

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Adriana Urbanik

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: TSSERVICE Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Protect Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ST Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Kliniczny im. K.J. Uniwersytetu Medycznego im. K.M. w Poznaniu

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Time Group Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach, Sky One Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie wycofanego zarzutu 4 odwołania,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum: TSSERVICE Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Protect Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ST Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: TS SERVICE Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Protect Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ST Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 1388/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług w zakresie ochrony osób i mienia wraz z usługami portierskimi dla Szpitala Klinicznego im. K.J. Uniwersytetu Medycznego im. K.M. w Poznaniu”, nr referencyjny: ZP 55/23, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22.12.2023 r. pod nr 2023/S 247- 00783527 przez **Szpital Kliniczny im. K.J. Uniwersytetu Medycznego im. K.M. w Poznaniu, ul. Szpitalna 27/33, 60-572 Poznań**, zwany dalej: „Zamawiającym”.

Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.), dalej „ustawy Pzp”.

Dnia 22.04.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie złożyli **wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: TS SERVICE Spółka z o.o., ul. Strzeszyńska 31, 60-476 Poznań, PROTEC TECHNOLOGY Spółka z o.o., ul. Strzeszyńska 31, 60-476 Poznań, ST PLUS Spółka z o.o., ul. Strzeszyńska 31, 60-476 Poznań**, zwani dalej także „Odwołującym”:

1. od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum wykonawców TIME GROUP Polska Spółka z o.o. ul. Plac Wolności 2, 41-400 Mysłowice, SKY ONE Spółka z o.o. ul. Plac Wolności 2, 41-400 Mysłowice (wybór oferty w dniu 12 kwietnia 2024 r.),

- 2.od niezgodnego z przepisami zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy – Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o., SKY ONE Spółka z o.o., którego oferta zawiera rażąco niską cenę i rażąco niskie koszty, a wyjaśnienia Wykonawcy co do ceny i kosztów były nierzetelne, ogólnikowe i niepoparte dowodami,
- 3.od niezgodnego z przepisami uznania, że Wykonawca - Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o., SKY ONE Spółka z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, podczas gdy wykonawca ten nie udowodnił, że lider konsorcjum – TIME GROUP Polska Spółka z o.o. należycie wykonał co najmniej jedną usługę w zakresie ochrony osób i mienia (polegającą na bezpośredniej ochronie osób i mienia, w tym zapewnienie podjazdów grupy interwencyjnej) o wartości nie mniejszej niż 1.900.000 zł brutto na rzecz Zamawiającego publicznego, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat,
- 4.od niezgodnego z przepisami uznania, że Wykonawca - Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o., SKY ONE Spółka z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy Wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a dotyczące nienależytego wykonania istotnych zobowiązań wynikających z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego.
- Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
- 1.art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę - Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o., SKY ONE Spółka z o.o. w sytuacji, gdy :
- a) wykonawca złożył nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia co do ceny, nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny oraz kosztu, w związku z czym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny i kosztu wskazanych w ofercie,
 - b) Wykonawca zaniżył koszty wynagrodzeń pracowników,
 - c) oferta zawiera rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2.art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę - Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o., SKY ONE Spółka z o.o. w sytuacji, gdy cena złożonej oferty była rażąco niska stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniżenie kosztów realizacji usługi co wypełnia przesłankę utrudniania dostępu do rynku innym przedsiębiorcom poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów jej świadczenia w celu eliminacji innych,
- 3.art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez czynność uznania, że wykonawca - Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o., SKY ONE Spółka z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, podczas gdy wykonawca ten nie udowodnił, że lider konsorcjum – TIME GROUP Polska Spółka z o.o. należycie wykonał co najmniej jedną usługę w zakresie ochrony osób i mienia (polegającą na bezpośredniej ochronie osób i mienia, w tym zapewnienie podjazdów grupy interwencyjnej) o wartości nie mniejszej niż 1.900.000 zł brutto na rzecz Zamawiającego publicznego, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat,
- 4.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 i pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę – Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o., SKY ONE Spółka z o.o. podczas, gdy oferta złożona przez tego wykonawcę powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona, jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania w związku z przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa), co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a dotyczących nienależytego wykonania istotnych zobowiązań wynikających z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego.
- Mając na względzie powyższe, Odwołujący wniosk o:
- 1.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy - Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o., SKY ONE Spółka z o.o., powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym

odrzućcie oferty wykonawcy - Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o., SKY ONE Spółka z o.o. ora nakazanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika według norm przepisanych.

Zamawiający w dniu 23.04.2024 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej za pośrednictwem profilu Zamawiającego na którym prowadzone jest przedmiotowe postępowanie) wezwał wraz kopią odwołania, uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie (wpływ w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) w dniu 26.04.2024 r.

wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: TIME GROUP Polska Sp. z o.o.,

Pl. Wolności 2, 41-400 Mysłowice, Sky One Sp. z o.o., Pl. Wolności 2, 41-400 Mysłowice zwani dalej „Przystępującym”. W piśmie zgłaszającym przystąpienie do postępowania odwoławczego Przystępujący przedstawił stanowisko w sprawie. Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego Przystępującego

W dniu 09.05.2024 r. odpowiedź na odwołanie (wpływ w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) złożył Zamawiający, w której w szczególności wniósł o oddalenie odwołania w całości

i zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika według norm przepisanych.

W dniu 13.05.2024 r. odpowiednio podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron i rozprawy w szczególności:

1) Odwołujący wycofał zarzut 4 odwołania dotyczący zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę – Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o., SKY ONE Spółka z o.o. podczas, gdy oferta złożona przez tego wykonawcę powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona, jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania w związku z przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa), w pozostałym zakresie odwołania podtrzymał stanowisko jak w odwołaniu, złożył wniosek o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego i fakturę.

Złożył dowody:

1. umowę o dofinansowanie wynagrodzenia za zatrudnienie skierowanego bezrobotnego, który ukończył 50 rok życia, na fakt potwierdzenia, że zatrudnienie takiej osoby jest obwarowane wieloma warunkami i jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym,
2. odpisy z KRS według stanu na dzień 12 maja 2024 r. na potwierdzenie faktu, że spółka Clean4one Sp. z o.o. wcześniej występowała pod firmą Time Security Sp. z o.o. i nadal prowadzi działalność pod tym samym numerem KRS i posiada ten sam NIP oraz REGON,
3. wydruk ze strony lex z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 2017 r. sygn. akt I CSK 462/16 na potwierdzenie, że w przypadku nieujawnienia w planie podziału praw, obowiązków, w tym referencji poprzednika prawnego, nie przechodzą one na spółkę przejmującą, a pozostają przy spółce dzielonej przez wydzielenie.

Odwołujący wniósł o niedopuszczenie dowodów przedstawionych przez Zamawiającego i Przystępującego jako spóźnionych. Jeśli chodzi o dowody przedstawione przez Zamawiającego, to chodzi o wszystkie dowody z wyłączeniem odpisu z KRS Zamawiającego, a jeśli chodzi o Przystępującego – to chodzi o porozumienie z 17.08.2023 r. wraz z poświadczeniem 8/2023r. Odwołujący nie wie co jest treścią tego dowodu, bowiem Przystępujący nie załączył go do zgłoszenia przystąpienia, ale występuje on na stronie 7 zgłoszenia, podtrzymał, że jest to dowód spóźniony, z tego względu wniósł o nieuwzględnienie tego dowodu. Wniósł o uwzględnienie odwołania w części niewycofanych zarzutów odwołania;

2) Zamawiający podtrzymał stanowisko i wnioski jak w odpowiedzi na odwołanie, wniósł

o nieprzeprowadzenie dowodu Odwołującego nr 3 (wyroku) z uwagi na to, że wyrok nie może być dowodem w sprawie, natomiast stan faktyczny w sprawie w tym wyroku jest inny, niż w niniejszej sprawie w postępowaniu odwoławczym, w związku z czym nie przyczyni się w żaden sposób do rozstrzygnięcia sprawy w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Wniósł o nieuwzględnienie wniosku dowodowego Odwołującego nr 1 (umowy), z uwagi na to, że złożona oferta zawiera w sobie deklarację zawarcia umowy z osobami fizycznymi świadczącymi

zatrudnienie na podstawie umowy o pracę. Wnioski Odwołującego co do nieprzeprowadzenia dowodu z dokumentów przedstawionych przez Zamawiającego na poświadczenie stanu faktycznego zdaniem Zamawiającego nie powinny być uwzględnione. Zamawiający nie złożył wniosku kosztowego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, w zależności od wyniku sprawy wniósł o zniesienie kosztów pomiędzy stronami. Wniósł o oddalenie odwołania w części niewycofanych zarzutów odwołania;

3)Przystępujący złożył dowody: porozumienie zawarte w Mysłowicach w dniu

17.08.2023 r. na okoliczność faktu zawarcia i daty zawarcia tego porozumienia; umowę zawartą w dniu 01.04.2022 r. wraz z aneksami, kluczowy jest aneks 2, na potwierdzenie faktu, że rzeczywista wartość umowy jest niższa niż w ogłoszeniu Spółki Restrukturyzacji Kopalń dotyczącym tej umowy. Złożył wniosek dowodowy dotyczący umowy złożonej przez Odwołującego na posiedzeniu tj. dowód 1 (umowa), wskazując na § 1 ust. 3 lit. a, na potwierdzenie faktu, że wprost z umowy wynika, że powinno być wskazane miejsce wykonywania pracy na terenie miasta Poznania, co koreluje z wymogiem ustawowym, że żeby składać wniosek o dofinansowanie zatrudnienia należy już wskazać miejsce, w którym osoba będzie zatrudniona. Poparł stanowisko Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania w części niewycofanych zarzutów odwołania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi w postępowaniu odwoławczym dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron i Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp, zaś wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuścił

w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego, a także zawnioskowane w odwołaniu, odpowiedzi

na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego Przystępującego

w zakresie rozpoznawanych zarzutów dowołania, złożone na rozprawie, z tym, że:

- dowód 2 złożony przez Odwołującego – odpisy z KRS według stanu na dzień 12 maja

2024 r. na potwierdzenie faktu, że spółka Clean4one Sp. z o.o. wcześniej występowała pod firmą Time Security Sp. z o.o. i nadal prowadzi działalność pod tym samym numerem KRS

i posiada ten sam NIP oraz REGON, nie potwierdza zarzutów odwołania, w istocie ma na celu rozszerzenie twierdzeń Odwołującego względem twierdzeń zawartych w odwołaniu.

Na podstawie art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (dotyczy to również twierdzeń co do faktów), w związku z powyższym dowód ten nie jest przydatny w niniejszej sprawie,

- dowód 3 złożony przez Odwołującego - wydruk ze strony lex z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 2017 r. sygn. akt I CSK 462/16 na potwierdzenie, że w przypadku nieujawnienia w planie podziału praw, obowiązków, w tym referencji poprzednika prawnego,

nie przechodzą one na spółkę przejmującą, a pozostają przy spółce dzielonej przez wydzielenie, nie stanowi dowodu, a stanowi w ocenie Izby interpretację przepisów prawa

w rozpatrywanej przez Sąd sprawie i stanowisko Odwołującego,

- dowód złożony przez Przystępującego – umowa zawarta w dniu 01.04.2024 r. wraz

z aneksami, złożony w odpowiedzi na zarzut 4 odwołania, jest nieprzydatny dla rozstrzygnięcia sprawy z powodu wycofania przez Odwołującego na posiedzeniu zarzutu 4 i umorzenia

w części postępowania odwoławczego co do zarzutu 4 na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła złożonego na rozprawie wniosku Odwołującego

o nieuwzględnienie dowodów zawnioskowanych przez Zamawiającego w odpowiedzi

na odwołanie (z wyłączeniem odpisu KRS Zamawiającego). Dokumentacja postępowania poświadcza stan faktyczny w sprawie, który Izba ustala w szczególności na podstawie tej dokumentacji, dowody w postaci tej dokumentacji nie mogą być spóźnione. Dowody wymienione w załącznikach do odpowiedzi na odwołanie tiret drugie, trzecie i czwarte: urzędowy druk wniosku o zawarcie umowy o przyznanie dofinansowania wynagrodzenia

za zatrudnienie skierowanego bezrobotnego, który ukończył 50 rok życia, wydruk komunikatu o planie podziału spółki <https://time-group.com.pl/wazne-dokumenty/plan-podzialu-time-security-sp-z-o-o/> wraz z zestawieniem nr 9 (wartości niematerialne i prawne), wydruk komunikatu o podziale spółki z dnia 03.08.2023 r. z strony internetowej - są to dowody powszechnie dostępne dla zainteresowanych za pośrednictwem stron internetowych – w ocenie Izby nie są spóźnione,

gdyż zostały wzięte pod uwagę z urzędu przez Zamawiającego, który badał wiarygodność oświadczenia Przystępującego o następstwie prawnym, nie zostały złożone przez Przystępującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia (nie sporne). Izba podziela pogląd wyrażony już w orzecznictwie, odmiennie od stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego na rozprawie, że fakty w informacjach dostępnych na stronach internetowych nie muszą być faktami powszechnie znanymi „Jedynie fakty powszechnie znane, a więc fakty znane przeciętnemu człowiekowi bez konieczności sięgania do wiedzy specjalnej, nie wymagają dowodu. Natomiast z obowiązku dowodzenia nie zwalnia stron fakt, o którym wiedza jest dostępna ogółowi (np. poprzez zamieszczenie na stronie internetowej), ale nie jest wiedzą powszechną. Sam fakt możliwości dostępu do określonych informacji nie oznacza jeszcze, że informacje te są powszechnie znane, choć są powszechnie dostępne” (wyrok KIO z 6.04.2011 r., KIO 617/11, LEX nr 794819). Izba wyraża pogląd, że Zamawiający ma prawo badać z urzędu wiarygodność przedłożonych mu w postępowaniu o udzielenie zamówienia dokumentów, w tym wskazanego już wyżej oświadczenia, tym bardziej gdy w dokumentacji zamówienia nie wymagał szczegółowo złożenia konkretnych dokumentów (potwierdzenia przejścia referencji na następce prawnego).

