawiający nie uczynił. Zamiast tego, przedwcześnie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, czym naruszył również art. 239 Ustawy PZP. Biorąc pod uwagę powyższe, niniejszy zarzut jest w pełni uzasadniony oraz konieczny.(...)”.

Pismem z dnia 25 listopada 2024 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości przedstawiając, następujące stanowisko: „Działając imieniem Zamawiającego na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych, niniejszym składam odpowiedź na odwołanie Konsorcjum: ALPALINE Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie oraz MAXUS sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi z dnia 14 listopada 2024 r. oraz wnoszę o:

1)oddalenie odwołania w całości;

2)o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania zgodnie z zestawieniem kosztów, które zostanie przedłożone przez Zamawiającego na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą; 3) dopuszczenie dowodów z treści :

-informacji Zamawiającego o wysokości środków przeznaczonych na realizację zamówienia z dnia 4.10.2024 r. ,

-protokołu postępowania - pkt. 3 w zakresie określenia kwoty wartości szacunkowej zamówienia;

-pismo Zamawiającego z dnia 14.10.2024 do Konsorcjum Inpuls z wezwaniem do wyjaśnienia ceny

-pismo Konsorcjum Inpuls z dnia 17.10.2024 r. wraz z kalkulacją na okoliczność wyjaśnienia składników i sposobu kalkulacji ceny;

-odpowiedzi na pytania Zamawiającego z dnia 23.09.2024 r. na okoliczność wprowadzenia wymogu od Wykonawców skalkulowania ceny według stawek na obowiązujących od 1.01.2025r.;

-Komunikatu na stronie PEFRON z dnia 2.08.2024 na okoliczność wysokości dofinansowań dla osób niepełnosprawnych od 1.01.2025 r. ,

-projektu zmiany ustawy z dnia 2.08.2024 wraz z pismem Prezesa RM z dnia 21.11.2024 r. na okoliczność wysokości dofinansowań dla osób niepełnosprawnych od 1.01.2025 r. ,

-treści rozdziału VI SWZ na okoliczność warunków postawionych w niniejszym postępowaniu; - referencji przedłożonych przez konsorcjum Inpuls na okoliczność spełniania warunków postawionych w postępowaniu;

-oświadczenia konsorcjum Inpuls w trybie art. 117 ust. 4 na okoliczność jego treści

W treści odwołania Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 239 Ustawy PZP polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum Firm w składzie Inpuls Sp. z o.o., PUH Inpuls Sp. z o.o. ul. Norberta zwanego dalej „Inpuls” lub zamiennie „Konsorcjum Inpuls”, którego oferta zawiera

rażąco niską cenę;

ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia powyższego zarzutu:

2)naruszenie art. 128 ust. 1 Ustawy PZP, ewentualnie art. 128 ust. 4 Ustawy PZP w związku z art. 117 ust. 1 Ustawy PZP oraz art. 239 Ustawy PZP poprzez zaniechania wezwania Wykonawcy Konsorcjum Firm w składzie Inpuls Sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych zawierających błędy lub do złożenia wyjaśnień odnośnie złożonych podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;

3)naruszenie art. 128 ust. 1 w związku z art. 117 ust. 4 Ustawy PZP, art. 117 ust. 3 Ustawy PZP, art., 117 ust.1 Ustawy PZP,art. 112 ust. 2 pkt 4 Ustawy PZP oraz art. 239 Ustawy PZP zaniechania wezwania do uzupełnienia oświadczenia z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy wchodzący w skład konsorcjum Inpuls będzie wykonywał który z konsorcjantów

Odwołujący żąda w postępowaniu:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy Inpuls;

2)odrzucenia oferty Wykonawcy Inpuls, która zawiera rażąco niską cenę;

ewentualnie:

3)wezwania Wykonawcy Inpuls do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazu usług lub złożenia wyjaśnień odnośnie w/w podmiotowych środków dowodowych;

4)wezwania Konsorcjum Inplus do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Ustawy PZP

5)ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem uzupełnionych podmiotowych środków dowodowych, oświadczenia, lub złożonych wyjaśnień;

6)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa wg.

norm przepisanych.

Zamawiający potwierdza, iż prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego powyżej 750.000 Euro, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Ochrona fizyczna osób i mienia, DZP.281.68A.2024. Ogłoszenie o niniejszym zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2.09.2024 r. pod numerem: 523849-2024, Dz.U. S. 170/2024

W dniu 5.11.2024 r., Zamawiający za pośrednictwem platformy, poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym Postępowaniu.

Odwołujący wniósł odwołanie i Zamawiający potwierdza jego otrzymanie w dniu 15.11.2024 r.

Odnosząc się do zarzutów Odwołania Zamawiający wskazuje, co następuje:

Odwołujący w pierwszej kolejności podnosi, iż oferta wybranego Wykonawcy winna zostać odrzucona przez Zamawiającego jako zawierająca rażąco niską cenę. Odwołujący wskazał, iż wybrany Wykonawca na wezwanie Zamawiającego w dniu 17.10.2024 r. w przedmiocie wyjaśnienia zaproponowanej ceny przedstawił kalkulację kosztów, która nie została poparta jakimikolwiek dowodami potwierdzającymi możliwość realizacji zamówienia zgodnie z założeniami przyjętymi w kalkulacji, a dodatkowo zawyżył pomoc publiczną, którą uwzględnił w kalkulacji.

