

WYROK
z dnia 7 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 23 listopada 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Sign Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, Sign 4 Security Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, Sign Polska Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Szczecinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Pomorza Środkowego w Słupsku**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Jantar sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku; Jantar 2 sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a w toku ponowionej czynności badania i oceny ofert odrzucenie oferty wykonawców **Jantar sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku; Jantar 2 sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku** na podstawie art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 226 ust 1 pkt. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 128 ust. 1 PZP polegającego na zaniechaniu wezwania konsorcjum **Jantar** w cz. 1 do złożenia dokumentów potwierdzających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony oraz wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, z uwagi na wycofanie zarzutów.
3. kosztami postępowania obciąża wykonawców **Jantar sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku; Jantar 2 sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku** i zalicza w poczet kosztów

postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

4. zasądza od wykonawców **Jantar sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku; Jantar 2 sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku** na rzecz **Sign Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, Sign 4 Security Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, Sign Polska Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Szczecinie** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (7.500 zł) oraz uzasadnionego wynagrodzenia pełnomocnika (3.600 zł).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Muzeum Pomorza Środkowego w Słupsku prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt. 1 ustawy pzp postępowanie na zadanie pn. „Usługi ochrony osób i mienia oraz monitoringu elektronicznego w Muzeum Pomorza Środkowego w Słupsku”; nr sprawy NTŚ-IX.261.4.2022 - w zakresie cz. 1, 2 i 3. Ogłoszenie o postępowaniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych, 2022/BZP 00335359/01 z 6.09. 2022 r.

Odwołujący: Konsorcjum w składzie: 1. Sign Polska sp. z o.o. z/s w Szczecinie— Lider konsorcjum, 2. Sign 4 Security sp. z o.o. w Szczecinie, 3. Sign Polska sp. z o.o. sp.k. w Szczecinie wniósł dnia 23 listopada 2022 r. odwołanie od czynności dokonanych przez Zamawiającego polegających na:

- a) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum w składzie JANTAR sp. z o.o. oraz Jantar 2 sp. z o.o. — Członek konsorcjum („konsorcjum Jantar”) i zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Jantar jako oferty niezgodnej z ustawą oraz z warunkami zamówienia;
- b) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Jantar i zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Jantar jako oferty niezgodnej z ustawą, zawierającej rażąco niską cenę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- c) i d) zaniechaniu wezwania konsorcjum Jantar w cz. 1 2 i 3 do złożenia dokumentów potwierdzających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony oraz legitymacji osoby dopuszczonej do posiadania broni w celu ochrony osób i mienia;
- e) zaniechał rzetelnej oceny i badania oferty Odwołującego;
- f) błędnym uznaniu, że konsorcjum Jantar wykazało w sposób zgodny z przepisami Pzp spełnienie warunków udziału w Postępowaniu;
- g) zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Jantar;
- h) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Zarzucił Zamawiającemu, iż prowadząc Postępowanie naruszył następujące przepisy:

- a) art. 128 ust. 1 PZP przez zaniechanie wezwania konsorcjum Jantar w cz. 1 do złożenia dokumentów potwierdzających wpis na listę kwalifikowanych pracowników, b) art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Jantar w cz. 2 i 3 do złożenia dokumentów potwierdzających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony (zarzut a i b cofnięty);
- c) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ; jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż wykonawca Jantar wskazał, że planuje zrealizować zamówienie przy pomocy 17 pracowników z orzeczoną

niepełnosprawnością umiarkowaną, które to osoby nie mogą świadczyć samodzielnie usług ochrony w miejscach wyznaczonych przez Zamawiającego, podczas gdy pomieszczenia nie spełniają wymogów rozporządzenia MPiPS z 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bhp, do pracy, potrzeb i możliwości osób niepełnosprawnych;

d) art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 226 ust 1 pkt. 8 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie merytorycznej oceny wyjaśnień konsorcjum Jantar, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty, mimo że wykonawca nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska, gdyż skalkulował cenę z uwzględnieniem kosztu pracowników z orzeczeniem o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym, podczas gdy dopuszczalni są jedynie pracownicy pełnosprawni, co w konsekwencji narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

e) art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 ust. 1 oraz art. 3 ust. 1 ustawy znku, przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Jantar mimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników

f) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp przez wybór oferty podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia procedury rzetelnego badania ofert;

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości;

unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum Jantar jako najkorzystniejszej

nakazanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;

ewentualnie, w przypadku przyjęcia iż oferta Jantar nie podlega odrzuceniu, wezwanie konsorcjum Jantar do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny.

I. Treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia

Realizacja zamówienia osobami z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności w sposób sprzeczny z SWZ i dokumentacją postępowania. Zamawiający w pkt 2 Zał Nr 8 - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wprost wskazał, że „Ochrona winna być świadczona przez kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej.”

Kwestia niepełnosprawnych pracowników również poruszana była w pytaniach zadawanych przez wykonawców, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi - odpowiedzi na pytania z dnia 13 września 2022 roku (w aktach). W odp. na pyt. nr 5 Zamawiający wskazał że Pomieszczenia i miejsca (oprócz Białego Spichlerza w Słupsku oraz Budynku Stodoły Pomorskiej w Swołowie 15a), w których będą świadczyć pracę pracownicy ochrony nie są dostosowane i nie spełniają wymogów rozp. MPiPS w sprawie ogólnych przepisów bhp, do pracy, potrzeb i możliwości osób niepełnosprawnych. Zamawiający podkreślił, że nie są dostosowane, gdyż ochronę winni świadczyć kwalifikowani pracownicy ochrony.

Takie stwierdzenie na pytanie do treści SWZ i OPZ wskazało wprost, że usługa ma być świadczona przez pełnosprawnych pracowników ochrony fizycznej. Poza konsorcjum Jantar wykonawcy nie mieli wątpliwości co do sposobu zrozumienia stanowiska Zamawiającego.

Ponadto Zamawiający wskazał, że nie zezwoli Wykonawcy-pracodawcy, na wykonanie niezbędnych prac budowlanych i adaptacyjnych obiektów do potrzeb osób niepełnosprawnych i nie będzie partycypował w kosztach ich dostosowania. Tym samym wykluczył możliwość przebudowy pomieszczeń w celu dostosowania ich do potrzeb osób niepełnosprawnych, co de facto wyklucza możliwość realizacji zamówienia przez osoby z orzeczeniem o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym przez osoby wykazane przez konsorcjum.

Zgodnie z wyjaśnieniami konsorcjum Jantar 92 % pracowników skierowanych do realizacji zamówienia ma posiadać orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym (zawierające szereg zaleceń dotyczących warunków pracy, jaką miałyby wykonywać osoby, których dotyczy orzeczenie). Pomieszczenia niedostosowane do dopuszczenia w nich do pracy osób z orzeczeniem o niepełnosprawności obejmuje 96 % obszaru stanowiącego przedmiot zamówienia. Skierowanie pracowników z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności wiąże się z szeregiem dodatkowych wymogów ustawowych związanych z zatrudnieniem takich pracowników vide art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 27 stycznia 1997 roku o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych.

Intencją Zamawiającego nie jest w uczynienie wszystkich chronionych obiektów terenem aktywności zawodowej niepełnosprawnych dla pracowników konsorcjum Jantar.

Zamawiający nie zwrócił uwagi na opisową część Załącznika nr 1 do Wyjaśnień konsorcjum Jantar, w którym wykonawca wprost informuje, że „jak wynika z powyższej tabeli oraz przedłożonych przez firmę Jantar orzeczeń o stopniu niepełnosprawności, wszystkie osoby muszą pracować w warunkach chronionych.” Tym samym oferta jest niezgodna z warunkami udziału, ponieważ chronione obiekty prawie w całości nie są dostosowane do pracy przez osoby niepełnosprawne, a konsorcjum Jantar wskazuje, że prawie wszyscy jego pracownicy muszą pracować w warunkach chronionych, a przy tym 13 z 17 pracowników niepełnosprawnych posiada rodzaj niepełnosprawności powodujący konieczność czasowej lub częściowej pomocy innych osób i w pełnieniu ról społecznych.