Izba nie uwzględniła złożonego na rozprawie wniosku Odwołującego

o nieuwzględnienie dowodów zawnioskowanych przez Przystępującego – Porozumienia

z 17.08.2023 r. wraz z Poświadczeniem 8/2023 r. (referencjami). Poświadczenie nr 8/24 Przystępujący złożył w terminie złożenia podmiotowych środków dowodowych, a zatem dowód ten nie jest spóźniony. Poświadczenie nr 8/2023 koresponduje z oświadczeniem Przystępującego o następstwie prawnym, natomiast jako że Zamawiający nie wymagał wzywając do złożenia wyjaśnień i podmiotowych środków dowodowych potwierdzenia następstwa prawnego, a przyjął za wystarczające oświadczenie w tym zakresie Przystępującego, to Porozumienie z 17.08.2023 r. stanowi potwierdzenie wiarygodności oświadczenia Przystępującego, natomiast nie stanowi spóźnionego dowodu w rozumieniu dowodu żądanego przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku zamówienia czy obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w ofercie. Podkreślenia wymaga, że Izba orzeka w przedmiocie czynności i zaniechań Zamawiającego będących przedmiotem zarzutów odwołania w kontekście określonych w dokumentacji zamówienia warunków zamówienia.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, to jest odwołania, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego Przystępującego, oraz stanowiska i oświadczenia stron i Przystępującego, złożone ustnie do protokołu.

Izba biorąc pod uwagę oświadczenie Odwołującego, złożone na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 13.05.2024 r. o wycofaniu zarzutu 4 odwołania dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę – Konsorcjum

TIME GROUP Polska Spółka z o.o., SKY ONE Spółka z o.o. podczas, gdy oferta złożona przez tego wykonawcę powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona, jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania w związku z przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa), postanowiła umorzyć postępowanie w zakresie zarzutu 4 odwołania wycofanego przez Odwołującego, biorąc za podstawę art. 568 pkt 1 ustawy Pzp. W zakresie części umorzonego postępowania Izba nie rozpatruje merytorycznie odwołania co do zarzutu wycofanego.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, podlegających rozpoznaniu, stwierdzić należy, że odwołanie w pozostałym do rozpoznania zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) Zamawiający postawił warunki zamówienia, w Części V – Warunki udziału:

1)w Części V – Warunki udziału:

- a) w Rozdziale I „Warunki udziału”, lit. d): „Zamawiający działając na podstawie art. 112 ust. 2 ustawy pzp, określa następujące warunki udziału w postępowaniu, w zakresie:
 - d) zdolności technicznej lub zawodowej – Zamawiający określa.”;

- b) w Rozdziale II „Opis sposobu spełnienia warunków udziału” w pkt 2): „Warunek udziału, o którym mowa w Rozdział I ust 1 lit d w zakresie zdolności technicznej i zawodowej zostanie spełniony , gdy Wykonawca udowodni, że wykonał lub wykonuje co najmniej jedną usługę w zakresie ochrony osób i mienia (polegającą na bezpośredniej ochronie osób i mienia, w tym zapewnienie podjazdów grupy interwencyjnej), o wartości nie mniejszej niż: 1 900 000 zł brutto – na rzecz Zamawiającego publicznego (Zamawiający publicznych w rozumieniu art. 4 ustawy pzp, np. szpitale, szkoły, jednostki administracji publicznej, samorządowej, spółki

skarbu państwa itd.), nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie. UWAGA: Zamawiający nie uzna za spełnienie warunków udziału, przypadku łączenia usług o wartości mniejszej niż 1900 000 zł brutto każda tj.: wykazania realizacji więcej niż jednej usługi o wartości mniejszej niż 1 900 000 zł brutto dla każdej takiej usługi, które po sumowaniu dają łączną wartość wynoszącą nie mniej niż: 1 900 000 zł.”;

2)w Części VI – Podmiotowe środki dowodowe:

- a) w rozdziale I – „oświadczenie z art. 125 ust 1 ustawy pzp (JEDZ): w pkt 6: „Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli: może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2025 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał w jednolitym dokumencie dane umożliwiające dostęp do tych środków.”,
- b) w Rozdziale II - „podmiotowe środki dowodowe” lit. B pkt 2): „Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, dostarczy na wezwanie Zamawiającego, w terminie nie krótszym niż 10 dni podmiotowe środki dowodowe niżej wymienione: B. Dotyczące warunków udziału 2) W celu spełnienia warunków udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej: Wykonawca dostarczy oświadczenie w formie wykaz (co najmniej jednej) usług wykonanych a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat (przed upływem składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości (nie mniej niż 1 900 000 zł brutto), przedmiotu (polegającą na bezpośredniej ochronie osób i mienia, w tym zapewnienie podjazdów grupy interwencyjnej), daty wykonania i podmiotów (Zamawiający publicznie w rozumieniu art. 5 ustawy pzp), na rzecz których usługi te zostały wykonane lub są wykonywane. Wykaz należy złożyć zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 8 do SWZ. Zamawiający wymaga dowodów określających, czy usługi wskazane w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane lub są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty. W przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.”.

Pismem z dnia 13.02.2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę – Konsorcjum TIME GROUP POLSKA Spółka z o.o. , SKY ONE Spółka z o.o. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub kosztu: „Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej pzp) - wzywa Państwa do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych - w terminie do dnia 20.02.2024 roku.

Z treści dokumentacji postępowania (załącznik nr 1 do SWZ, projekt umowy) wynika, że wykonawca zobowiązany jest w całym zaplanowanym okresie obowiązywania umowy zapewnić odpowiednią ilościowo obsadę osobową (dla poszczególnych portierni) w wymiarze czasowym 24 godz. na dobę przez wszystkie dni całego okresu obowiązywania umowy (wszystkie dni danego miesiąca). Wskazano że każda roboczegodzina musi być wypracowana w ramach umów o pracę, dlatego w oferowanej cenie Wykonawca musiał uwzględnić stawki godzinowe za pracę w wysokości nie niższej niż aktualna (na dzień otwarcia oferty) minimalna wysokość stawek godzinowych ustaloną na podstawie przepisów ustawy z dnia

10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Ponadto Zamawiający w dokumentacji postępowania oraz w wyjaśnieniach treści SWZ określił że przy uwzględnianiu ceny oferty należy wziąć pod uwagę okoliczność, że cel zamówienia, wymaga by czynności objęte przedmiotem zamówienia były świadczone przez osoby w pełni sprawne. Tym samym, cena oferty musi bezwzględnie uwzględniać kwoty minimalnego wynagrodzenia za pracę (bez wsparcia finansowego osób niepełnosprawnych) oraz wszelkie koszty utrzymania pracownika zatrudnionego na umowę o pracę tj. koszt składek ZUS płaconych przez Pracodawcę, koszt pracy w godzinach nocnych, koszt ewentualnego urlopu, koszt ewentualnego zastępstwa pracownika w trakcie urlopu lub zwolnienia chorobowego, w tym inne koszty takie jak wynikające z szkoleń, wyposażenia pracownika w odpowiednie umundurowanie czy koszty zapewnienia odpowiedniej łączności (np. telefony komórkowe itd.). Państwa zaoferowana cena, w szczególności istotne części składowe w postaci cen jednostkowych za 1 godzinę pracy pracownika ochrony, są niższe niż koszty zatrudnienia pracownika w 2024 roku

na podstawie umowy o pracę oraz są niższe niż obecnie obowiązujące Zamawiającego stawki za 1 godz. Pracy pracownika ochrony wg. aktualnie obowiązującej umowy o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie usług ochrony. Wobec powyższego zaoferowana przez Państwo cena oferty wydają się zamawiającemu rażąco niska w

stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz zgodnie z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów, zwłaszcza z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i aktami wykonawczymi do tej ustawy tj. Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej

w 2024 r., oraz z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Wobec powyższego i stosownie do art. 224 ust 3 pkt 1-6 ustawy pzp - w przedmiotowej sprawie Zamawiający oczekują wyjaśnień w zakresie :

- 1) kosztów zatrudnienia pracownika od 2024 roku
- 2) kosztów składek ZUS
- 3) kosztów pracy w godzinach nocnych,
- 4) kosztów ewentualnego urlopu,
- 5) kosztów ewentualnego zastępstwa pracownika w trakcie urlopu lub zwolnienia chorobowego
- 6) kosztów badań okresowych pracowników

- z uwzględnieniem zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia

za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy

z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) ewentualnej pomocy publicznej w ramach programów wsparcia dla osób bezrobotnych z uwzględnieniem zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej - jeżeli ma to wpływ na cenę oferty należy wyjaśnić zakres pomocy publicznej i jej wpływ na cenę oferty.

8) kosztów obsługi kasowo księgowej pracowników

9) kosztów wyposażenia w środki łączności

10) kosztów odpowiedniego umundurowania

11) ewentualnych kosztów szkoleń pracowników z systemów p.poż (zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia)

12) kosztów ubezpieczenia OC (art. 21a ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia)

13) kosztów podwykonawcy (wskazali Państwo że podwykonawca, nie znany na dzień składania oferty - będzie świadczył tzw. pojazdy interwencyjne);

14) inne koszty nie wymienione powyżej - jeżeli są takie koszty, to Wykonawca musi wyjaśnić inne części składowe ceny lub kosztów, które nie zostały wymienione powyżej, wskazując wpływ tych kosztów na cenę oferty.

- w zakresie w jakim wpływa to na cenę oferty

Wyjaśnienia należy sporządzić w odniesieniu do jednej roboczo godziny i wszystkich roboczogodzin objętych zamówieniem tj.: 74460, z uwzględnieniem orientacyjnej ilości osób przeznaczonych do realizacji zamówienia. Wyjaśnienia mogą mieć postać tabelarycznych zestawień z wyliczonymi kosztami (zalecane).

Do wyjaśnień należy bezwzględnie dołączyć dowody potwierdzające w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zamawiający podkreśla, że zgodnie z art. 224 ust. 5 p.z.p., obowiązek wykazania, że Państwa oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, od którego zamawiający zażądał wyjaśnień.

Zgodnie z art. 224 ust 6 pzp - Niedostarczenie przez wykonawcę żądanych wyjaśnień

w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego - spowoduje, że zamawiający odrzuci Państwa ofertę jako ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadnią podanej w ofercie ceny lub kosztu, zgodnie z art. 224 ust. 6 p.z.p.

Wyjaśnienia wraz z dowodami do których Państwo zostaliście wezwaniu, należy przekazać

w wersji elektronicznej, podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym w terminie

do dnia 20.02.2024 roku za pośrednictwem platformy zakupowej Open Nexus Sp. z o. o., korzystając z przycisku „Wyślij wiadomość” dostępnego na stronie, gdzie ogłoszone jest postępowanie. Link do postępowania znajduje się na profilu nabywcy: https://platformazakupowa.pl/pn/skp_ump.”.

Pismem z dnia 20.02.2024 r. Przystępujący wyjaśnił: „(...) przedstawiamy poniżej szczegółową kalkulację usług potwierdzającą, że zaoferowana cena jest realną ceną rynkową, umożliwiającą prawidłową realizację zamówienia. (...)

Mając na względzie charakter i cel przedmiotowych wyjaśnień, z daleko idącej ostrożności, pozwalamy sobie ponadto wskazać, że zaoferowana cena uwzględnia:

- a) wszystkie wymagania Zamawiającego dotyczące sposobu wykonania przedmiotu zamówienia opisane w SWZ;
- b) rynkowe warunki świadczenia usług objętych zamówieniem;
- c) regulacje prawne wpływające na wysokość cen, w tym w szczególności przepisy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, wysokości składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne.

Zaznaczamy również, że na wysokość zaoferowanej ceny miały wpływ następujące czynniki i elementy o mierzalnym i obiektywnym charakterze:

- organizacja pracy przyjęta do wykonania zamówienia;
- korzystne ceny zakupu wyposażenia – ze względu na wieloletnią współpracę z naszymi dostawcami i wynegocjowanymi rabatami;
- zmniejszenie narzutu na koszty bezpośrednie i pośrednie.
- posiadane zamortyzowane już wyposażenie
- korzystanie z programów pomocy publicznej na dofinansowanie wynagrodzenia organizowanych przez urzędy pracy.

KOSZTY PRACY OSÓB PRZEWIDZIANYCH DO REALIZACJI ZAMÓWIENIA

Zamawiający określił, iż przedmiot zamówienia powinien być realizowany przez okres 24 miesięcy. Łączna liczba roboczogodzin podczas realizacji umowy wynosi 74460, co stanowi średnio 3102,5 rbh miesięcznie.

Zamawiający nie dopuścił do realizacji umowy osób posiadających orzeczenie o niepełnosprawności.

Do realizacji zamówienia przewidzieliśmy 19 osób, w tym 18 osób zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy oraz 1 osobę zatrudnioną na 0,47 etatu.

Liczba osób przewidzianych do zatrudnienia oraz liczba etatów jest zgodna z wymogami opisanymi w SWZ oraz powszechnie stosowanymi w usługach ochrony. Przy ustaleniu ww. poziomu zatrudnienia uwzględniliśmy:

- a) rodzaj obiektów, których dotyczy ochrona;
- b) przeznaczenie obiektów i szczególne wymogi dotyczące ochrony;
- c) wymaganą częstotliwość czynności i zmianowość pracy.

Koszt zatrudnienia 1 pracownika na podstawie umowy o pracę od 01.01.2024 r. kształtuje się następująco: (...) [podaje tabelę, w tym Wynagrodzenie brutto 4 242,00 zł, Składka emerytalna 9,76% 414,02 zł, Składka rentowa 6,50% 275,73 zł, Składka wypadkowa 0,93% 39,45 zł, Składka Fundusz Pracy 2,45% 103,93 zł, FGŚP 0,10% 4,24 zł, Dotacja na osobę niepełnosprawną – zł, Koszt zatrudnienia 5 079,37 zł, Rezerwa urlopową 423,22 zł, Rezerwa chorobowa 120,92 zł, Całkowity koszt zatrudnienia: 5 623,51 zł, Koszt zatrudnienia - 1 rbh 33,47 zł]

Podkreślamy jednak, że szczególnymi okolicznościami wpływającymi na warunki realizacji zamówienia oraz na wysokość ceny jest korzystanie przez wykonawcę z programów pomocy publicznej organizowanych przez Urzędy Pracy tj. dofinansowania wynagrodzenia za zatrudnienie bezrobotnego, który ukończył 50 rok życia w wysokości 50 % minimalnego wynagrodzenia za pracę miesięcznie (tj. 2121 zł miesięcznie) przez okres 12 miesięcy.