Według odwołującego przyjęte w kalkulacji kwoty pomocy publicznej w postaci dofinansowania do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych w wysokości 2.752,50 zł dla 11 etatów pracowników ze stwierdzonym znacznym stopniem niepełnosprawności, 2578,02 zł dla 26 etatów pracowników ze stwierdzonym umiarkowanym stopniem niepełnosprawności ze schorzeniem specjalnym oraz 1545,83 zł dla 3 etatów pracowników ze stwierdzonym lekkim stopniem niepełnosprawności są zawyżone i nieadekwatne do kwot wynikających z ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych określonych w art. 26 a ustawy na poziomie odpowiednio 2400 zł, 2250 zł oraz 1350 zł dla wskazanych wyżej grup pracowników. Powyższe działanie powoduje zdaniem Odwołującego zawyżeni oferty o 12.996,79 zł w skali miesiąca. Gdyby wyliczenia Wybranego oferenta opierały się na stawkach pomocy publicznej wskazanych w ustawie, wybrany Oferent musiałby realizować usługę ze stratą miesięczną w wysokości 9.996,79 zł, a w skali kontraktu na poziomie 479.845,92 zł. Zdaniem Odwołującego powyższe potwierdza, że zaproponowana cena jest rażąco niska.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, iż wybrany Wykonawca oprócz kalkulacji nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność potwierdzenia realizacji usługi zgodnie z wymaganiami za zaproponowaną cenę, wyjaśnienia opierając wyłącznie na kalkulacji ceny. Według Odwołującego winien wykazać, że zatrudnia pracowników niepełnosprawnych w ilości pozwalającej na uzyskanie wskazanego wyżej dofinansowania.

Odwołujący twierdzi, że wybór oferty został dokonany w oparciu o nierealne oraz nieprawidłowe wyjaśnienia dotyczące ceny, a wybrana oferta winna zostać odrzucona.

Odnosząc się do zarzutu ad. 1 Odwołującego dotyczącego nie odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, Zamawiający stwierdza, iż zarzut zaniechania odrzucenia oferty wybranego wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę jest całkowicie chybiony.

Należy zauważyć, iż zgodnie z informacją o wysokości środków przeznaczonych przez Zamawiającego na realizację postępowania z dnia 4.10.2024 r. Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 9.225.000 zł brutto. Kwota ta odpowiada wartości szacunkowej zamówienia, ustalonej przez Zamawiającego w czerwcu 2024 r. na kwotę netto 7.500.000 zł.

Dowód: informacja Zamawiającego o wysokości środków przeznaczonych na realizację zamówienia z dnia 4.10.2024 r., pkt. 3 protokołu postępowania w zakresie określenia kwoty wartości szacunkowej zamówienia

W postępowaniu wpłynęło łącznie 9 ofert, których ceny wahały się od 8.089.424,64 zł brutto do 11.898.754,56 zł brutto za realizację przedmiotu zamówienia. Najniższą ofertą była oferta wybranego Wykonawcy konsorcjum INPULS na kwotę 8.089.424,64 zł, drugą cenowo ofertą była oferta Odwołującego na kwotę 8.471.528,64 zł a więc oferta wyższa o kwotę 382.104,00 zł brutto. Wybrana oferta nie jest niższa niż 30 % wartości szacunkowej zamówienia ani nie jest niższa od 30 % od średniej arytmetycznej złożonych ofert, która w tym przypadku wynosi 9.805.508.44 zł. W związku z tym cena wybranej oferty nie spełniała przesłanek określonych w art. 224 ust. 2 pkt. 1 i 2 PZP aby uznać ją za rażąco niską. Co do zasady zatem Zamawiający nie miał obowiązku wzywania Wykonawców do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Mając jednak na uwadze, że Zamawiający wymagał zatrudnienia osób realizujących usługi na podstawie umowy o pracę, a cena oferty opierała się na stawce kalkulacyjnej jaka jest cena roboczogodziny, której wysokość wzbudziła u Zamawiającego wątpliwość, co do zgodności przyjętej stawki z obowiązującymi przepisami ustawy o minimalnym wynagrodzeniu uznał za konieczne zweryfikowanie tej kwestii

Zgodnie z obowiązującymi przepisami wysokość stawki roboczogodziny stanowiąca podstawę kalkulacji ceny w przypadku tego zamówienia od 1 stycznia 2025 r. winna wynosić 30,50 zł, a wybrany Wykonawca zaproponował stawkę 24,75 zł. W związku z powyższym nie znając elementów kalkulacji Wykonawcy Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie tej kwestii do Konsorcjum Inpuls pismem z dnia 14.10.2024 r. Należy podkreślić, iż Zamawiający nie miał na tym etapie postępowania wątpliwości, co do możliwości realizacji zamówienia przez Wykonawcę zgodnie z zakresem, w szczególności, że formularz cenowy ściśle określał postępowanie i wymaganą ilość roboczogodzin, więc Wykonawcy nie mieli możliwości zaniżenia lub zmiany tych pozycji. Jednym z elementów co do którego mogła powstać wątpliwość było ustalenie czy stawka kalkulacyjna w postaci roboczogodziny pozostaje zgodna z obowiązującymi przepisami prawa, a jeżeli nie to jakie czynniki inne niż tylko ustawa o minimalnym wynagrodzeniu zostały uwzględnione w zaoferowanej stawce i czy są one realne.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 14.10.2024 do Konsorcjum Inpuls z wezwaniem do wyjaśnienia ceny