Trudno o bardziej rozbieżną ofertę wykonawcy od oczekiwań Zamawiającego.

Warto także zwrócić przepisy ustawy o rehabilitacji dot. Czasu pracy dobowego, tygodniowego, zakazu pracy w nocy i godz. nadliczbowych, przerw, urlopów, co w efekcie powoduje potrzebę zwiększenia etatów.

Dowód: tabela orzeczeń pracowników Konsorcjum Jantar, skany orzeczeń pracowników Konsorcjum Jantar (w aktach Postępowania)

Wszystkie posterunki ochrony (miejsca w których świadczone będą usługi ochrony fizycznej) są posterunkami jednoosobowymi brak jest zatem możliwości pomocy jednego niepełnosprawnego kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej drugiemu kwalifikowanemu pracownikowi ochrony fizycznej z wykazu osób konsorcjum Jantar, a niewątpliwie z orzeczeń przedłożonych przez konsorcjum Jantar wynika konieczność pomocy innych osób. Zatrudnienie osób wymagających czasowej i częściowej pomocy innych osób w pełnieniu ról społecznych do świadczenia usług bezpośredniej ochrony fizycznej polegającej m.in. na następujących zadaniach (załącznik nr 8 do SWZ, str. 5 i 6):

100% przedłożonych przez Konsorcjum Jantar orzeczeń o stopniu niepełnosprawności potwierdza, że każdy z tych pracowników wymaga odpowiedniego zatrudnienia w warunkach chronionych, konieczności zaopatrzenia w środki pomocnicze oraz pomoce techniczne.

Wszelkie powyżej przedstawione działania powodują w związku z tym nie tylko niezgodność z wymogami SWZ, ale także prowadzą do wniosku, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest rażąco niska, gdyż nie uwzględnia wszystkich ww. elementów. Przełożenie tych elementów na nieprawidłowość obliczenia ceny zostanie omówiona w dalszej części Odwołania.

II. Rażąco niska cena ze względu na zastosowanie w kalkulacji dofinansowania PFRON, z uwagi na zatrudnienie do realizacji zamówienia osób z orzeczoną niepełnosprawnością w stopniu umiarkowanym niezgodnie z SWZ

Zgodnie z pkt 4.4 SWZ Zamawiający wymagał zatrudnienia przez Wykonawcę pracowników na podstawie umowy o pracę, doprecyzował, iż czas pracy pracowników ochrony fizycznej podczas zastępstw wynikających z absencji chorobowych lub urlopów również ma być realizowany i rozliczany w ramach umów o pracę — zgodnie z przepisami w tym zakresie.

Wykonawca 5 października 2022 roku wyjaśnił cenę złożonej przez siebie oferty, opierając swoje kalkulacje o dofinansowanie PFRON do wynagrodzeń pracowników, których zamierza skierować do realizacji przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego nie ma możliwości obniżenia kosztów pracy przez zatrudnienie pracowników z orzeczeniem o niepełnosprawności i skorzystanie dofinansowań z PFRON.

Odwołujący przedstawił zestawienie porównawcze zestawiające stawkę kosztu 1 godziny pracy wykazaną w wyjaśnieniu ceny oferty przez konsorcjum Jantar uwzględniającą zatrudnienie osób niepełnosprawnych i otrzymanie z tego tytułu dofinansowania z PFRON oraz stawkę kosztu 1 godziny wykazaną w wyjaśnieniu ceny oferty przez konsorcjum Jantar BEZ dofinansowania.

Jak zostanie to szczegółowo omówione poniżej oferty wymienionych poniżej wykonawców zawierają stawki, które nie pozwalają nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego w 2023 roku, a tym samym winny ulec odrzuceniu

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, czyli z uwagi na nieważność na podstawie odrębnych przepisów.