Przewidzieliśmy skorzystanie z w/w programu dla 10 pracowników, dzięki czemu uzyskamy dofinansowanie w wysokości 254 520 zł . W kalkulowaniu usługi przewidzieliśmy również dodatek do pracy w porze nocnej: (...) [podaje tabelę, w tym Koszt dodatku do 1 rbh nocnej 6,05zł Ilość roboczogodzin nocnych podczas realizacji zamówienia 23 424 rbh Koszt łączny 141 715,20 zł]

W związku z powyższym łączne koszty zatrudnienia pracowników kształtują się następująco:

(...) [podaje tabelę, w tym Ilość etatów 18,47, Miesięczny koszt zatrudnienia (1 etat) 5623,51, Ilość miesięcy realizacji usługi 24, Razem 2 492 789,51 zł, dodatek do pracy w godzinach nocnych 141 715,20 zł, dofinansowanie do zatrudnienia osób bezrobotnych -254 520,00 zł, Łączne koszty zatrudnienia 2 379 984,71 zł]

Dowód nr 1: opis programu dofinansowania

Koszty dodatkowe:

Umundurowanie:

Cena jednego sortu mundurowego wynosi 265 zł (19 os. X 265 zł)

Koszt łączny umundurowania pracowników wynosi: 5035 zł

Dowód nr 2: cennik umundurowania

Łączność:

Telefony komórkowe 3 szt (cena 24,60 zł miesięcznie za 1 abonament z aparatem telefonicznym/1szt). Koszt łączny: 1771,20 zł

Dowód nr 3: przykładowa faktura za usługi telekomunikacyjne

Obsługa kadrowo – płacowa oraz badania z zakresu medycyny pracy:

Obsługa kadrowo płacowa dot. umowy o pracę: 6 zł/osoba/miesięcznie

19 osób x 6 zł x 24 miesiące = 2736 zł

Medycyna pracy- badania wstępne: 19 osób x 30 zł = 570 zł Koszt łączny: 3306 zł

Dowód nr 4: cennik usług kadrowo-placowych oraz badań z zakresu medycyny pracy

Szkolenia z zakresu obsługi systemów technicznych:

19 osób x 40 zł = 760 zł Koszt łączny: 760 zł

Koszty podwykonawcy w zakresie działania grup interwencyjnych:

300 zł x 24 miesiące = 7200 zł Koszt łączny: 7200 zł

System obchodowy:

1 szt po 550 zł/szt Koszt łączny: 550 zł

Dowód nr 5: oferta grupy interwencyjne, szkolenia z systemów technicznych, dostawa systemu obchodowego

Koszty nadzoru: Koszt łączny: 1680 zł

Wypożyczenie dodatkowe / wyposażenie stanowiska pracy: Koszt łączny: 450 zł

Polisa: Koszt łączny: 600 zł

*Informujemy, iż posiadamy wymaganą polisę, a jej koszty rozkładają się na wszystkie realizowane kontrakty.

Zysk: 23 825,29 zł

WYLICZENIA ŁĄCZNE WYKONANIA ZAMÓWIENIA

(...) [podaje tabelę, w tym Koszty zatrudnienia 2 379 984,71 zł, Umundurowanie: 5035 zł, Łączność (telefony komórkowe) 1771,20 zł, Obsługa kadrowo-placowa i badania pracowników

3306 zł, Szkolenia z zakresu obsługi systemów technicznych 760 zł, Koszty podwykonawcy 7200 zł, System obchodowy 550 zł, Koszty nadzoru 1680 zł, Wyposażenie 450,00 zł, Polisa OC 600,00 zł, Zysk 23 825,29 zł, CENA OFERTY NETTO 2 425 162,20 zł]

(...)

Jak wynika z przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy prawo zamówień publicznych, celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 224 ustawy prawo zamówień publicznych, jest ustalenie czy cena oferty jest rażąco niska w "stosunku do przedmiotu zamówienia". Badany jest zatem stosunek ceny ofertowej do danej dostawy, usługi czy roboty, której opis zamieszczono w SWZ i którą wykonawcy mają wykonać za zaoferowaną cenę.

Nasze stanowisko znajduje potwierdzenie w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 15 kwietnia 2015 r. (sygn. akt KIO 642/15): Porównanie

w postępowaniu do siebie jedynie wartości dwóch ofert, nawet jeśli dwaj wykonawcy oferują Zamawiającemu taki sam sprzęt i stwierdzenie rozbieżności w tym zakresie, nie może wskazywać na rażąco niską cenę po stronie któregoś z wykonawców, czyli oferowaniu przedmiotu zamówienia poniżej kosztów. Może to jedynie świadczyć o swobodzie ustalenia przez każdego z wykonawców z osobna wartości swojej ceny ofertowej, mając na względzie swoje indywidualne, ponoszone w tym zakresie koszty oraz ewentualny zysk oraz uwzględniając konkurencję na rynku i możliwość uzyskania danego zamówienia publicznego.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej (por. wyrok KIO z dnia 09 stycznia 2014 r. - sygn. akt KIO 2894/13): Brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia - ma to być "cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia". Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat

i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej (por. wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2014 r. - sygn. akt KIO 3021/13) „za nieuprawnione należy uznać wnioskowanie o zakresie świadczenia na podstawie cen, a tym bardziej na podstawie cen jednostkowych. Doświadczenie życiowe wskazuje, że sposób konstruowania ceny oferty może być różny, potwierdzają to również działania podjęte przez wykonawców w niniejszym postępowaniu, których ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach przedmiarowych różnią się diametralnie i nie dotyczy to tylko kwestionowanych pozycji, ale również innych, na które przykładowo wskazywał Przystępujący i co ważne, nie zawsze ta najniższa wycena poszczególnych pozycji dotyczyła oferty Przystępującego. Należy więc przyjąć, że co do zasady, a tym bardziej w warunkach niniejszego postępowania, cena jednostkowa nie rozstrzyga o zakresie i przedmiocie świadczenia, tym bardziej, że cena ma inne funkcje. Cena jest jednym z elementów zobowiązania i pozostaje w odpowiedniej relacji do przedmiotu zamówienia, ale relację ten określa oferent a nie inny wykonawca czy też oblat. Ponadto, cenę przyporządkowuje się do przedmiotu świadczenia, inaczej kalkuluje się w oparciu o przedmiot zamówienia a nie odwrotnie. Prowadzenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu jedynie do dwóch cen jednostkowych spośród wielu, składających się na ostateczną cenę oferty prowadzi do fałszywych wniosków, rażąco niska cena jednostkowa nie stanowi bowiem

o rażąco niskiej cenie oferty, a ponadto wypaczałoby to instytucję "rażąco niskiej ceny oferty", która przedmiotem oceny

czyni cenę oferty, a nie ceny jej elementów składowych".

Wyjaśnienia i dowody zastrzeżone przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały odtajnione.

Pismem z dnia 28.03.2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców

o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 08.03.2024 r.

i zobowiązaniu się do powtórzenia czynności badania ofert w zakresie wskazanym w treści odpowiedzi na odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 906/24 (postępowanie odwoławcze

w sprawie sygn. KIO 906/24 akt umorzono).

Pismem z dnia 03.04.2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych: „W wyniku ponownej oceny oferty dokonanej w wyniku wykonania odpowiedzi z dnia 28 marca 2024 r., na odwołanie wniesione w dniu 18 marca

2024 r., przez Konsorcjum : TS SERVICE Spółka z o.o. ul. Strzeszyńska 31, 60-476 Poznań, ROTECH TECHNOLOG Spółka z o.o., ul. Strzeszyńska 3160-476 Poznań, ST PLUS Spółka z o.o. ul. Strzeszyńska 31, 60-476 Poznań Zamawiający uznał Państwa ofertę

za najkorzystniejszą. Wobec powyższego, Zamawiający na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy PZP z dnia 11 września 2019 r. oraz zgodnie z SWZ wzywa Wykonawcę do złożenia w terminie do dnia 15 kwietnia 2024 roku - aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych: (...)

B. Dotyczące warunków udziału

(...)

2. W celu spełnienia warunków udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

Wykonawca dostarczy oświadczenie w formie wykazu (co najmniej jednej) usług wykonanych a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat , a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości (nie mniej niż 1 900 000 zł brutto), przedmiotu (polegającą na bezpośredniej ochronie osób i mienia, w tym zapewnienie podjazdów grupy interwencyjnej), daty wykonania i podmiotów (Zamawiający publiczni w rozumieniu art. 5 ustawy pzp), na rzecz których usługi te zostały wykonane lub są wykonywane. Wykaz należy złożyć zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ.

Zamawiający wymaga dowodów określających, czy usługi wskazane w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie , przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane lub są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty. W przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie powinny być wystawione w okresie ostatnich

3 miesięcy.

UWAGA

Oświadczenie w formie wykazu musi być złożone przez każdego z Wykonawców tj.: powinno być podpisane przez wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Z treści referencji bądź innych dokumentów potwierdzających musi wynikać że wykazane usługi były wykonywane/ są wykonywane/ przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, którzy podpisali wykaz.

C. Inne dokumenty

Zgodnie z Częścią I Rozdział XVII SWZ Zamawiający wymagał zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę osób przeznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy. Zamawiający określił rodzaj czynności związanych z realizacją zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy — fizyczne czynności ochrony, które bezpośrednio realizują usługę objętą przedmiotem zamówienia oraz usługi o charakterze portierskim.

W celu potwierdzenia wymogu zatrudnienia i stosownie do Części I Rozdział XVII ust 4 SWZ Wykonawca, którego oferta zostanie najwyższej oceniona dostarczy na wezwanie Zamawiającego, w terminie nie krótszym niż 10 dni, oświadczenie o zatrudnieniu personelu przeznaczonego do realizacji przedmiotu zamówienia. Wzór oświadczenia stanowi załącznik nr 7 do SWZ.

UWAGA

Oświadczenie o zatrudnieniu musi być złożone przez każdego z Wykonawców tj.: powinno być podpisane przez wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.”.

W załączeniu do pisma z dnia 04.04.2024 r. Przystępujący złożył wymagane dokumenty, a w szczególności wykaz usług, referencje i oświadczenie.

W wykazie usług w tabeli w wierszu Lp. 3 Przystępujący podał: w kolumnie „Podmiot (również adres) na rzecz, którego wykonawca wykonał zamówienie (Zamawiający publiczni w rozumieniu art. 3 ustawy pzp, np. szpitale, szkoły, jednostki administracji publicznej, samorządowej, spółki skarbu

państwa itd.): „Zakład Ubezpieczeń Społecznych II Oddział

w Warszawie 03-829 Warszawa ul. Podskarbińska 25”, w kolumnie „Przedmiot usługi (usługa w zakresie ochrony osób i mienia (polegająca na bezpośredniej ochronie osób i mienia, w tym zapewnienie podjazdów grupy interwencyjnej)”:

„Usługa w zakresie ochrony osób i mienia (polegająca na bezpośredniej ochronie osób i mienia, w tym zapewnienie podjazdów grupy interwencyjnej”, w kolumnie „Data wykonania lub okres wykonywania dla świadczeń powtarzających się lub usług ciągłych (3 lata przed upływem składnia ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie) Podać od dnia ...do dnia...”: „Od 2020-07-31 do 2023-07-31”, w kolumnie „Wartość wykonanych lub wykonywanych usług

(w przypadku gdy usługa jest nadal wykonywana należy dopisać datę do której usługę wykonano za wskazaną wartość np. (nie mniej niż 1900 000 zł brutto każda usługa)”:

„5 259 476,81 zł (wartość usługi zrealizowanej przez spółkę Time Group Polska sp. z o.o. – powyżej 1 900 000 zł brutto)”.

Na potwierdzenie wykonania wyżej wymienionej usługi Przystępujący złożył Poświadczenie nr 8/2023 z dnia 16.08.2023 r., wystawione przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w Warszawie, w którym w szczególności podał: „Na wniosek Konsorcjum Firm: 1. Time Security Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) 2. SKY ONE Sp. z o.o. Zakład Ubezpieczeń Społecznych potwierdza wykonanie: 1) przez Konsorcjum Firm: a. Time Security Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Plac Wolności 2, 41-400 Mysłowice b. SKY ONE Sp. z o.o.,

ul. Plac Wolności 2, 41-400 Mysłowice 2) usługi – stosownie do postanowień umowy

nr 1076528 z dnia 24.07.2020 roku 3) zgodnie z następującymi parametrami: (...) [podaje tabelę, w tym 1. Okres obowiązywania umowy Od 31.07.2020 r. od godz. 12:00 do 31.07.2023 r. do godz. 12:00, 2. Przedmiot umowy (zgodnie z treścią umowy) Świadczenie przez Wykonawcę usługi ochrony osób i mienia w obiektach II Oddziału ZUS w Warszawie 3. Wartość umowy 5 259 476,81 zł z podatkiem VAT]

Do 31.07.2023 r. Umowa wykonana należyście i zgodnie z jej postanowieniami. (...)”.

Przystępujący złożył Oświadczenie o zatrudnieniu osób na podstawie umowy o pracę zgodne ze wzorem w załączniku nr 7: „Oświadczam(y), że:

1. Osoby przeznaczone lub które zostaną przeznaczone do wykonywania fizycznych czynności ochrony, które bezpośrednio realizują usługę objętą przedmiotem zamówienia oraz usług o charakterze portierskim, zatrudnione są lub będą zatrudnione na podstawie umowy

o pracę, w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy.