W odpowiedzi Zamawiający uzyskał odpowiedź Wykonawcy zawierającą obszerną i bardzo szczegółową kalkulację przedstawionej ceny, wskazującą na wszystkie czynniki wpływające na tą kalkulację, łącznie z przyjętymi założeniami, co do ilości i rodzaju zatrudnionych pracowników niepełnosprawnych i wysokością poszczególnych elementów wpływających ostatecznie na wysokość ceny. W wyjaśnieniach z dnia 17.10.2024 r. wybrany Wykonawca wskazał, iż przyjął stawki zgodne z obowiązującymi przepisami o wynagrodzeniu minimalnym od 1 stycznia 2025 r. zaś na ostateczną wysokość stawki roboczogodziny wpływa w największym stopniu pomoc publiczna jaką otrzymuje on w związku z zatrudnianiem osób niepełnosprawnych w postaci dofinansowania do ich wynagrodzeń. Wskazał przewidywaną ilość osób do zatrudnienia, w tym osób niepełnosprawnych oraz szereg czynników wpływających na kalkulację roboczogodziny na potrzeby postępowania.

Dowód: pismo Konsorcjum Inpuls z dnia 17.10.2024 r. wraz z kalkulacją

Zamawiający dokonał weryfikacji przedstawionej kalkulacji z uwzględnieniem wskazanych kwot, w szczególności w zakresie wskazanej wysokości pomocy publicznej i uznał je za realne. Zamawiający uznał, że założenia przyjęte przez wykonawcę nie budzą wątpliwości a Wykonawca uwzględnił czynniki wpływające na kalkulację ceny jakie będą obowiązywać od 1 stycznia 2025 r.

Należy wskazać, iż w dokumentacji zamówienia - projektu umowy - § 13 ust. 7 Zamawiający zawarł wskazówki, zgodnie z którymi Wykonawcy winni do kalkulacji przyjąć wysokość roboczogodziny uwzględniając stawki minimalnego wynagrodzenia obowiązujące od 1 stycznia 2025 r. Potwierdził to również w odpowiedzi na pytania Wykonawców w piśmie z dnia 23.09.2024 r. – odpowiedź na pytanie 6 gdzie Wykonawca pytała „Czy w związku z przyjęciem przez Rząd RP Rozporządzenia w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej, Wykonawca winien w cenie swej oferty skalkulować koszty pracy na 2025 r. w znanej już na dzień składania wysokości (...).” W odpowiedzi Zamawiający odesłał do § 13 ust. 7 wzoru umowy, gdzie wyraźnie zawarł zapis, iż nie przewiduje waloryzacji wynagrodzenia w związku z wysokością minimalnego wynagrodzenia od 1 stycznia 2025 r. ze względu na fakt, iż stawka ta jest znana i winna być przyjęta jako podstawa kalkulacji.

Dowód: odpowiedzi na pytania Zamawiającego z dnia 23.09.2024 r.

Należy zauważyć, iż celem takiego ukształtowania zapisów projektu umowy jest uniknięcie sytuacji w której w przetargu odbywającym się pod koniec roku kalendarzowego część Wykonawców proponuje stawki w wysokości obowiązującej od 1.01.2025, a część od według stanu na dzień złożenia ofert, co stwarza nierówne warunki konkurencji.

Należy zauważyć, iż wybrany Wykonawca w ocenie Zamawiającego ustalając wysokość ceny postąpił zgodnie z w/w założeniami Zamawiającego i przyjął do jej kalkulacji wartości w wysokości jaka będzie obowiązywać właśnie od 1 stycznia 2025 r. Stąd obok wysokości stawki roboczogodziny obowiązującej od 1 stycznia 2025 r. co potwierdził w kalkulacji przyjął do wyliczenia również wysokość dofinansowania do wynagrodzeń osób niepełnosprawnych obowiązującą od 1 stycznia 2025 w wysokościach zgodnych z Komunikatem na stronach PEFRON z dnia 2.08.2024 r. Co prawda stawki te nie są obecnie obowiązującymi przepisami zgodnie z ustawą o rehabilitacji, ale są to stawki zgodne z komunikatem PERFON z dnia 2.08.2024 r. oraz projektem zmiany ustawy z 1.08.2024 r. Należy wskazać, iż na datę składania ofert Wykonawca miał pełne prawo założyć, iż powyższe stawki będą obowiązujące i postąpił rzetelnie przyjmując ich wartość. Zresztą zgodnie z komunikatem na Stronie Sejmu projekt został skierowany w dniu 21.11.2024 r. przez Prezesa Rady Ministrów pod obrady Sejmu z wnioskiem o skrócenie procesu legislacyjnego jako druk 852 i przewiduje że kwotę, miesięcznego dofinansowania do wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego, o której mowa w art. 26a ust. 1 i 1b ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, stosuje się po raz pierwszy do

wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego za okres począwszy od miesiąca stycznia 2025 r. Zmiany ustawy mają wejść w życie z mocą od 1 stycznia 2025 r.