Nawet przy uwzględnieniu minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników od 2023 roku stawki konsorcjum Jantar są niemożliwe do realizacji, a cenę należy uznać za rażąco niską. Zamawiający w formularzu ofertowym przewidział tabelę, w której każdy wykonawca obowiązany był wskazać wartość wynagrodzenia jednej roboczogodziny dla poszczególnych części zamówienia.

Dokonując na tej podstawie wyliczenia stawek zaoferowanych przez Konsorcjum Jantar, Odwołujący skonstatował, że nie pozwalają one na pokrycie kosztów wynagrodzenia minimalnego pracowników, co pokazuje szczegółowo poniższa tabela.

Jednoznacznie pokazuje, to że stawka konsorcjum Jantar nie obejmuje minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników pełnosprawnych. Należy wziąć pod uwagę, że koszt wynagrodzenia pracowników nie jest jedynym kosztem, który wykonawcy są obowiązani uwzględnić w kalkulacji. Konsorcjum Jantar nie uwzględniło w swojej kalkulacji m.in. kosztów zwolnień lekarskich, co przy uwzględnieniu faktu, że zamierza wykonywać zamówienie (w 92%) za pośrednictwem osób z niepełnosprawnością umiarkowaną, które wymagając pomocy osoby trzeciej wydaje się kwestią bardzo istotną, wymagającą uwzględnienia w kalkulacji cenowej.

W treści Zał nr 8 do SWZ— Sopz Zamawiający przewidział, że Pracownik na służbie ma być wyposażony przez pracodawcę w ubrania służbowe, identyfikatory osobiste z nazwą firmy noszone w widocznym miejscu, sprzęt niezbędny do prawidłowego wykonywania zadań (środki przymusu bezpośredniego, środki łączności oraz inne wyposażenie).

Ponadto, realizacja zamówienia przez wykonawców, zawsze wiąże się chociażby z minimalnymi kosztami administracyjnymi czy nadzoru ponoszonymi przez wykonawcę.

Dodatkowo, aby cena nie była kwalifikowana jako rażąco niska, po poniesieniu wszystkich kosztów powinna pozwolić na osiągnięcie zysku przez wykonawcę.

Reasumując, zdaniem Odwołującego stawka zaproponowana przez konsorcjum Jantar nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z SWZ a tym samym cena jest nierealna do wykonania i nie może zostać uznana za rynkową i obalająca domniemanie rażąco niskiej ceny.

Wykonawca składał wyjaśnienia w sprawie zaoferowanej ceny.

Konsorcjum Jantar jako dowód przedłożył Zamawiającemu wyłącznie swoją kalkulację uwzględniającą dofinansowanie PFRON, orzeczenia o stopniu niepełnosprawności oraz orzeczenia lekarskie i psychologiczne dla pracowników ochrony fizycznej. Zatem nie wywiązał się z zobowiązania do przedstawienia wymaganych informacji i dowodów.

Wykonawca Swoje wyliczenie ceny oferty oparł na 17 niepełnosprawnych kwalifikowanych pracownikach ochrony fizycznej, przyjmując dodatkowo urlopy w wymiarze 36 dni dla

każdego pracownika, powodujące konieczność zaangażowania kolejnych 3 etatów (łącznie 20), a Zamawiającemu przedłożył 17 orzeczeń o stopniu niepełnosprawności i 17 egz. orzeczeń lekarskich i psychologicznych dla pracowników ochrony fizycznej (nie kwalifikowanych).

Odwołujący zwraca szczególną uwagę na fakt powtórnego wezwania przez Zamawiającego konsorcjum Jantar wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny.