2. Zapoznaliśmy się z wymogami Zamawiającego odnośnie zatrudnienia osób

na podstawie umowy o pracę, określonymi w dokumentacji postępowania (w szczególności

w projekcie umowy stanowiącym Załącznik nr 10 do SWZ) i uznajemy się za związanych określonymi w niej zasadami postępowania.

3. W przypadku udzielenia zamówienia, zobowiązujemy się do poddania każdej kontroli Zamawiającego w zakresie wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób przeznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia i dostarczenia wszelkich oświadczeń

i dokumentów określonych w dokumentacji postępowania (w szczególności w projekcie umowy)”.

Pismem z dnia 12.04.2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej: „Zamawiający działając na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy z dnia

11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, zwana dalej: Pzp, zawiadamia wszystkich Wykonawców, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Świadczenie usług w zakresie ochrony osób i mienia wraz z usługami portierskimi dla Szpitala Klinicznego im. K.J. Uniwersytetu Medycznego im. K.M. w Poznaniu” (ZP-55/23) dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty. Wybrano ofertę złożoną przez: Konsorcjum: Lider Konsorcjum: TIME GROUP Polska Sp. z o. o. pl. Wolności 2, 41-400 Mysłowice Członek Konsorcjum: SKY ONE Sp. z o. o. pl. Wolności 2 41-400 Mysłowice Spółka z o.o. , SKY ONE Spółka z o.o. (...) 3. Uzasadnienie wyboru: Wybrana oferta uzyskała największą ilość punktów za kryterium wyboru ofert- cena brutto oferty. Oferta nie podlega odrzuceniu, Wykonawca dostarczył wszystkie wymagane dokumenty, oświadczenia

i podmiotowe środki dowodowe potwierdzające brak podstaw do wykluczenia oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego. Planowany termin podpisania umowy zostaje wyznaczony na dzień 24 kwietnia 2024 roku. Planowane rozpoczęcie świadczenia usług nastąpi w dniu 25 kwietnia 2024 roku.”.

Spór dotyczył tego, czy Przystępujący wyjaśnił kalkulację ceny ofertowej zgodnie

z wezwaniem Zamawiającego, czy był uprawniony uwzględnić w wycenie oferty dofinansowanie z tytułu przyszłego zatrudnienia pracowników 50+, i czy złożone referencje

na potwierdzenie warunku zamówienia – zdolności zawodowej wykazują doświadczenie Przystępującego.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 ustawy Pzp), oceniając wiarygodność i moc

dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 ustawy Pzp), Izba stwierdziła, co następuje.

W myśl art. 224 ust. 1 ustawy Pzp: „1. 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.”.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp: „5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.”.

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

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;”.

Ocena czy oferta zawiera rażąco niską cenę winna się odnosić do przedmiotu zamówienia, który jest opisywany w ogłoszeniu i dokumentach zamówienia. Wystosowanie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny oferty wykonawcy skutkuje powstaniem domniemania istnienia w tej ofercie rażąco niskiej ceny, którego obalenie obciąża wykonawcę. W związku z tym wyjaśnienia składane na takie wezwanie powinny w szczególności uwzględniać oczekiwania zamawiającego w nim sprecyzowane oraz być konkretne i wyczerpujące, w pełni uzasadniać podaną w ofercie cenę, nadto wykazywać, że jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę bez ponoszenia straty na tym zamówieniu. Ze złożonych wyjaśnień powinno wynikać, jakie koszty wykonawca uwzględnił w kalkulacji ceny oferty oraz jakie okoliczności właściwe dla niego umożliwiły obniżenie ceny oferty, jakie oszczędności mógł dzięki nim osiągnąć. Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem za cenę rażąco niską uznaje się cenę, która jest nierealistyczna, nierynkowa, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, cenę wskazującą na zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia.

Zaznaczenia wymaga, że cena rażąco niska, której zaoferowanie przez wykonawcę skutkuje odrzuceniem jego oferty, nie może być mylona z ceną niską. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą konkurować wykonawcy, którzy zważywszy na indywidualne warunki, w jakich działają, mogą mieć niższe koszty prowadzenia działalności, niż inni wykonawcy, jak też są skłonni zadowolić się niższym zyskiem na danym zamówieniu. W konsekwencji są w stanie zaoferować niższą stawkę, która jest realistyczna i pozwala na należyte wykonanie zamówienia.

Rozstrzygając spór co do zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Izba ocenia czynność zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień z uwzględnieniem treści wezwania do ich złożenia. Każdy przypadek rozpatrywany jest indywidualnie. Ocena w tym zakresie dokonywana jest z uwzględnieniem okoliczności stanu faktycznego sprawy, w tym specyfiki przedmiotu zamówienia, a także celu, jakiemu służy procedura wystąpienia o wyjaśnienia,

o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, którym jest ustalenie czy za cenę oferty danego wykonawcy jest możliwe wykonanie przez niego zamówienia w sposób należyty, bez ponoszenia straty na tym zamówieniu.

Przechodząc od powyższych uwag na grunt analizowanej sprawy, zauważenia wymaga, że Odwołujący w ocenie Izby nie wykazał skutecznie zasadności zarzutów 1 i 2 odwołania.

Odnosnie:

- zarzutu 1 odwołania - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp (podany wyżej),

- zarzutu 2 odwołania - naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (podany wyżej)

- w ocenie Izby zarzuty te nie potwierdziły się.

Odwołujący w odwołaniu podał w szczególności: „W stanie faktycznym sprawy, w ocenie Odwołującego, Wykonawca składając Zamawiającemu wyjaśnienia nie sprostął ciężarowi dowodowemu i nie uczynił zadość treści wezwania do złożenia wyjaśnień, a przedstawionego stanowiska w wyjaśnieniach nie można uznać za wyczerpujące. Dostrzeżenia wymaga, że skoro sam Zamawiający w dniu 13 lutego 2024r. zdecydował się skierować do Wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub kosztu, to założyć należy, iż przy ocenie oferty Wykonawcy powstały po stronie Zamawiającego wątpliwości uzasadniające takie wezwanie. (...) Z przywołanej powyżej treści Wezwania Zamawiającego do konsorcjum TIME GROUP POLSKA Spółka z o.o. i SKY ONE Spółka z o.o. wynika jednoznacznie, że Wykonawca ten w postępowaniu zaoferował stawkę 32,57 zł netto za 1 rbg, która jest niższa niż obecnie obowiązująca Zamawiającego w aktualnej umowie przetargowej łączącej go z Wykonawcą RAK Service S.C., pomimo radykalnej podwyżki minimalnego wynagrodzenia za pracę z kwoty 3600 zł brutto (obowiązującej od dnia 1 lipca 2023r. do dnia 31 grudnia 2023r.) do kwoty 4242 zł brutto (obowiązującej od dnia 1 stycznia 2024r. do dnia 30 czerwca 2024r.). Konsorcjum Wykonawców TIME GROUP POLSKA Spółka z o.o. i SKY ONE Spółka z o.o. usiłuje przekonać Zamawiającego i innych Wykonawców, że pomimo podwyżki o 642 zł brutto na 1 etacie, jest w stanie zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa zaoferować cenę oferty jeszcze niższą od aktualnie wypłacanej przez Zamawiającego. W tym miejscu Odwołujący podnosi, że Zamawiający w uzasadnieniu Odrzucenia oferty RAK-SERVICE S.C. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia z dnia 1 kwietnia 2024r. dotyczącego art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., wytknął temu Wykonawcy, że pomimo lawinowych wzrostów cen, cena oferty RAK SERVICE S.C. jest niższa niż obecnie obowiązujące Zamawiającego stawki za 1 godz. pracy pracownika ochrony wg. aktualnie obowiązującej umowy w przedmiocie usług ochrony, zawartej dwa lata wcześniej z tym samym Wykonawcą RAK-SERVICE S.C. Dalej Zamawiający stwierdził, że obowiązkiem Wykonawcy RAK – SERVICE S.C. było zastosowanie się do oczekiwań Zamawiającego i przedstawienie wyjaśnień wraz z dowodami, w minimalnym zakresie wskazanym przez Zamawiającego w wezwaniu, ponieważ to od rzetelności / szczegółowości/ precyzyjności wyjaśnień Wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu. W dalszej części Odrzucenia oferty RAK-SERVICE S.C. Zamawiający stwierdza, że Wykonawca ten w treści wyjaśnień nie uwzględnił wszystkich skonkretyzowanych elementów (zakresu) wyjaśnień do złożenia których Wykonawca został wezwany. Zamawiający odrzucając ofertę Wykonawcy RAK-SERVICE S.C. argumentuje, że jeżeli Zamawiający skonkretyzuje / sprecyzuje w wezwaniu do wyjaśnień elementy ceny oferty, które jego zdaniem wymagają takich wyjaśnień, to Wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie zakreślonym przez Zamawiającego. Zamawiający ocenił, że Wykonawca RAK-SERVICE S.C. w treści wyjaśnień z dnia 20 lutego 2024r. nie uwzględnił wszystkich skonkretyzowanych / sprecyzowanych elementów (zakresu) wyjaśnień do złożenia których Wykonawca został wezwany. Zdaniem Zamawiającego pominięcie istotnych elementów skonkretyzowanych / sprecyzowanych w wezwaniu w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p. z dnia 13 lutego 2024r. powoduje, że Zamawiający nie ma możliwości faktycznej weryfikacji oferty w zakresie rażąco niskiej ceny w kontekście udzielonych wyjaśnień. Udzielenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości wyrażonych przez Zamawiającego i nie zawierają informacji, których udzielenia Zamawiający żądał w wezwaniu z dnia 13 lutego 2024r., nie może stanowić o prawidłowym wypełnieniu obowiązku, o którym mowa w art. 224 ust. 5 p.z.p., co oznacza, że zaistniały jednoznaczne podstawy do odrzucenia oferty zgodnie z art. 224 ust. 6 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. Odwołujący w całej rozciągłości podziela argumentację i końcowy wniosek Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Wykonawcy RAK-SERVICE S.C. na podstawie art. 224 ust. 6 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., natomiast jest dla niego całkowicie niezrozumiałe, że w tożsamej sytuacji, nie została odrzucona oferta Wykonawcy – Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o., SKY ONE Spółka z o.o., co stanowi naruszenie przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 p.z.p., poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Z treści Wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub kosztu z dnia 13 lutego 2024r. skierowanego przez Zamawiającego do Wykonawcy wynika jednoznacznie, że Zamawiający z powołaniem na art. 224 ust. 3 pkt 1-6 p.z.p. oczekiwał wyjaśnień w zakresie m.in.:

1) kosztów zatrudnienia pracownika od 2024r.,

7) ewentualnej pomocy publicznej w ramach programów wsparcia dla osób bezrobotnych z uwzględnieniem zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej – jeżeli ma to wpływ na cenę oferty należy wyjaśnić zakres pomocy publicznej i jej wpływ na cenę oferty,

- w zakresie w jakim wpływa to na cenę oferty.

Nadto, zgodnie z treścią Wezwania, do wyjaśnień Wykonawca był bezwzględnie zobowiązany dołączyć dowody

potwierdzające w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych . W końcowej części Wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub kosztu z dnia 13 lutego 2024r. , Zamawiający pouczył Wykonawcę , że zgodnie z art. 224 ust. 6 p.z.p. – niedostarczenie przez Wykonawcę żądanych wyjaśnień w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego – spowoduje , że Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy jako ofertę Wykonawcy , który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadnią podanej w ofercie ceny lub kosztu, zgodnie z art. 224 ust. 6 p.z.p.

Tymczasem z odtajnionych (w wyniku pierwszego Odwołania Odwołującego z dnia 18 marca 2024r. sygn. akt KIO 906/24) przez Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub kosztu Wykonawcy – Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o. , SKY ONE Spółka z o.o. wynika , że szczególnymi okolicznościami mającymi jakoby wpływać na warunki realizacji zamówienia oraz na wysokość ceny jest korzystanie przez wykonawcę z programów (liczba mnoga - przypis Odwołującego) pomocy publicznej organizowanych przez Urzędy Pracy

(liczba mnoga - przypis Odwołującego) tj. dofinansowania wynagrodzenia za zatrudnienie bezrobotnego , który ukończył 50 rok życia w wysokości 50% minimalnego wynagrodzenia za pracę miesięcznie (tj. 2121 zł miesięcznie) przez okres 12 miesięcy . Dalej w Wyjaśnieniach Wykonawcy czytamy , że cyt. : „Przewidzieliśmy skorzystanie z w/w programu dla 10 pracowników , dzięki czemu uzyskamy dofinansowanie w wysokości 254 520 zł”. W dalszej części „wyjaśnień” próżno szukać przedstawienia sposobu obliczenia podanej kwoty 254.520zł, mającej obniżyć cenę oferty tego Wykonawcy w całym okresie realizacji

24 - miesięcznej umowy . Wykonawca używa liczby mnogiej pisząc o Urzędach Pracy

i programach pomocy publicznej , co sugeruje , że jest ich więcej niż jeden , a zatem sam przyznaje , że będzie się opierał na dofinansowaniach wynagrodzeń z co najmniej dwóch Powiatowych Urzędów Pracy. Nie wyjaśnia z jakich konkretnie Powiatowych Urzędów Pracy zamierza skorzystać , czy jest to np. Powiatowy Urząd Pracy w Poznaniu czy z innego odległego zakątka Polski np. Powiatowego Urzędu Pracy w Mysłowicach . Bo podpisanie umowy o dofinansowanie z Powiatowym Urzędem Pracy np. w Mysłowicach powodowałoby konieczność postawienia pytań o koszty delegacji takich zatrudnionych pracowników , koszty noclegów itp. Zdaniem Odwołującego znamienym jest , że Wykonawca posłużył się sformulowaniem cyt.: „przewidzieliśmy skorzystanie” z programu pomocy publicznej dla 10 pracowników , co przecież nie oznacza , że już z tego dofinansowania korzysta , a jedynie takie skorzystanie z programu dofinansowania przewiduje , co jest zdarzeniem przyszłym

i niepewnym . Kompletnym nieporozumieniem jest posługiwanie się przez Wykonawcę kategorią twierdzeniem , że cyt.: „uzyskamy dofinansowanie w wysokości 254 520 zł”.