Dowód: Komunikat na stronie PEFRON z dnia 2.08.2024, projekt zmiany ustawy z dnia 2.08.2024 wraz z pismem Prezesa RM z dnia 21.11.2024 r.

W ocenie Zamawiającego nie można zarzucić Wykonawcy, iż przyjmując powyższe założenia zaproponował cenę nierealną lub rażąco niską. Wprost przeciwnie postąpił rzetelnie, gdyż wziął pod uwagę nie tylko czynniki wpływające na zwiększenie stawki kalkulacyjnej jak wzrost minimalnego wynagrodzenia ale też czynniki wpływające na spadek wartości stawki takie jak możliwość rozliczenia wyższej wartości dofinansowania do wynagrodzeń pracowników. Pozostali Wykonawcy zapewne nie dokonali takiej kalkulacji, co powoduje, że od stycznia 2025 r. osiągną większy zysk z realizacji usługi niż teoretycznie założyli. Wobec istnienia oficjalnych informacji dotyczących wysokości kwot dofinansowania i precyzyjnej daty od której będą obowiązywać, nie ma podstaw do odmowy Wykonawcy prawa oparcia się na tych informacjach i uznania, że są one niewiarygodne, gdyż tylko wtedy można by rzeczywiście podważać realność zaproponowanej stawki roboczogodziny.

Należy z całą stanowczością wskazać, iż Odwołujący nie podważył żadnych innych składników kalkulacyjnych zawartych w wyjaśnieniach wybranego Wykonawcy, co powoduje że zarzut ten jest całkowicie nieudowodniony i niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu nie udowodnienia składników kalkulacji przez wybranego Wykonawcę w postaci dowodów, w ocenie Zamawiającego wobec jasnej treści formularza cenowego i obszernej kalkulacji ceny Zamawiający w wyniku wyjaśnień z dnia 17.10.2024 r. otrzymał wszystkie niezbędne informacje potrzebne do zweryfikowania ceny zaproponowanej przez wybranego Wykonawcę. Wyjaśnienia były szczegółowe i konkretne, przyjęte założenia zgodne z SWZ oraz formularzem cenowym i wyjaśnieniami Zamawiającego Brak było zatem w opinii Zamawiającego podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum INPULS.

Odnosząc się do zarzutu ad. 2 Odwołującego jako zarzutu ewentualnego na wypadek nie uwzględnienia Zarzutu ad. 1. Zamawiający podnosi, co następuje.

Odwołujący twierdzi, iż Zamawiający zaniechał w toku postępowania wezwania wybranego Wykonawcy do przedłożenia wyjaśnienia odnośnie złożonych referencji na potwierdzenie spełnienia warunku wskazanego w rodz. VI pkt. 1 ppkt. 2 SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w powyższym punkcie SWZ wprowadził wymóg, aby w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek mógł być uznany za spełniony jeżeli spełni go samodzielnie co najmniej jeden wykonawca więc niedopuszczalne jest łączenie potencjałów wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Zdaniem odwołującego Zamawiający na podstawie przedstawionych referencji nie może jednoznacznie stwierdzić konsorcjum Inpuls spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowej, bowiem konsorcjum nie wskazało w złożonych podmiotowych środkach dowodowych jaki zakres usługi wykonywali poszczególnie wykonawcy wchodzący w skład konsorcjum, tym samym nie sprostął formalnemu wymaganiu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Powyższy zarzut Odwołujące nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający skonstruował następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej – „Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie lub w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje: - co najmniej 2 usługi (2 odrębne umowy) wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których te usługi były wykonywane lub są wykonywane wraz z załączeniem dowodów czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, polegające na świadczeniu usług ochrony osób i mienia, a każda z wykonywanych usług trwała lub trwa nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy, o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł brutto za każde 12 m-cy”. Zamawiający zaprzecza, aby formułując zapis rodz. VI pkt. 1 ppkt. 2 SWZ wprowadził wymóg, aby w przypadku Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia warunek określony w tym pkt. SWZ miał spełnić samodzielnie jeden Wykonawca oraz aby jego intencją było wprowadzenie w trybie art. 117 ust. 1 odmiennych od powszechnie obowiązujących zasad dokumentowania faktu spełnienia warunków w postępowaniu. Zamawiający nie wykluczył w żaden sposób możliwości spełnienia warunków przez obu wykonawców łącznie ani też możliwości łącznia potencjału wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w przypadku wykonawców wspólnie realnie realizujących usługę.

Na potwierdzenie spełnienia warunku Wykonawca (konsorcjum) wskazał dwie usługi poparte referencjami, które bez wątpliwości spełniają postawiony warunek. Co jest istotne w tym przypadku usługi wykonało konsorcjum w składzie analogicznym jak w obecnym postępowaniu.

Do oceny doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum należy każdorazowo podchodzić indywidualnie biorąc pod uwagę przede wszystkim treść warunku udziału w postępowaniu, konkretne działania wykonawców podejmowane podczas realizacji wskazanej na potwierdzenie spełnienia tego warunku inwestycji oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia i podziału zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum. Przedmiotem zamówienia jest usługa ochrony i nie dzieli się ona na inne elementy składowe. Kluczowa jest tutaj odpowiedzialność każdego z konsorcjantów za realizację przedmiotu zamówienia i nie chodzi tutaj o solidarną odpowiedzialność w sensie finansowym lecz o odpowiedzialność za zrealizowane zadanie i w efekcie nabytą wiedzę i doświadczenie. Podkreślić należy, że każdy z konsorcjantów brał czynny udział w realizacji przedmiotu zamówienia jest to typowy schemat funkcjonowania firm z danej branży. Budowanie konsorcjum w tym rodzaju monotematycznych usług, które by działało w innej formie nie ma większego sensu. Dodatkowo, ze względu na fakt, iż Wykonawca realizował już usługę dla Zamawiającego zna on metodykę jego działania i sposób funkcjonowania w ramach konsorcjum.