Zaznaczenia wymaga, iż Konsorcjum Jantar pomimo dwukrotnego wzywania do złożenia wyjaśnień do dnia dzisiejszego nie dokonało wyczerpującego wyjaśnienia ceny i przedłożenia dokumentów potwierdzających możliwość zastosowania preferencyjnych stawek oraz spełnienie wymagań SWZ. Zamawiający pomimo dwukrotnego kierowania wezwań do nie zwrócił uwagi na fakt, że wykonawca planuje realizować zamówienie niezgodnie z warunkami udziału w Postępowaniu, ponieważ planuje je realizować przy pomocy osób z orzeczeniem o niepełnosprawności, co było już podnoszone we wcześniejszej części zamówienia.

Jedynie z ostrożności procesowej, należy zwrócić uwagę, że cena niepozwalająca na pokrycie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników będących osobami pełnosprawnymi (jak w ofercie konsorcjum Jantar) w żadnym razie nie może być rozpatrywana w kategoriach dopuszczalnej przez przepisy ceny „niższej” niż inne oferty.

W odpowiedzi na pytanie 4 z dnia 13 września 2022 roku „Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z pkt. 2 zał. 8 do SWZ ochrona winna być świadczona przez kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej. Zgodnie z art. 26 ust. 3 pkt. 7 ustawy o ochronie osób i mienia na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej wpisuje się osobę, która posiada zdolność fizyczną i psychiczną do wykonywania zadań, stwierdzoną orzeczeniami lekarskim i psychologicznym, których ważność nie upłynęła”

Okoliczność ta wynika także z Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego integralną część SWZ.

Zamawiający poprzestał jedynie na przyjęciu niejasnego oświadczenia konsorcjum Jantar, że jego pracownicy mają takie oświadczenia, co zdaniem Odwołującego jest niewystarczające. Konsorcjum Jantar w wyjaśnieniach nie stwierdziło jednoznacznie że jego pracownicy posiadają taki wpis. Oczywiście osoby niepełnosprawne również mogą być wpisane na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, niemniej wątpliwość zamawiającego powinno wzbudzić czy pracownicy, którzy zgodnie z przedłożonymi mu dokumentami potrzebują pomocy w całości lub części w pełnieniu ról społecznych na pewno posiadają aktualny wpis.

Dalej w części 1 Postępowania, pracownicy mają posiadać dostęp do broni. W odpowiedzi na pytanie nr 2 z dnia 13 września 2022 roku Zamawiający odpowiedział, że „Zamawiający wymaga zgodnie z Planem Ochrony uzgodnionym z Komendantem Wojewódzkim Policji

realizacji przedmiotu usługi we wskazanym wyżej zakresie przez pracowników ochrony w rozumieniu art. 2 pkt. 6 ustawy o ochronie osób i mienia z dnia 22 sierpnia 1997 r. wyposażonych m.in. w środki przymusu bezpośredniego, środki łączności oraz przedmioty przeznaczone do obezwładniania osób za pomocą energii elektrycznej, czyli kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej posiadających legitymację osoby dopuszczonej do posiadania broni w celu ochrony osób i mienia.”

Ponadto, jeśli takie wymogi jak wskazał Zamawiający wynika z Planu Ochrony to dodatkowo Zamawiający powinien dołożyć należytej staranności aby poprawnie zweryfikować pod tym kątem oferty wykonawców.

IV. Oferta konsorcjum Jantar jako czynny nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Należy zauważyć, że wobec faktu, że konsorcjum Jantar złożyło ofertę zawierającą rażąco niską cenę, która nie pozwala nawet na pokrycie kosztów wynagrodzenia pracowników stanowi to czyn nieuczciwej konkurencji i obliguje do odrzucenia oferty w całości.

Rekapitulując Odwołujący wskazuje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym Zamawiający podjął szereg bezpodstawnych czynności, które w konsekwencji nie doprowadziły do udzielenia Odwołującemu możliwości uzyskania Zamówienia, tj. zaniechał rzetelnej oceny i badania oferty konsorcjum Jantar; nie odrzucił oferty konsorcjum Jantar; dokonał wyboru oferty konsorcjum Jantar jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Każda z ww. czynności podjęta została bez uzasadnienia faktycznego lub prawnego.