Odwołujący podnosi , że umowa na świadczenie usług ochrony w obiektach Zamawiającego jest przewidziana na okres 24 miesięcy , podczas gdy Wykonawca sam przyznaje , że rzekome dofinansowanie do wynagrodzeń za zatrudnienie bezrobotnego który ukończył 50 rok życia będzie korzystał przez okres 12 miesięcy . Jest wysoce prawdopodobne , w stopniu granicznym z pewnością , że gdyby Wykonawca rzeczywiście dysponował już tymi

10 pracownikami i posiadał podpisane umowy z Powiatowymi Urzędami Pracy

o dofinansowanie wynagrodzeń za zatrudnienie skierowanych bezrobotnych , którzy ukończyli 50 rok życia , to ten czysto hipotetyczny okres 12 miesięcy , za który Wykonawca ma nadzieję uzyskać dofinansowanie , w mniejszym lub większym zakresie już uległby „wyczerpaniu”

na skutek biegnącego już w stosunku do tych osób okresu zatrudnienia . A jeśli Wykonawca takimi pracownikami jeszcze nie dysponuje i stosownych umów z Powiatowymi Urzędami Pracy nie ma jeszcze zawartych , to oznacza , że nie może się na takie iluzoryczne dofinansowanie powoływać i ujmować w cenie oferty jako pewny czynnik wpływający

na wysokość (obniżenie) ceny oferty . Oprócz tego , że same wyjaśnienia w zakresie rzekomego dofinansowania wynagrodzeń za zatrudnienie skierowanych 10 bezrobotnych , którzy ukończyli 50 rok życia są w ocenie Odwołującego nierzetelne , ogólnikowe , to nade wszystko nie są poparte żadnymi dowodami . Wykonawca nie załączył do wyjaśnień rażąco niskiej ceny żadnej umowy o przedmiotowe dofinansowanie zawartej z jakimkolwiek Powiatowym Urzędem Pracy ani też żadnej umowy o pracę zawartej ze skierowanym

z Powiatowego Urzędu Pracy bezrobotnym , który ukończył 50 rok życia . Dołączenie przez Wykonawcę do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wydruku strony internetowej z podstawowymi informacjami nt. przedmiotowego dofinansowania ani niczego nie wyjaśnia , ani tym bardziej niczego nie dowodzi . Czynność Wykonawcy można rozpatrywać jedynie w kategoriach lekceważenia Zamawiającego jak i pozostałych Wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne . Odwołujący podnosi , że podstawą prawną ubiegania się o dofinansowanie wynagrodzenia za zatrudnienie bezrobotnego , który ukończył 50. rok życia jest art. 60d ustawy z dnia 20 kwietnia 2004r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy . Zgodnie

z art. 60d ust. 1 Starosta może , na podstawie zawartej umowy , przyznać pracodawcy lub przedsiębiorcy dofinansowanie wynagrodzenia za zatrudnienie skierowanego bezrobotnego , który ukończył 50 rok życia . Zatem jest to uprawnienie , a nie obowiązek Starosty . Zgodnie

z art. 60d ust. 2 pkt 1 powołanej ustawy , dofinansowanie wynagrodzenia przysługuje przez okres 12 miesięcy w przypadku zatrudnienia bezrobotnego , który ukończył 50 lat , a nie ukończył 60 lat . Stosownie do art. 60d ust. 3 ww. ustawy , dofinansowanie wynagrodzenia przysługuje w kwocie określonej w umowie , nie wyższej jednak niż połowa minimalnego wynagrodzenia za pracę miesięcznie obowiązującego w dniu zawarcia umowy za każdego zatrudnionego bezrobotnego . Wykładnia językowa tego przepisu wskazuje , że kwota dofinansowania jest ustalana indywidualnie co do każdego zatrudnionego bezrobotnego

w umowie ze Starostą (którego reprezentuje Dyrektor Powiatowego Urzędu Pracy na podstawie upoważnienia) i przysługuje w kwocie nie wyższej niż połowa minimalnego wynagrodzenia za pracę miesięcznie obowiązującego w dniu zawarcia Umowy za każdego zatrudnionego bezrobotnego . Skoro zatem Wykonawca powołuje się na owe rzekome szczególne okoliczności wpływające na wysokość ceny w postaci dofinansowania

w wysokości 2121 zł miesięcznie do wynagrodzenia każdego z 10 skierowanych bezrobotnych w wieku 50+ , oznacza to , że musiałby w dniu sporządzenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny czyli w dniu 20 lutego 2024r. już dysponować 10 umowami podpisanymi z Powiatowymi Urzędami Pracy z datą zawarcia najpóźniej 1 stycznia 2024r. , ponieważ od tego dnia obowiązuje minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 4.242 zł . Jednakże Wykonawca nie tylko nie przedstawił 10 takich umów , ale nie przedstawił żadnej . Wykonawca nie może powoływać się na skorzystanie z dofinansowania w przyszłości i zawarcie takich umów

w terminie późniejszym , gdyż jest to zdarzenie hipotetyczne , przyszłe i niepewne i jako takie nie może być ujmowane w kalkulacji ceny oferty . Jeszcze ważniejszym wnioskiem wypływającym z tego przepisu jest fakt , że kwota dofinansowania wynagrodzenia

za zatrudnienie skierowanego bezrobotnego który ukończył 50 rok życia określona jest

w umowie w wysokości nie wyższej niż połowa minimalnego wynagrodzenia za pracę miesięcznie obowiązującego w dniu zawarcia umowy , a zatem nie podlega waloryzacji ,

w przypadku podniesienia wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę , w trakcie trwania umowy o dofinansowanie

. Odwołujący podnosi również , że na podstawie art. 60d ust. 4 i 5 ww. ustawy , pracodawca lub przedsiębiorca są obowiązani do dalszego zatrudniania skierowanego bezrobotnego

po upływie okresu przysługiwania dofinansowania wynagrodzenia przez okres 6 miesięcy ,

a w przypadku niewywiązania się z tego warunku oraz nieutrzymania zatrudnienia w okresie przysługiwania dofinansowania wynagrodzenia pracodawca lub przedsiębiorca są obowiązani do zwrotu wszystkich otrzymanych środków wraz z odsetkami ustawowymi naliczonymi

od całości kwoty otrzymanych środków od dnia wypłaty pierwszego dofinansowania wynagrodzenia . Zatem nawet faktyczne otrzymanie dofinansowania jest zależne

od konieczności spełnienia dodatkowego warunku w postaci obowiązku zatrudnienia takiego pracownika przez okres 6 miesięcy po 12 miesięcznym okresie przysługiwania dofinansowania, za który to okres 6 miesięcy dofinansowanie już nie przysługuje .

W świetle powyższego uprawnionym jest twierdzenie Odwołującego , że Wykonawca nie sprostął oczekiwaniom Zamawiającego w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub kosztu sformułowanym w Wezwaniu z dnia 13 lutego 2024r. Wykonawca nie złożył wyjaśnień co do kosztów zatrudnienia 10 skierowanych bezrobotnych w wieku 50+ do wynagrodzenia których ma otrzymać dofinansowanie w wysokości jak twierdzi 2121 zł miesięcznie , a łącznie

254.520 zł przez okres 12 miesięcy .Wykonawca nie wyjaśnił zakresu pomocy publicznej i jej wpływu na cenę oferty .

Wykonawca , wbrew bezwzględnemu żądaniu Zamawiającego nie dołączył do „wyjaśnień” żadnych dowodów potwierdzających w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu , lub ich istotnych części składowych . Zatem stosownie do pouczenia umieszczonego przez siebie w Wezwaniu z dnia 13 lutego 2024r. , Zamawiający winien odrzucić ofertę Wykonawcy, gdyż złożone przez niego „wyjaśnienia” nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu , a żadnych dowodów potwierdzających „wyjaśnienia” nie dołączył .

Wyliczenia minimalnych kosztów niezbędnych do realizacji usługi zgodnie z wymaganiami Zamawiającego należy dokonać w oparciu o przepisy powszechnie obowiązujące dotyczące płacy minimalnej . Do najistotniejszych elementów kalkulacji kosztów mających wpływ na ich wysokość należy przyjąć:

- obowiązek zatrudnienia wszystkich pracowników realizujących usługę na podstawie umowy pracę ,
- całkowity zakaz zatrudniania do realizacji przedmiotu umowy pracowników

z orzeczoną stopniem niepełnosprawności, co oznacza że Wykonawca nie może korzystać z dofinansowania Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych . Odwołujący wskazuje , że zgodnie z zamieszczonymi przez Zamawiającego odpowiedziami na pytania Wykonawców w dniu 23 stycznia 2024r. , Wykonawcy nie mogą realizować usługi korzystając z pracowników posiadających orzeczenie o niepełnosprawności.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący dokonał kalkulacji kosztów pracownika przewidzianego do realizacji przedmiotowego zamówienia na 2024 rok. Minimalne wynagrodzenie w roku 2024 zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2023 r. od dnia 1 stycznia 2024r. do 30 czerwca 2024r. wynosić będzie 4242 zł brutto

Poniżej Odwołujący przedstawia kalkulację kosztów Pracownika od dnia 1 stycznia 2024r.:

4242,00 – wynagrodzenie zasadnicze brutto (1 etat, 168 roboczogodzin)

A 3221,98 – wynagrodzenie zasadnicze netto (1 etat, 168 roboczogodzin)

B 1857,39 – ZUS i podatek (koszt Wykonawcy, za 1 etat, 168 roboczogodzin)

C 524,06 – obciążenia urlopowe (ryczałt miesięczny, należne dla 1 etatu)

D 5603,43 – łączna kwota kosztów po stronie Wykonawcy (1 etat, 168 roboczogodzin, A+B+C=D)

33,35 – koszt jednej roboczogodziny ($5603,43/168\text{rbg} = 33,35$)

Zatem jak wynika z powyższej kalkulacji stawka za 1 roboczogodzinę pracownika nieposiadającego orzeczenia o niepełnosprawności wynosi 33,35 zł netto. Tymczasem Wykonawca - konsorcjum: Lider Konsorcjum TIME GROUP Polska Sp. z o.o., Pl. Wolności 2, 41-400 Mysłowice, Członek Konsorcjum: SKY ONE Sp. z o.o., PL. Wolności 2, 41-400 Mysłowice, którego oferta została wybrana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą zaoferował 2982949,51 zł brutto co daje 32,57 zł netto za 1 rbg ($2982949,51 - 23\%\text{VAT} : 74460,00\text{rbg} = 32,57 \text{ zł netto}$).

Do tego należy doliczyć inne koszty związane z realizacją zamówienia jakie ponosi Wykonawca tj. umundurowanie, bhp, koszty nadzoru, koszty zarządu, podjazdy grupy interwencyjnej i inne wymagane przez Zamawiającego, które winny zostać poniesione.

Dodanie do kosztów wynagrodzenia pozostałych kosztów związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia spowoduje zwiększenie straty Wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia.

W świetle przedstawionych wyliczeń cena zaoferowanej przez Wykonawcę oferty jest nierealistyczna, poniżej minimalnych kosztów wynikających z przepisów powszechnie obowiązujących. Odwołujący zwraca uwagę, iż koszty osobowe stanowią główny element cenotwórczy usługi ochrony stacjonarnej, albowiem to ilość wypracowanych roboczogodzin przez pracowników ochrony determinuje cenę za przedmiotową usługę.

O tym, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską decyduje każdorazowe badanie, czy jest ona realna tj. każdorazowe odniesienie danej ceny do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia (wyrok KIO 21 grudnia 2020r., KIO 3201/20). Zgodnie z wyrokiem KIO z 22 lutego 2021r. KIO 211/21, koszty pracy stanowią niewątpliwie istotną część składową, mogą stanowić zatem element ceny oferty, mający wpływ na wysokość ceny lub kosztu, które mogą wydawać się rażąco niskie. W stanie faktycznym sprawy głównym składnikiem wpływającym na cenę oferty są koszty pracy zatrudnionych na podstawie umowy o pracę pracowników ochrony realizujących usługę

w obiekcie Zamawiającego, przy zakazie zatrudniania osób z orzeczonym stopniem niepełnosprawności.

Pomimo skierowania przez Zamawiającego do Wykonawcy, wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub kosztu, Zamawiający uwzględnił jego ofertę podczas ponownej oceny ofert, przyznał punktację na zasadach określonych w SWZ oraz dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy – konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o., SKY ONE Spółka z o.o., podczas gdy istniały przesłanki do odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.

Odwołujący podnosi, że wyboru oferty można dokonać tylko i wyłącznie spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Zgodnie z wyrokiem KIO z 17 września 2019r., KIO 1716/19, oferta, która winna zostać odrzucona nie może być poddana 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. Stosownie do treści wyroku KIO z 14 października 2020r., KIO 1615/20, oceny ofert dokonuje się w celu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący podważa wiarygodność dowodu nr 4 tj. cennika usług kadrowo – placowych

oraz obsługi w zakresie medycyny pracy obowiązującego od 1 października 2023r., który został dołączony przez Wykonawcę do Wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 20 lutego 2024r. jako dowód potwierdzający Wyjaśnienia, który stworzony został, jak wynika z treści dokumentu, na podstawie negocjacji pomiędzy spółkami MM HR DEFENDER Spółka z o.o.

a spółkami: TIME GROUP Polska Spółka z o.o., SKY ONE Spółka z o.o., NEXT ONE Spółka z o.o. Odwołujący podnosi, że spółki: DEFENDER MM HR Spółka z o.o. oraz Wykonawca – Konsorcjum: TIME GROUP Polska Spółka z o.o. SKY ONE Spółka z o.o. są powiązane kapitałowo i osobowo. Prezes Zarządu spółki MM HR DEFENDER Spółka z o.o.