Należy wskazać, iż przedmiot zamówienia nie podlega podziałowi na pakiety jest jednolity. Usługi ochrony nie da się podzielić na poszczególne zadania. Każdy z Wykonawców biorący udział w realizacji przedmiotu zamówienia jest odpowiedzialny względem Zamawiającego za całość umowy i wszystkie jej elementy oraz wszystkie je faktycznie realizuje. Przyjmując, że nabyte doświadczenie jest zależne od konkretnego zakresu udziału danego konsorcjanta, jego faktycznego wkładu nie ma wątpliwości, że w tym rodzaju usług, każdy z Wykonawców może się wykazać pełnym doświadczeniem za zrealizowane zadanie w ramach konsorcjum ponieważ każdy z nich brał udział w realizacji usługi i będzie ją realizował w ramach docelowej umowy. Wezwanie Wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień jest bezcelowe i prowadziło by jedynie do niezasadnego wydłużenia postępowania.

Po drugie należy wskazać, że oceniając działanie Zamawiającego należy mieć na uwadze treść oświadczeń i dokumentów złożonych przez wybranego oferenta. Większość orzeczeń, na które powołuje się w odwołaniu Odwołujący, wskazujących na konieczność szczegółowego badania przez Zamawiającego zakresu udziału poszczególnych członków konsorcjum w realizacji usług objętych warunkiem i referencjami dotyczy przypadków w których potencjał w zakresie doświadczenia udostępnia albo członek konsorcjum nie biorący udziału w realizacji zamówienia, albo biorący udział w jakiejś części, albo też referencje wskazują, że jedno z członków konsorcjum posiada doświadczenie w realizacji zamówienia ale w ramach innej konfiguracji konsorcjum niż to które złożyło ofertę. Dokładnie takich stanów faktycznych dotyczą orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.06.2022 r. sygn. KIO 1397/22.

W przypadku objętym niniejszym postępowaniem obu członków konsorcjum złożyło w trybie art. 117 ust. 4 PZP oświadczenie, iż będą realizować czynności ochrony w obu lokalizacjach, czyli będą faktycznie realizować przedmiot zamówienia w pełnym zakresie. Przedłożone referencje wybranego Wykonawcy potwierdzają, że obaj członkowie konsorcjum działając wspólnie zrealizowali zamówienia o wartości określonej przez Zamawiającego. W tym przypadku dokonywanie zatem sztucznego podziału wartości zrealizowanych umów pomiędzy członkami konsorcjum i dzielenie ich wartości oraz próba wykazanie poprzez takie działania, że nie spełnili oni warunków umowy wydaje się całkowicie niezasadne. Z treści obu referencji wynika, że o obaj członkowie konsorcjum wspólnie realizowali umowy, co do których wystawione zostały referencje.

Dowód: referencje przedłożone przez konsorcjum Impuls wraz z oświadczeniem zgodnie z zał. nr 9 do SWZ

Patrząc na cel uregulowań art. 116 i 117 PZP a także kierunek orzecznictwa i interpretacji tych regulacji, również w kontekście orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości, celem badania przez Zamawiającego zdolności technicznych iż zawodowych wykonawców jest zapewnianie prawidłowej realizacji zamówienia przez podmiot mający w tym zakresie realne doświadczenie i wyeliminowanie tzw. handlu potencjałem w którym to wykonawca uczestniczy w konsorcjum udostępniając swoje doświadczenie ale faktycznie nie realizuje żadnych istotnych elementów zamówienia. Natomiast w sytuacji, w której członkowie konsorcjum wspólnie składają ofertę, rzeczywiście i realnie uczestniczą w realizacji zamówienia, tak jak potwierdza to oświadczenie wybranego Wykonawcy złożone w postępowaniu, nie ma podstaw do szczegółowego dalszego weryfikowania przez Zamawiającego sposobu realizacji usługi w zakresie objętym referencjami wystawionymi na to samo konsorcjum, realizujące te umowy wspólnie w innych przypadkach. Zamawiający nie może na tym etapie postępowania żądać od Wykonawcy dokumentów, których nie oczekiwał na etapie składania ofert i nie wpisał wyraźnie do SWZ jako dokumentów podmiotowych lub przedmiotowych.