Pani K.W., która podpisała się pod ww. cennikiem usług jest jednocześnie prokurentem samoistnym w spółkach TIME GROUP Polska Spółka z o.o. i SKY ONE Spółka z o.o. Większościowy wspólnik spółki MM HR DEFENDER Spółka z o.o. Pan M.D. jest jednocześnie większościowym wspólnikiem w spółkach TIME GROUP Polska Spółka

z o.o. oraz SKY ONE Spółka z o.o. Wszyscy prokurenci samoistni spółki MM HR DEFENDER Spółka z o.o. s

równocześnie prokurentami samoistnymi w spółkach TIME GROUP Polska Spółka z o.o. oraz SKY ONE Spółka z o.o. Na dowód opisanych powiązań kapitałowych

i osobowych pomiędzy usługobiorcą usług kadrowo-płacowych oraz obsługi w zakresie medycyny pracy (twórcą cennika) , a Wykonawcą – Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o. i SKY ONE Spółka z o.o. , którego oferta wybrana została przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza , Odwołujący dołącza Informację odpowiadającą odpisowi aktualnemu

z Rejestru Przedsiębiorców KRS dotyczącą : MM HR DEFENDER Spółka z o.o. , TIME GROUP Polska Spółka z o.o. SKY ONE Spółka z o.o. , jako dowód na poparcie przytoczonych okoliczności.

Nadto Odwołujący zwraca uwagę na fakt , że sam Wykonawca – Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o. i SKY ONE Spółka z o.o. na swoim oficjalnym listowniku w jego dolnym lewym rogu zamieszcza logo czterech spółek z Grupy TIME , wśród których znajduje się logo spółki DEFENDER MM HR . Nadto na oficjalnej stronie internetowej lider Wykonawcy – spółki TIME GROUP Polska Spółka z o.o. : www.time-polska.pl w zakładce „Skontaktuj się z nami” wymienionych jest pięć spółek należących do GRUPY TIME : TIME GROUP Polska Spółka

z o.o. , MM HR DEFENDER Spółka z o.o. , CLEAN 4ONE Spółka z o.o. , SKY ONE Spółka

z o.o. , NEXT ONE Spółka z o.o. Odwołujący dołącza wydruk tej strony internetowej , jako dowód na poparcie przytoczonych okoliczności.

Powyżej opisany stan faktyczny w zakresie powiązań pomiędzy tymi spółkami , nakazuje uznać za całkowicie niewiarygodne wyjaśnienia Wykonawcy – Konsorcjum z dnia 20 lutego 2024r. w zakresie cen usług kadrowo-płacowych oraz obsługi w zakresie medycyny pracy ,

co z kolei powoduje konieczność uznania , że złożone wyjaśnienia wraz dowodem nie uzasadnia podanej w ofercie ceny lub kosztu . Również dowód nr 3 w postaci „przykładowej faktury za usługi telekomunikacyjne” , mający uzasadniać koszt Wykonawcy w zakresie 3 szt. telefonów komórkowych wraz z abonamentami jest całkowicie niewiarygodny . Faktura nr F/60294323/12/22 wystawiona została w dniu 27.12.2022r. (!) , a więc prawie 16 m-cy temu , jej nabywcą jest spółka TIME SECURITY Spółka z o.o. , która nie jest członkiem konsorcjum Wykonawcy TIME GROUP Polska Spółka z o.o. SKY ONE Spółka z o.o. . Nadto rzeczona faktura opiewa na kwotę 938,55 zł brutto i nie został przez Wykonawcę przeprowadzony żaden logiczny i matematyczny wywód , jak ta kwota odnosi się do kwoty 1771,20 zł , wskazanej przez Wykonawcę jako łączny koszt 3 szt. telefonów komórkowych wraz z abonamentem .

Zamawiający w wezwaniu z dnia 13 lutego 2024r. do złożenia przez Wykonawcę – Konsorcjum wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub kosztu oczekiwał wyjaśnień w zakresie m.in. :

9) kosztów wyposażenia w środki łączności ,

- w zakresie w jaki wpływa to na cenę oferty .

Zgodnie z treścią Wezwania , do wyjaśnień Wykonawca był bezwzględnie zobowiązany dołączyć dowody potwierdzające w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych . W końcowej części Wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub kosztu z dnia 13 lutego 2024r. , Zamawiający pouczył Wykonawcę , że zgodnie z art. 224 ust. 6 p.z.p. – niedostarczenie przez Wykonawcę żądanych wyjaśnień w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego – spowoduje , że Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy jako ofertę Wykonawcy , który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadnią podanej w ofercie ceny lub kosztu , zgodnie z art. 224 ust. 6 p.z.p.

W świetle powyższego uprawnionym jest twierdzenie Odwołującego , że Wykonawca nie sprostął oczekiwaniom Zamawiającego w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub kosztu , sformułowanym w Wezwaniu z dnia 13 lutego 2024r. Wykonawca nie złożył wiarygodnych wyjaśnień co do kosztów wyposażenia w środki łączności . Wykonawca , wbrew bezwzględnemu żądaniu Zamawiającego nie dołączył do „wyjaśnień” żadnych wiarygodnych dowodów potwierdzających w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu , lub ich istotnych części składowych .

Zamawiający nie ma obowiązku domyślać się sposobów obliczenia ceny przez Wykonawcę . W wyroku KIO z dnia 9.09.2022r. , sygn. akt KIO 2200/22Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła cyt. : „... obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy , który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości . W przepisie mowa jest

o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu , że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę , niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się , jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy , spowodowały obniżenie ceny jego oferty , w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać . Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to , że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę . Dodatkowo przepisy ustawy p.z.p. wymagają ,

aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji i zakładany zysk.

Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliuguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział

w postępowaniu. Zatem stosownie do pouczenia umieszczonego przez siebie w Wezwaniu

z dnia 13 lutego 2024r., Zamawiający winien odrzucić ofertę Wykonawcy, gdyż złożone przez niego „wyjaśnienia” nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, a żadnych wiarygodnych dowodów potwierdzających „wyjaśnienia” nie dołączył.”.

Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia przedstawił stanowisko, a w szczególności: „Przystępujący wskazuje, że dofinansowanie to jest dofinansowaniem powszechnym i wynika

z uprawnień każdego pracodawcy, czy przedsiębiorcy, określonych w art. 60d ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (tekst jednolity Dz. U

z 2024 r. poz. 475). W tym trybie uzyskania dofinansowania nie ma jakichkolwiek warunków wstępnych, od spełnienia których pracodawca może ubiegać się o dofinansowanie. Wystarczające jest złożenie wniosku i zatrudnienie bezrobotnego powyżej 50 roku życia. Dofinansowanie to może otrzymać każdy Pracodawca (podmioty zatrudniające co najmniej jednego pracownika) lub przedsiębiorca (podmioty prowadzące działalność zgodnie

z przepisami ustawy o swobodzie działalności gospodarczej niewypełniający definicji pracodawcy, czyli niezatrudniający ani jednego pracownika). Pomoc tę – jako ustawową - przekazują wszyscy starostowie (Powiatowe Urzędy Pracy) właściwe dla miejsca skierowania bezrobotnego do pracy. Jedynym warunkiem otrzymania dofinansowania jest zatrudnienie skierowanej osoby bezrobotnej w wieku 50+ i zatrudnienie jej przez okres 6 miesięcy. Każdy pracodawca, czy przedsiębiorca, składając wniosek musi wskazać konkretne miejsce zatrudnienia bezrobotnego, bowiem założeniem dofinansowania jest skierowanie Powiatowego Urzędu Pracy (starosty) danej osoby do konkretnej pracy. Co istotne otrzymanie dofinansowania następuje w dniu podpisania umowy o dofinansowanie za każdego bezrobotnego, na maksymalnie 12 miesięcy – tym samym należy zwrócić uwagę,

że dofinansowanie w całości mieści się w przedziale czasowym zakładanej usługi

w postępowaniu tj. w okresie 24 miesięcy i nie musi pokrywać się rozpoczęciem świadczenia usługi przez Przystępującego, a obowiązek dalszego zatrudniania tj. 6 miesięcy również wraz z okresem dofinansowania mieści się w planowanych do świadczenia usługi 24 miesiącach. Zaznaczamy, że nie ma możliwości „uprzedniego” zatrudnienia przez Przystępującego (uprzedniego tj. przed rozstrzygnięciem przetargu) bezrobotnego, bowiem każdy bezrobotny kierowany jest do konkretnej pracy w konkretnym miejscu, przez konkretnego starostę – wniosek o dofinansowanie zawiera określenie „Adres miejsca pracy skierowanego bezrobotnego, rodzaj pracy oraz nazwę stanowiska”. Załącznikami do wniosku powinny być dokumenty wymienione na dole wniosku – w tym w przypadku, gdy miejscem wykonywanej pracy nie jest siedziba firmy dołączyć należy kserokopię dokumentu potwierdzającego prawo do lokalu w miejscu wykonywanej pracy. Tym samym do czasu rozstrzygnięcia przetargu nie ma możliwości wskazania i skierowania pracownika do konkretnej placówki – tu placówki Zamawiającego - bowiem umowa o świadczenie usługi nie jest jeszcze zawarta. Zaznaczyć należy, że dowody są powszechnie dostępne, bowiem wynikają z ustawowego uprawnienia.

Dane: <https://poznan.praca.gov.pl/dla-pracodawcow-i-przedsiębiorcow/wsparcie-tworzeniamiejsc-pracy/dofinansowanie-wynagrodzenia-za-zatrudnienie-bezrobotnego-w-wieku-50->

Dowód: pobrany ze strony formularz wniosku o dofinansowanie przez Urząd Pracy w Poznaniu ”

Zaznaczyć należy, że ww. okoliczności w istocie nie wymagają dowodu, z uwagi

na umieszczenie w całości planu przekształcenia jako załącznika do wniosku o rejestrację zmian Lidera Konsorcjum w publicznej części Portalu Rejestrów Sądowych udostępnionym przez Ministerstwo Sprawiedliwości, co umożliwia czy to Zamawiającemu, czy Odwołującemu się stosowną weryfikację:

<https://rar.ms.gov.pl/rar/dane-sprawy/S0EuVkJSSBOcy1SZWouS1JTIDkyMzcVMIjMvNjly?strona=1>

W związku z przytoczonymi powyżej wyliczeniami zarzuty Odwołującego przytoczone

w odwołaniu można uznać za bezzasadne. Przystępujący w sposób prawidłowy złożył ofertę,

wykazując w sposób należyty kalkulację ceny oferty, która nawet przy stosowaniu wyliczeń Odwołującego się jest ofertą generującą dla Przystępującego zysk. W konsekwencji Zamawiający nie dopuścił się żadnych uchybień przepisom postępowania w szczególności zaś opisanych w Odwołaniu.”.

Iżba wskazuje, że rozważa zarzuty odwołania odnoszące się do rażąco niskiej ceny

w oparciu o treść wezwania do złożenia wyjaśnień i złożonych wyjaśnień.

Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny skonkretyzował wątpliwości w zakresie kalkulacji ceny za 1 rbg, wymagając wyjaśnień w zakresie kosztów zatrudnienia pracownika od 2024 roku, kosztów składek ZUS, kosztów pracy w godzinach nocnych, kosztów ewentualnego urlopu, kosztów ewentualnego zastępstwa pracownika w trakcie urlopu lub zwolnienia chorobowego, kosztów badań okresowych pracowników

- z uwzględnieniem zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia

za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy

z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; ewentualnej pomocy publicznej w ramach programów wsparcia dla osób bezrobotnych z uwzględnieniem zgodności z prawem

rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej - jeżeli ma to wpływ na cenę oferty należy wyjaśnić zakres pomocy publicznej i jej wpływ na cenę oferty, kosztów obsługi kasowo księgowej pracowników, kosztów wyposażenia w środki łączności, kosztów odpowiedniego umundurowania, ewentualnych kosztów szkoleń pracowników

z systemów p.poż (zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia), kosztów ubezpieczenia OC (art. 21a ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia), kosztów podwykonawcy (podwykonawca będzie świadczył tzw. pojazdy interwencyjne), inne koszty nie wymienione powyżej - jeżeli są takie koszty, to wykonawca winien był wyjaśnić inne części składowe ceny lub kosztów, które nie zostały wymienione powyżej, wskazując wpływ tych kosztów na cenę oferty - w zakresie w jakim wpływa to na cenę oferty.

Odwołujący w odwołaniu omawiane w tej części uzasadnienia zarzuty odniósł

do wyjaśnień w zakresie kosztów zatrudnienia od 2024 r., pomocy publicznej, kosztów wyposażenia w środki łączności, współpracy gospodarczej w zakresie usług kadrowo-płacowych oraz obsługi w zakresie medycyny pracy.

Izba zauważa, że Przystępujący w ofercie uwzględnił przyszłe dofinansowanie z tytułu zatrudnienia 10 osób bezrobotnych 50+. Odwołujący podnosił w toku postępowania odwoławczego, iż Przystępujący nie powinien uwzględnić przedmiotowego dofinansowania

w ofercie z uwagi na fakt, iż otrzymanie dofinansowania jest zdarzeniem przyszłym

i niepewnym. Rozważając niniejszą argumentację Odwołującego trudno się z nią zgodzić. Niewątpliwie składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego każdy

z wykonawców jest uprawniony do własnej kalkulacji ceny oferty, uwzględniającej daną specyfikę sposobu wykonania zamówienia. W przypadku braku ograniczeń ze strony Zamawiającego wykonawca ma prawo do takiej propozycji wykonania zamówienia, jak

z uwzględnieniem skorzystania z programu dofinansowania, istniejącego w przestrzeni publicznej i dostępnego dla danego kręgu adresatów – tu przedsiębiorców zatrudniających osoby bezrobotne 50+. Trudno oczekiwać aby wykonawca składający ofertę już na dzień jej złożenia zaciągał zobowiązania, skoro nie było takiego warunku w dokumentacji zamówienia, z drugiej strony deklaracja wykonawcy w ofercie co do przyszłego zatrudnienia danych osób skutkuje zobowiązaniem takiego zatrudnienia w przypadku udzielenia wykonawcy zamówienia i konsekwencjami w zakresie nienależytego wykonania i niewykonania umowy. Należy podnieść, że gdyby Zamawiający żądał zatrudnienia bezrobotnych osób 50+ w dacie złożenia oferty, to zażądałby tego wprost w dokumentacji zamówienia. To jednak nie miało miejsca

w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przeciwnie - Zamawiający wymagał jedynie oświadczenia o zatrudnieniu personelu przeznaczonego do realizacji przedmiotu zamówienia, przy czym dopuścił dopiero zatrudnienie w przyszłości, bowiem pkt 1 oświadczenia zgodnego ze wzorem – załącznikiem nr 7 Zamawiający sformułował treść wymaganego oświadczenia: „1. Osoby przeznaczone lub które zostaną przeznaczone

do wykonywania fizycznych czynności ochrony, które bezpośrednio realizują usługę objętą przedmiotem zamówienia oraz usług o charakterze portierskim, zatrudnione są lub będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę, w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy.”. Skoro zatem sam Zamawiający dopuścił możliwość deklaracji zatrudnienia pracowników w przyszłości, to omawiany zarzut Odwołującego nie jest uzasadniony.