Jak wskazuje się w orzecznictwie:

1) Celem oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 p.z.p., jest weryfikacja, czy zakres zamówienia co do którego należy się wykazać spełnieniem warunku udziału w postępowaniu będzie rzeczywiście wykonany przez członka konsorcjum, który wykazuje się spełnieniem tego warunku, analogicznie więc jak w przypadku złożenia oświadczenia przez podmiot trzeci, na zasoby którego wykonawca powołuje się w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2021 r. KIO 2945/21);

2) Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu wymaga zatem od Zamawiającego uzyskania wiedzy o sposobie realizacji zamówienia publicznego już na etapie oceny i badania wniosków) ofert, właśnie w postaci oświadczenia złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w trybie ustawy Pzp. Oświadczenie składane w trybie art. 117 ust. 4 p.z.p. ma umożliwić Zamawiającemu weryfikację, czy planowany podział zadań pomiędzy członków Konsorcjum zapewnia realizację zamówienia przez podmiot, który posiada stosowne uprawnienia i wymagane doświadczenie. Zgodnie z nowymi regulacjami tylko ten spośród wykonawców, który wykazuje spełnienie warunku określonego w SWZ, może realizować zakres świadczenia, do wykonania którego określone zdolności są wymagane. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 października 2021 r. KIO 2597/21).

Z powyższej wykładni wynika jednoznacznie, że oświadczenie składane w trybie przepisu art. 117 ust. 4 ustawy Pzp musi opiewać na opis wykonania zamówienia przez poszczególnych członków konsorcjum, w tym przypisanie im poszczególnych zadań związanych z realizacją zamówienia, które wpisywać się muszą w zdolności techniczne i zawodowe jakich posiadanie wykazywali. Natomiast, w sytuacji, w której z oświadczenia złożonego w trybie art. 117 ust. 4 p.z.p. wynika, że każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (także ten, na którego zdolności opierało się konsorcjum wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu) będzie wykonywać wszystkie rodzaje czynności wchodzących w zakres zamówienia - siłą rzeczy spełniony jest wymóg z art. 117 ust. 3 gdyż wykonawca taki będzie oczywiście wykonywać także czynności, do realizacji których wymagane są jego zdolności.

Z przedłożonego przez członków konsorcjum Inpułsu oświadczenia wynika, że podział zadań związanych z realizacją zamówienia może być między nimi wyłącznie ilościowy a nie jakościowy, zatem dalsze weryfikowanie złożonego oświadczenia nie znajduje uzasadnienia w świetle art. 117 ust.3 ustawy PZP i art. 63 Dyrektywy.

Mając na uwadze powyższe przedmiotowy zarzut Odwołującego jest niezasadny.

W zakresie zarzutu ad. 3 Odwołującego co do zaniechanie przez Zamawiającego uzupełnienia oświadczenia wybranego Wykonawcy stanowiącego zał. nr 9 do SWZ w zakresie sposobu realizacji zamówienia zgodnie z art. 117 ust.4 PZP.

Odwołujący twierdzi, że Zamawiający określił w SWZ szczególny sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu, natomiast złożone przez wybranego Wykonawcę oświadczenie w trybie art. 117 ust. 4 o sposobie realizacji zamówienia nie wskazuje jakie konkretnie czynności będą wykonywa przez poszczególnych członków konsorcjum. Nie precyzuje ono podziału obowiązków pomiędzy konsorcjantów. Zdaniem Odwołującego brak informacji o podział obowiązków wykonawców uniemożliwia Zamawiającemu zweryfikowanie oceny zdolności Konsorcjum do udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu podtrzymuje twierdzenia zawarte w zakresie odniesienia do zarzutu ad. 2 wskazując że nie sformułował w SWZ szczególnego sposobu spełnienia warunków przez wykonawców ubiegających się o wspólne udzielenie zamówienia, dostarczone oświadczenia i dokumenty nie wymagają dalszych uzupełnień i wyjaśnień. Jednocześnie, Zamawiający wskazuje że niniejszy zarzut Odwołującego jest dla niego w ogólnie nie zrozumiały w zaistniałym stanie faktycznym. Należy wskazać, że w oświadczeniu złożonym przez członków konsorcjum zgodnie z załącznikiem nr 9 do SWZ, w trybie art. 117 ust. 4 członkowie konsorcjum jasno wskazali, że będą każdy z nich realizował usługi objęte przedmiotem zamówienia zgodnie z jego zakresem. Z oświadczenia tego wynika wyrażnie, że podział zadań pomiędzy członkami może mieć charakter wyłącznie ilościowy a nie jakościowy, a skoro tak, Zamawiający nie ma podstaw do domagania się dalszych wyjaśnień odnośnie sposobu zaangażowania członków konsorcjum w realizację usługi.

Powyższy zarzut Odwołujące nie zasługuje zatem na uwzględnienie, ponieważ opiera się na dowolnej i nie znajdującej odzwierciedlenia w treści SWZ interpretacji rodz. VI pkt. 1 ppkt. 2 SWZ oraz pomija okoliczności faktyczne istniejące konkretnie w niniejszym postępowaniu, w szczególności oświadczenie Wykonawcy złożone w trybie art. 117 ust. 4.

Podsumowując, z uwagi na to, że żaden z przedstawionych wyżej zarzutów okazuje się nie być zasadnym

należy uznać, że Zamawiający dokonał w postępowaniu prawidłowego i zgodnego z przepisami p.z.p. wyboru Wykonawcy i oferty, która uzyskała najwyższą liczbę punktów według przyjętych kryteriów oceniania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż istniały przesłanki do uznania ceny zaoferowanej przez wybranego Wykonawcę za rażąco nisko, jego zarzuty opierają się w przeważającej części na domniemaniach, błędnych interpretacjach i pomijaniu okoliczności faktycznych udzielenia zamówienia oraz treści oświadczeń złożonych przez Strony. Mając na względzie wskazane wyżej argumenty, zarzuty Odwołującego są całkowicie niezasadne i nie zasługują na uwzględnienie, w związku z czym Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.”.

W przedmiotowej sprawie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impuls sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, P.U.H. Impuls sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Przystępującego, wezwania Przystępującego przez Zamawiającego do wyjaśnień kalkulacji ceny z dnia 14 października 2024 r., wyjaśnień Przystępującego z dnia 17 października 2024 r. wraz z załącznikiem w postaci kalkulacji, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 4 listopada 2024 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 25 listopada 2024 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 4 listopada 2024 r., jak również na podstawie złożonych przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 112 ust. 2 pkt 4, art. 117 ust. 1, 3 i 4 art. 128 ust. 1 i 4, art. 226 ust. 1 pkt 8, art. 239 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z powodu złożenia przez niego oferty z rażąco niską ceną, a także czy Zamawiający był zobowiązany do wezwania Przystępującego do wyjaśnienia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

W pierwszej kolejności, Izba ustaliła w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, że Zamawiający pismem z dnia 14 października 2024 r. zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie ceny oferty.

Zamawiający motywował, że uwagi na fakt, iż w złożonej ofercie Wykonawca podał cenę 1 roboczogodziny 24,75 zł netto, a znana jest wysokość minimalnej stawki godzinowej, obowiązującej od 1 lipca 2024r - 28,10zł brutto oraz stawki, która będzie obowiązywać od 1 stycznia 2025r- 30,50 zł brutto, wzbudziła wątpliwości Zamawiającego możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie zakreślonymi wymaganiami.

W związku z powyższym Zamawiający działając na podst. art. 224 ust.1 oraz ust 3 pkt 4 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2024 r. póź. 1320) zwrócił się o złożenie wyjaśnień odnośnie sposobu kalkulacji ceny.

Zamawiający poinformował Przystępującego, że wyjaśnienia, o których mowa powinny dotyczyć w szczególności:

a) 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 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

b) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.”.

W wykonaniu powyższego wezwania Zamawiającego Przystępujący przy piśmie z dnia 17 października 2024 r. załączył szczegółową kalkulację kosztów świadczenia usługi stanowiącej przedmiot zamówienia.

Jednocześnie Przystępujący oświadczył, że wskazane w tabeli dofinansowanie do wynagrodzeń pracowników przewidzianych do realizacji niniejszego zamówienia, jest uzyskane ze środków Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, stanowi pomoc publiczną, o której mowa w art. 90 ust. 1 pkt 2) Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, która pozwala na znaczną redukcję kosztów zatrudnienia pracowników, co w efekcie przekłada się na cenę świadczenia usługi.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, że Przystępujący zaoferował cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia w wysokości 8 089 424,64 zł brutto, zaś Odwołujący zaproponował cenę w kwocie 8 471 528,64 zł.

W ocenie Izby – już chociażby z zestawienia wartościowego powyższych dwóch ofert nie wynika, iżby cena oferty Odwołującego miała charakter rażąco niskiej ceny, bowiem różnica pomiędzy cenami to kwota 382 104 zł, co stanowi jedynie około 5% wartości tych ofert.

W judykaturze i piśmiennictwie zgodnie przyjmuje się, że cena rażąco niska to cena nierealistyczna, niewiarygodna, poniżej kosztów świadczenia.

Z tego względu trudno jest mówić o możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny.

W dalszej kolejności, po przeanalizowaniu przedmiotowej sprawy, z uwzględnieniem powyższych stanowisk stron Izba doszła do przekonania, że w ogóle można mieć wątpliwości czy zaistniały podstawy prawne do wszczęcia przez Zamawiającego procedury zmierzającej do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego w trybie przepisu art.224 ust.1 i 2 ustawy Pzp.

Zgodnie 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.

W ust.2 pkt 1) cyt. wyżej przepisu zostały wskazane przesłanki uzasadniające prowadzenie postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W rozpoznawanej sprawie powyższe okoliczności nie zachodziły, bowiem brak było przekroczenia przez Przystępującego 30% progu, o którym mowa w powołanym wyżej przepisie w stosunku do wartości zamówienia, a także do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Niezależnie od powyższego, mając na uwadze, że Odwołujący zakwestionował jedynie kwotę uśrednioną przysługującą z PFRON (vide: zakres zaskarżenia wraz z oświadczeniem z protokołu z rozprawy) Izba doszła do przekonania, że wykonawcy mają prawo w swoich kalkulacjach cenowych uwzględniać okoliczności możliwej i oczekiwanej zmiany ustawowej stawki dofinansowania z funduszu PFRON dla personelu składającego się z osób niepełnosprawnych.

Jednocześnie Izba nie zidentyfikowała przepisu na gruncie ustawy Pzp, który sprzeciwiałby się takiemu założeniu.

Zdaniem Izby - wykonawcy w ramach swobody działalności gospodarczej mogą w sposób racjonalny i korzystny dla siebie kształtować swoje zobowiązania umowne, rozważając możliwość skorzystania z różnych opcji realizacji zamówienia wynikających zarówno z obowiązujących przepisów prawa, jak i z tych oczekiwanych zmian prawnych.