Należy stwierdzić biorąc powyższe pod uwagę, że twierdzenia odwołania

w zakresie deklaracji zatrudnienia z dofinansowaniem w kontekście zdarzenia przyszłego

i niepewnego są nietrafione.

W toku postępowania odwoławczego nie było sporne, że Przystępujący nie zatrudnił osób bezrobotnych 50+, na które zatrudnienie deklaruje, że uzyska dofinansowanie, tak więc stwierdzenie niezasadności zarzutów odwołania w zakresie niezawarcia umów

o dofinansowanie w ocenie Izby nie wymaga szerszego uzasadnienia.

Zdaniem Izby wyjaśnienia Przystępującego uwzględniają wszystkie elementy wymagane wezwaniem Zamawiającego - Przystępujący odniósł się do wszystkich składników cenowych, co do których wątpliwość wyraził Zamawiający, a więc w szczególności odniesieniu do stawki 32,57 zł netto za 1 rbh, wynagrodzenia brutto, składki emerytalnej, składki rentowej, składki wypadkowej, składki Fundusz Pracy, FGŚP, rezerwy urlopowej, rezerwy chorobowej, całkowitego kosztu zatrudnienia, dofinansowania z tytułu zatrudnienia bezrobotnego 50+ w wysokości 50% minimalnego wynagrodzenia za pracę miesięcznie - 2121 zł miesięcznie przez okres 12 miesięcy, kosztu dodatku do 1 rbh nocnej, ilości rbh nocnych podczas realizacji zamówienia, kosztu łącznego tych rbh, wskazał liczbę etatów, miesięczny koszt zatrudnienia, liczbę miesięcy realizacji usługi - 24, koszty zatrudnienia pracowników ogółem, w tym dodatek do pracy w godzinach nocnych, dofinansowanie do zatrudnienia osób bezrobotnych, koszty dodatkowe, jak umundurowanie, łączność - 3 szt telefonów komórkowych, obsługa kadrowo-płacowa oraz badania z zakresu medycyny pracy, szkolenia z zakresu obsługi systemów technicznych, koszty podwykonawcy w zakresie działania grup interwencyjnych, system obchodowy, koszty nadzoru, wyposażenie dodatkowe/wyposażenie stanowiska pracy, polisa.

Przystępujący wskazał na kwotę 2 492 789,51 zł łącznych kosztów zatrudnienia pracowników i 141 715,20 zł dodatku do pracy w godzinach nocnych, a także wskazał kwotę dofinansowania 254 520,00 zł, którą odjął od łącznej kwoty zatrudnienia i dodatku do pracy

w godzinach nocnych, co skutkowało wysokością kosztów zatrudnienia w kwocie 2 379 984,71 zł. Dodając przedstawione w wyjaśnieniach poszczególne koszty umundurowania, łączności, obsługi kadrowo-płacowej i badań pracowników, szkoleń z zakresu obsługi systemów technicznych, kosztów podwykonawcy, systemu obchodowego, kosztów nadzoru, wyposażenia, polisy OC, zysku, cena oferty netto Przystępującego wyniosła 2 425 162,20 zł, w tym 23 825,29 zł zysku.

Przystępujący do wyjaśnień rażąco niskiej ceny załączył dowody:

1. opis programu dofinansowania (<https://poznan.praca.gov.pl/dla-pracodawcow-i-przedsiębiorców/wsparcie-tworzenia-miejsc-pracy/dofinansowanie-wynagrodzenia-za-zatrudnienie-bezrobotnego-w-wieku-50-1>),
2. Ofertę na dostawę umundurowania,
3. Przykładową fakturę VAT na usługi telekomunikacyjne,
4. Cennik usług kadrowo-płacowych oraz obsługi w zakresie medycyny pracy,
5. Ofertę Ochrony Juventus Sp. z o.o. dla Time Group Polska Sp. z o.o.

Izba nie podziela poglądu Odwołującego, że opisany w odwołaniu stan faktyczny

w zakresie powiązań pomiędzy spółkami, nakazuje uznać za całkowicie niewiarygodne wyjaśnienia Przystępującego z dnia 20 lutego 2024 r. w zakresie cen usług kadrowo-płacowych oraz obsługi w zakresie medycyny pracy. Współpraca gospodarcza pomiędzy powiązаныmi podmiotami nie jest prawem zabroniona w omawianym obszarze działalności, tak więc nie można zarzucać wskazywanym spółkom, że ich porozumienie nie jest wiarygodne. Odwołujący oprócz wątpliwości na tle powiązań spółek nie przedstawił dowodu na fakt, że przedstawione porozumienie nie zostało zawarte. Zatem złożone wyjaśnienia wraz dowodem uzasadniają podaną w ofercie cenę lub koszt.

Również w odniesieniu do zarzutu niewiarygodności dowodu nr 3 w postaci „przykładowej faktury za usługi telekomunikacyjne”, mającego uzasadniać koszt Przystępującego w zakresie 3 szt. telefonów komórkowych wraz z abonamentami, Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie: „Okoliczność, że dowód nr 3 w postaci faktury nr F/60294323/12/22, został wystawiony na rzecz TIME SECURITY Spółka z o.o., która nie jest członkiem konsorcjum Wykonawców TIME GROUP Polska Spółka z o.o. i SKY ONE Spółka z o.o. potwierdza tylko to, że analogiczne koszty abonamentu w kwocie 24,60 zł (dla jednego numeru telefonu), są nadal ponoszone przez Time Group Sp. z o.o. jako następcę prawnego spółki Time Security (...)”. Nie ma znaczenia zatem, że faktura nr F/60294323/12/22 wystawiona została w dniu 27.12.2022r., a więc prawie

16 m-cy temu, jej nabywcą jest spółka TIME SECURITY Spółka z o.o., opiewa na kwotę 938,55 zł brutto i nie został przez Przystępującego przeprowadzony wywód, jak ta kwota odnosi się do kwoty 1771,20 zł, wskazanej przez Przystępującego jako łączny koszt 3 szt. telefonów komórkowych wraz z abonamentem. W dalszej bowiem części faktury wskazano koszt abonamentu dla 1 aparatu także w kwocie: 24,60 zł, a zatem Przystępujący wykazał jako następcę prawny TIME SECURITY Spółka z o.o., że kwota w kalkulacji ceny za usługi komunikacyjne jest realna.

W związku z tym, że zarzut 2 jako wynikowy niepotwierdzonego zarzutu 1 nie potwierdził się, rozstrzygnięcie w zakresie zarzutu 2 nie wymaga szerszego uzasadnienia.

Odnosnie zarzutu 3 odwołania - naruszenia art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp (podany wyżej), w ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący w odwołaniu podał

w szczególności: „Odwołujący podnosi, że Zamawiający niezgodnie z przepisami uznał,

że Wykonawca - Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o. , SKY ONE Spółka z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej , podczas gdy Wykonawca ten nie udowodnił , że lider konsorcjum – TIME GROUP Polska Spółka z o.o. należycie wykonał co najmniej jedną usługę w zakresie ochrony osób i mienia (polegającą na bezpośredniej ochronie osób i mienia , w tym zapewnienie podjazdów grupy interwencyjnej) o wartości nie mniejszej niż

1.900.000 zł brutto na rzecz Zamawiającego publicznego , nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat .

Wezwaniem z dnia 3 kwietnia 2024r. Wykonawca – Konsorcjum został wezwany przez Zamawiającego do dostarczenia podmiotowych środków dowodowych w celu spełnienia warunków udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej . W ocenie Odwołującego , Wykonawca nie udowodnił , że lider konsorcjum – TIME GROUP Polska Spółka z o.o. należycie wykonał co najmniej jedną usługę w zakresie ochrony osób i mienia (polegającą

na bezpośredniej ochronie osób i mienia , w tym zapewnienie podjazdów grupy interwencyjnej) o wartości nie mniejszej niż 1.900.000 zł brutto na rzecz Zamawiającego publicznego ,

nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat . Zamawiający wymagał dowodów określających , czy usługi wskazane w wykazie usług zostały wykonane lub są wykonywane należycie , przy czym dowodami , o których mowa są referencje , bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane lub są wykonywane . Z treści referencji bądź innych dokumentów potwierdzających musi wynikać , że wykazane usługi były wykonywane / są wykonywane przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego , którzy podpisali wykaz . Wykonawca – Konsorcjum złożył Oświadczenie w formie wykazu usług (podmiotowy środek dowodowy na potwierdzenie warunków udziału) , w którym pod poz. 3 znalazła się usługa wykonana na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w Warszawie , 03-829 Warszawa , ul. Podskarbińska 25, z zaznaczeniem w rubryce 5 (Wartość wykonanych lub wykonywanych usług , nie mniej niż

1 900 000 zł brutto każda usługa) , że wartość usługi zrealizowanej przez spółkę TIME GROUP Polska Sp. z o.o. – powyżej 1 900 000 zł brutto . Nie ma mowy o wartości usługi zrealizowanej przez spółkę SKY ONE Spółka z o.o. , w sytuacji gdy referencja Zakładu Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w Warszawie z dnia 16 sierpnia 2023r. wystawiona została dla Konsorcjum : TIME SECURITY Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz SKY ONE

Sp. z o.o. Odwołujący podnosi , że spółka TIME SECURITY Sp. z o.o. dla której obok SKY ONE Sp. z o.o. wystawior została referencja nie jest członkiem konsorcjum wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne .

Z lakonicznej informacji Wykonawcy dołączonej do ww. referencji , wynikać ma , jakoby w dniu 31 lipca 2023r. nastąpił podział spółki TIME SECURITY Spółka z o.o. , w efekcie którego spółka TIME GROUP Polska weszła we wszystkie określone w planie podziału prawa i obowiązki TIME SECURITY Spółka z o.o. Zdaniem Wykonawcy – Konsorcjum , plan podziału obejmować ma m.in. wartości niematerialne i prawne , w tym także przedłożoną referencję . Jednakże Wykonawca – Konsorcjum nie dołączył i nie przedłożył Zamawiającemu rzeczowego planu podziału ,

w związku z czym nie udowodnił , że spółka TIME GROUP Polska Spółka z o.o. weszła ,

jak twierdzi , we wszystkie prawa i obowiązki TIME SECURITY Spółka z o.o. , w tym przedłożoną referencję . Odwołując

zwraca uwagę , że z Informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dotyczącej spółki TIME GROUP Polska Spółka z o.o. Dział 6 , Rubryka 4 (str. 6) wynika jednoznacznie ,

że podział spółki TIME SECURITY Spółka z o.o. został przeprowadzony w trybie przewidzianym w art. 529 § 1 pkt 4 ksh tj. przez przeniesienie części majątku spółki dzielonej na TIME GROUP Polska Spółka z o.o. z siedzibą w Mysłowicach .

Podział zostanie dokonany poprzez przeniesienie wskazanych w planie podziału składników majątku spółki dzielonej

na spółkę przejmującą . Zatem zgodnie z domniemaniem prawdziwości wpisów do KRS wynikającym z art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, domniemywa się , że dane wpisane do Rejestru są prawdziwe . Z daleko posuniętej ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje , że zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy o KRS , jeżeli dane wpisano do Rejestru niezgodnie ze zgłoszeniem podmiotu lub bez tego zgłoszenia, podmiot ten nie może zasłaniać się wobec osoby trzeciej działającej w dobrej wierze zarzutem, że dane te nie są prawdziwe, jeżeli zaniedbał wystąpić niezwłocznie z wnioskiem o sprostowanie, uzupełnienie lub wykreślenie wpisu .

Nadto Odwołujący podnosi , że podana przez Wykonawcę w informacji załączonej

do referencji podstawa prawna podziału spółki TIME SECURITY Spółka z o.o. , wpisana również w KRS to art. 529 § pkt 4 ksh , stanowiący , że podział może być dokonany przez przeniesienie części majątku spółki dzielonej na istniejącą lub nowo zawiązaną spółkę albo spółki za udziały lub akcje spółki albo spółek przejmujących, nowo zawiązanych lub spółki dzielonej, które obejmują wspólnicy spółki dzielonej (podział przez wydzielenie) . Gdyby podział spółki TIME SECURITY Spółka z o.o. miał obejmować wejście spółki TIME GROUP Polska Spółka z o.o. we wszystkie prawa obowiązki TIME SECURITY Spółka z o.o.

to podstawę prawną stanowiłby art. 529 §1 pkt 3 ksh przez przeniesienie całego majątku spółki dzielonej na istniejącą i na nowo zawiązaną spółkę albo spółki za udziały lub akcje spółki albo spółek przejmujących i nowo zawiązanych, które

obejmują wspólnicy spółki dzielonej (podział przez przejęcie i zawiązanie nowej spółki) . Odwołujący zgłasza również , że jeżeli zgodnie

z głosownym twierdzeniem Wykonawcy TIME GROUP Polska Spółka z o.o. wszedł on we wszystkie określone w planie podziału prawa i obowiązki , w tym wartości niematerialne i prawne spółki TIME SECURITY Spółka z o.o. , włącznie z referencjami to referencja sporządzona przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w Warszawie w dacie

16 sierpnia 2023r. winna zostać wystawiona już na spółkę TIME GROUP Polska Spółka z o.o., skoro jakoby weszła w prawa i obowiązki , wartości niematerialne i prawne , w tym referencje w dacie wcześniejszej , bo w dniu 31 lipca 2023r. W ocenie Odwołującego , Wykonawca – Lider konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o. nie udowodnił , że wykonał lub wykonuje co najmniej jedną usługę w zakresie ochrony osób i mienia (polegającą na bezpośredniej ochronie osób i mienia , w tym zapewnienie podjazdów grupy interwencyjnej) , o wartości nie mniejszej niż : 1.900.000 zł brutto – na rzecz Zamawiającego publicznego , nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat , a zatem nie wykazał , aby spełniał warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. (...)

Odwołujący podnosi , że w ramach postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą , ocenie podlega prawidłowość czynności podjętych przez Zamawiającego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego . Zamawiający jest zobowiązany podjąć decyzję w oparciu o wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie . Ocena tej decyzji Zamawiającego (czynności i zaniechań) nie może być dokonywana z uwzględnieniem nowych , uzupełniających wyjaśnień i nowych dowodów .

Z tego względu Izba nie może dopuścić wniosków dowodowych złożonych w postępowaniu odwoławczym (wyrok KIO z 3 września 2015r. , KIO 1784/15) . Wykonawca – konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o. , SKY ONE Spółka o.o. nie ma więc możliwości złożenia nowych dowodów na etapie postępowania odwoławczego . To na Wykonawcy spoczywa ciężar wykazania , że cena oferty nie jest rażąco niska i powinien on przedłożyć Zamawiającemu wszelkie dostępne im informacje i dowody na potwierdzenie tej tezy

w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego w wezwaniu. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem służącym zbadaniu poprawności czynności i zaniechań Zamawiającego ,

w takim kształcie , w jakim dokonał ich Zamawiający. Postępowanie to nie zastępuje działania Zamawiającego , a tym samym proces dowodowy , jakkolwiek przewidziany w ustawie , ograniczony jest do funkcji postępowania odwoławczego , a zatem zbadania objętej zarzutami aktywności Zamawiającego . Nie może więc być tak , że dopiero w toku postępowania odwoławczego ujawniają się okoliczności , które od początku były poza zakresem czynności Zamawiającego i jego oceny i które mogły i powinny być zbadane przez Zamawiającego .

W takim bowiem wypadku mielibyśmy do czynienia nie z kontrolą czynności i zaniechań Zamawiającego w ramach środka ochrony prawnej , ale z samodzielnymi czynnościami Krajowej Izby Odwoławczej . Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą bada natomiast poprawność zachowań Zamawiającego , a nie je zastępuje (wyrok KIO z 2 kwietnia 2015r. , KIO 547/15) . Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia bowiem zgodność z prawem czynności Zamawiającego . Nie może natomiast prowadzić do uzupełnienia wyjaśnień , w tym niedopuszczalne jest przedkładanie dowodów , które powinny zostać dostarczone uprzednio Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny (Prawo zamówień publicznych . Komentarz red. Marzena Jaworska , Dorota Grześkowiak – Stojek , Julia Jarnicka , Agnieszka Matusiak . Orzecznictwo KIO oraz sądów powszechnych (wyrok SO w Warszawie

z 9.4.2010r., IV Ca 1299/09 LEX nr 1713367 ; wyrok SO w Poznaniu z 21.5.2008r. ,

X Ga 127/08 LEX nr 621205) jednoznacznie wskazuje na brak możliwości brania pod uwagę tego typu dowodów dopiero na etapie postępowania odwoławczego , ponieważ

ich uwzględnienie prowadziłoby do niczym nie uzasadnionego przywrócenia terminu udzielonego do przedstawienia wyjaśnień , a którego niedotrzymanie zagrożone jest odrzuceniem oferty . Ocena takich dowodów przez KIO (lub przez sąd) w sytuacji , gdy nie były one rozpatrywane przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego , prowadziłoby do dokonania czynności oceny ofert przez KIO lub sąd , zamiast przez Zamawiającego . Próba dowodzenia realności oceny ofert na etapie postępowania odwoławczego jest próbą spóźnioną .”.

Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia przedstawił stanowisko, a w szczególności:

„Lider Konsorcjum w ramach przejęcia majątku innej spółki jako procedury następstwa prawnego określonego przepisami k.s.h. przejął w całości prawa i obowiązki związane

z telekomunikacją dotychczas przypisaną Time Security sp. z o.o. podział Time Security

sp. z o.o. (dalej „spółka dzielona”), przeprowadzony w trybie przewidzianym w art. 529 § 1 pkt 4 ksh, tj. przez przeniesienie części majątku spółki dzielonej na TIME GROUP Polska

sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach (dalej „spółka przejmująca”) na warunkach określonych w planie podziału przyjętym przez zarząd spółki dzielonej i zarząd spółki przejmującej oraz ogłoszonym na stronie internetowej spółki dzielonej. Podział został dokonany poprzez przeniesienie wskazanych w planie podziału składników majątku spółki dzielonej na spółkę przejmującą w zamian za udziały, jakie wspólnicy spółki dzielonej otrzymają w podwyższonym kapitale zakładowym spółki przejmującej., 16.03.2023, nadzwyczajne zgromadzenie wspólników. W zakresie usługi świadczonej na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie II Oddział 03 -829 Warszawa, ul Podskarbińska 25 TIME GROUP Polska Sp. z o.o. jest następcą prawnym TIME SECURITY Sp. z o.o. Zaznaczyć należy, że ww. okoliczności w istocie nie wymagają dowodu, z uwagi na umieszczenie w całości planu przekształcenia - jako załącznika do wniosku o rejestrację zmian Lidera Konsorcjum sygn.. sprawy KA.VIII Ns-Rej.KRS 9237/23/622- w publicznej części Portalu Rejestrów Sądowych (Repozytoria al rejestrowych/przeglądanie danych sprawy), a udostępnionym przez Ministerstwo Sprawiedliwości, co umożliwia: czy to Zamawiającemu, czy Odwołującemu się w ramach posiadanych kompetencji cyfrowych stosowną jego weryfikację w publicznej bazie danych:
<https://rar.ms.gov.pl/rar/dane-sprawy/S0EuVkJSSBOcy1SZWouS1JTIDkyMzcwMjIMNjly?strona=1>
W przypadku zaś rozbieżności interpretacyjnych w planie podziału Strony zastrzegły w tym zakresie możliwe do zawarcia potencjalnie dodatkowe porozumienie.
Dowód: porozumienie z dnia 17.08.2023 r. wraz z poświadczeniem 8/2023 dodatkowo składany wraz z niniejszym pismem”.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że wykonawcy wzywani są do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie postanowień SWZ, ustawy Pzp i rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 z późn. zm.), a to w szczególności § 9 ust. 1 pkt 2 w brzmieniu: „1. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: 2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy;”. Zamawiający w SWZ w części V w rozdziale I lit. d, Rozdziale II pkt 2), w części VI w rozdziale II lit. B pkt 2) postanowił w szczególności, że wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w określonym terminie, podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu usług zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ wraz z dowodami określającymi, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane lub są wykonywane.

Biorąc pod uwagę postanowienia SWZ, a także odpowiednie obowiązujące przepisy prawa w obszarze zamówień publicznych, nie ulega wątpliwości, że zarzuty Odwołującego koncentrujące się na niezłożonych przez Przystępującego na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych dowodach w przedmiocie podziału spółki i przejścia na Przystępującego składników majątku nie mogą się ostać z tej przyczyny, że takie dokumenty nie były żądane przez Zamawiającego, ani nie są sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane. Z tego powodu dokumenty te nie mogły stanowić podstawy ustalenia czy Przystępujący spełnia warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Izba zauważa dalej, że Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wykazu usług i referencji złożył wymagane dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu co do zdolności zawodowej. Zarówno wykaz usług jak i referencje korespondują ze sobą w zakresie

wykazywanego w nich doświadczenia. Odwołujący zarzucił w odwołaniu, że: „Z lakonicznej informacji Wykonawcy dołączonej do ww. referencji, wynikać ma, jakoby w dniu 31 lipca 2023r. nastąpił podział spółki TIME SECURITY Spółka z o.o.,

w efekcie którego spółka TIME GROUP Polska weszła we wszystkie określone w planie podziału prawa i obowiązki TIME SECURITY Spółka z o.o. Zdaniem Wykonawcy – Konsorcjum, plan podziału obejmować ma m.in. wartości niematerialne i prawne, w tym także przedłożoną referencję.”.

Przystępujący załączył w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych również oświadczenie z dnia 04.04.2024 r. o treści: „Niniejszym, działając

w imieniu Time Group Polska Sp. z o.o. (dalej Wykonawca), informuję, iż na podstawie

art. 529 § 1 ust. 4 Kodeksu spółek handlowych w dniu 31.07.2023r. nastąpił podział Time Security Sp. z o.o., w efekcie którego Wykonawca wszedł we wszystkie określone w planie podziału prawa i obowiązki Time Security Sp. z o.o. Do podziału doszło poprzez wydzielenie zorganizowanej części przedsiębiorstwa służącej wykonywaniu usług związanych z ochroną mienia. Plan podziału, o którym mowa powyżej obejmuje m.in. wartości niematerialne

i prawne, w tym także przedkładane przez Wykonawcę potwierdzenie należytego wykonania przez Time Security Sp. z o.o. usługi ochrony mienia (referencje).”.

Przystępujący złożył wymagane przez Zamawiającego w wezwaniu dokumenty

z oświadczeniem co do przekształcenia przedsiębiorcy i ciągłości jego działalności, a zatem Zamawiający uzyskał dokumenty i informacje, potrzebne mu do oceny oferty Przystępującego.

W toku postępowania odwoławczego Zamawiający powołał się na powszechnie dostępne KRS i dokumenty o planie podziału spółek, z których korzystał w trakcie badania

i oceny oferty Przystępującego. Odwołujący zaś wskazywał na konieczność załączenia dowodów przez Przystępującego w dacie składania podmiotowych środków dowodowych. Izba zauważyła, że Przystępujący miał obowiązek złożenia dokumentów wymaganych przez Zamawiającego w dokumentacji zamówienia i wynikających z odpowiedniego aktu wykonawczego do ustawy Pzp. Nie miał zatem obowiązku przedkładania innych dokumentów jak wystawionych przez wystawcę na rzecz którego wykonano referencyjne zamówienie. Przystępujący w toku postępowania odwoławczego powołał się na porozumienie z dnia 17.08.2023 r. w sprawie tego, że sporne referencje przeszły na następcę prawnego

- Przystępującego, które koresponduje ze złożonymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykazem usług i referencjami. Izba zauważyła, że podział spółki Time Security Sp. z o.o. przez wydzielenie (nie sporne) nastąpiło 31.07.2023 r., zaś referencje zostały opatrzone datą wystawienia 16.08.2023 r. Umowa nr 1076528 z dnia 24.07.2020 r. zawarta z II Oddziałem ZUS w Warszawie, stanowiąca podstawę wystawienia referencji – Poświadczenia nr 8/2023, obowiązywała do dnia 31.07.2023 r., to jest dnia, gdy stroną umowy było Konsorcjum: Time Security Sp. z o.o. i SKY ONE Sp. z o.o. Referencje zostały wystawione z uwzględnieniem wykonawcy wskazanego w komparycji umowy, to jest Time Security Sp. z o.o. i SKY ONE Sp. z o.o. Wystawiający referencje zamawiający, będący stroną umowy, nie ma obowiązku śledzenia zmian przekształceniowych spółek przy wystawieniu referencji na podstawie wykonanej umowy z wskazanymi w komparycji umowy stronami. Ponadto należy zauważyć, że dzień 31.07.2023 r. był ostatnim dniem obowiązywania przedmiotowej umowy i zarazem dniem, w którym nastąpił podział spółki Time Security Sp. z o.o. przez wydzielenie, w wyniku którego powstała spółka Time Group Polska Sp. z o.o., która jest następcą prawnym spółki Time Security Sp. z o.o., co wynika w szczególności z oświadczenia z dnia 04.04.2024 r., uwiarygodnionego dodatkowo w toku postępowania odwoławczego treścią Porozumienia z dnia 17.08.2023 r.

Izba wskazuje na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 sierpnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 86/22, w którym Sąd w szczególności podniósł: „(...) zasadą jest, że ciężar dowodu w zakresie podstaw odwołania spoczywa na odwołującym. Co prawda w ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest odpowiednika art. 6 k.c., który wprowadza ogólną regułę rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu cywilnym, jednak zasada wyrażona w tym przepisie ma na tyle uniwersalny charakter, że nie tylko może, ale i powinna znaleźć zastosowanie również w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Procesowym odpowiednikiem tego przepisu jest art. 232 k.c., który nakłada na strony obowiązki procesowe stanowiące wyraz reguły rozkładu ciężaru dowodu mające zapewnić jej realizację. W tym zakresie w ustawie Prawo zamówień publicznych znalazł się art. 534, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (ust. 1), izba może z urzędu dopuścić dowód niewskazany przez stronę (ust. 2). Przepis ten w oczywisty sposób stanowi odpowiednik art. 232 k.p.c. (...) to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To odwołujący bowiem, a nie zamawiający, a tym bardziej przystępujący, wywodził z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie

oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie odwołujący." Wobec niewykazania przez Odwołującego twierdzeń odnośnie zarzutu

3 odwołania, należało je uznać za niezasadne.

Zamawiający zatem nie naruszył zarzucanych mu w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu wycofanego na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, a także oddaliła odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów podlegających rozpoznaniu na podstawie art. 553 ustawy Pzp

oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie , art. 574 i ustawy Pzp oraz w oparciu

o przepisy ust. 2 pkt 1 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 (Dz.U.). Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości

15 000,00 zł i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego. Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosi Odwołujący. W związku z tym, iż Zamawiający nie wniósł

o zasądzenie uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego – wynagrodzenia pełnomocnika Izba nie zasądziła takich kosztów.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....