W związku z tym, że Zamawiający przy ocenie możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny kierował się podobnym jak wyżej zaprezentowanym stanowiskiem, nie miał on również powodu do zakwestionowania zaoferowanej przez Przystępującego ceny ofertowej, która została potwierdzona dowodem z przedłożonej przez niego kalkulacji kosztów.

W ocenie Izby – zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący uprawdopodobnili, wykazując odpowiednie etapy procesu legislacyjnego (vide: rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych), że podwyższenie stawki dofinansowania może wzrosnąć, co wpłynie na możliwość obniżenia ceny.

Reasumując, Zamawiający nie mógł zastosować przepisu art.224 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przechodząc do rozpoznania kolejnego zarzutu odwołania, Izba uznała, że interpretacja Odwołującego treści rozdziału VI pkt 1 ppkt 2 SWZ nie jest trafna.

Wymaga wskazania, że Zamawiający postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie: zdolności technicznej lub zawodowej – Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie lub w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje:

- co najmniej 2 usługi (2 odrębne umowy) wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których te usługi były wykonywane lub są wykonywane wraz z załączeniem dowodów czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, polegające na świadczeniu usług ochrony osób i mienia, a każda z wykonywanych usług trwała lub trwa nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy, o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł brutto za każde 12 m-cy.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli spełni go co najmniej jeden z wykonawców składających ofertę.

Według zapytywania Izby – jest prawnie dopuszczalne łączenie i sumowanie potencjałów w sposób, który umożliwia spełnienie cyt. wyżej warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby – powyższe zastrzeżenie w warunku nie wyłączało sytuacji możliwości jego spełnienia przez dwóch wykonawców pozostających w konsorcjum.

Wymaga podkreślenia, że obowiązek wykazania przez wykonawcę spełnienia warunku przez co najmniej jednego wykonawcę nie oznacza, że warunek musi być spełniony samodzielnie jedynie przez jednego wykonawcę.

Izba ustaliła, że Przystępujący wykazał realizację dwóch zamówień referencyjnych realizowanych na rzecz:

1) Komunalnego Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej w Katowicach za kwotę 3.434817,79 zł brutto w okresie od 15.12.2021 do 15.12.2023,

2) Uniwersyteckie Centrum Kliniczne im. Prof. K. Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach za kwotę 3.694.136,76 zł brutto w okresie od 30.11.2019 do 30.11.2022, które zostały potwierdzone referencjami tych podmiotów.

Zdaniem Izby – Zamawiający nie miał podstaw do oceny powyższych podmiotowych środków dowodowych w sposób wskazywany przez Odwołującego, bowiem Przystępujący wykazał referencyjne wartości realizacji usług z dwóch odrębnych umów, które były świadczone nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy.

Izba wzięła również pod uwagę okoliczność, że sporna zdolność zawodowa wykonawców została wygenerowana w powyższych zamówieniach (poprzednio PUH Impuls J.D.) przez osobę J.D. zarządzającego w obecnych konsorcjach.

W przekonaniu Izby – w obecnym składzie osobowym Przystępującego występuje wyżej wskazana osoba, która dysponuje stosownym doświadczeniem popartym załączonymi referencjami.

Ponadto, zaproponowany przez Odwołującego w odwołaniu podział kwot wskazanych w wykazie i referencjach na dwóch wykonawców ma charakter sztuczny i nie odzwierciedla procesu nabywania realnego doświadczenia.

Ostatecznie, według Izby – nie narusza ustawy Pzp i nie świadczy o braku spełniania podmiotowego warunku taka realizacja przedmiotu zamówienia w ramach referencyjnych usług, która jest oparta o wspólny zakres zadań i obowiązków wykonawców.

Wobec tego, Izba uznała, że Zamawiający nie miał dostatecznych podstaw prawnych do zastosowania przepisu art.128 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Podobnie, Izba nie dostrzegła po stronie Zamawiającego obowiązku skorzystania z przepisu art.128 ust.4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w , lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Bezpodstawne również przy formułowaniu zarzutu odwołania było powołanie się przez Odwołującego na przepis art.117 ust.1 ustawy Pzp, stosowanie do którego zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

Podobnie, rzecz się ma w odniesieniu do powołanego w odwołaniu przez Odwołującego przepisu art.112 ust.2 pkt

4 ustawy Pzp, który postanawia, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Treść powyższych przepisów w sposób jednoznaczny wskazuje, że jest są one adresowane do zamawiających na etapie przygotowania dokumentów zamówienia, a nie służą do oceny podmiotowych środków dowodowych.

Jednocześnie z okoliczności sprawy wynika, że Przystępujący będą realizować zamówienie siłami własnymi bez udziału podwykonawców, a zatem nie było powodów do przyjęcia przez Zamawiającego, że jest on objęty dyspozycją przepisu art.117 ust.3 ustawy Pzp, który przewiduje, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Dodatkowo, z racji wspólnej realizacji przedmiotowego zamówienia nie sposób było oczekiwać od Przystępującego spełnienia warunku określonego w przepisie art.117 ust.4 ustawy Pzp stanowiącego, że w przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Ostatecznie, biorąc pod uwagę, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.239 ustawy Pzp ma charakter wynikowy i jego potwierdzenie jest ściśle uzależnione od uznania zasadności rozpoznanych wyżej zarzutów odwołania, Izba uznała go za bezzasadny.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania .

Przewodniczący:.....