Czynności Zamawiającego prowadzą do przekonania, że Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający: Muzeum Pomorza Środkowego w Słupsku w odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 listopada 2022 roku wniesione przez Konsorcjum Firm: SIGN Polska Sp. z o.o. , SIGN 4 Security Sp. z o.o., SIGN Polska Sp. z o.o. i Sp. k. z siedzibą w oświadczył, że

1. uwzględnić zarzuty odwołania w części zadania 1,2 i 3, w zakresie dotyczącym :
 - 1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Firm- JANTAR Sp. z o.o., Słupsk, JANTAR 2 Sp. z o.o. i zaniechaniu odrzucenia oferty ww. Konsorcjum jako oferty niezgodnej z ustawą oraz warunkami zamówienia;
 - 2) wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Jantar i zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Jantar jako oferty niezgodnej z ustawą, zawierającej rażąco niską cenę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
 - 3) zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Jantar.

2. wobec uwzględnienia zarzutów odwołania w zakresie wskazanym w pkt.1 petitum odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający oświadczył, że dokona czynności: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum JANTAR Sp. z o.o., JANTAR 2 Sp. z o.o., Słupsk w trybie art. 226 ust. 1 pkt 5,7 i 8 PZP, oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wskazał, że nie odnosi się do pozostałych zarzutów, a dalsze postępowanie w zakresie tych zarzutów jest uzależnione od wniesienia sprzeciwu Przystępującego.

Przytoczył treść zarzutów i wskazał, co następuje.

Zamawiający po zapoznaniu się z treścią odwołania uznał za zasadne zarzuty odwołania następującym zakresie:

- 1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Firm Lider - JANTAR Sp. z o.o., Słupsk, JANTAR 2 Sp. z o.o. i zaniechaniu odrzucenia oferty ww. Konsorcjum jako oferty niezgodnej z ustawą oraz warunkami zamówienia;
- 2) wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Jantar i zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Jantar jako oferty niezgodnej z ustawą, zawierającej rażąco niską cenę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Jantar i w konsekwencji dokona czynności: unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, badania i oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Jantar w trybie art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 oraz ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Konsorcjum Jantar zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania.

Wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przystępujący wniósł dnia 2 grudnia 2022 r. sprzeciw w zakresie dotyczącym:

- 1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum JANTAR i zaniechaniu odrzucenia oferty ww. Konsorcjum jako niezgodnej z ustawą oraz warunkami zamówienia;
- 2) wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Jantar i zaniechaniu odrzucenia oferty jako oferty niezgodnej z ustawą, zawierającej rażąco niską cenę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Jantar,

W ocenie przystępującego, zamawiający uwzględniając zarzuty odwołania błędnie zidentyfikował zarzuty odwołania myląc je z czynnościami lub zaniechaniami czynności, którym odwołujący zarzucił niezgodność z przepisami, a niezależnie od powyższego zarzuty odwołania należy uznać za gołosłowne i nieudowodnione.

I. ZARZUTY UWZGLĘDNIONE PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO.

Ad. 1) Zarzut wyboru najkorzystniejszej oferty i zaniechania odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą oraz warunkami zamówienia. Odwołujący w części dotyczącej zarzutów odwołania pod lit. „c” zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp.

Z analizy pozostałych zarzutów odwołania, również w części opisowej wynika, że żaden z nich nie dotyczy niezgodności oferty z przepisami ustawy, tj. art. 226 ust. 1 pkt 3 pzp, a mimo to zamawiający uwzględnił zarzut odwołania dotyczący zaniechania odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą oraz warunkami zamówienia. Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, wskazał na niezgodność oferty przystępującego z warunkami zamówienia, polegającą na zamiarze zatrudnienia do realizacji przedmiotu zamówienia osób niepełnosprawnych.

Przystępujący wskazuje, że jego oferta nie jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ zamawiający w żadnym z dokumentów postępowania, w szczególności swz, ani tym bardziej w jej wyjaśnieniach, nie określił zakazu zatrudnienia do realizacji przedmiotu zamówienia osób niepełnosprawnych, zaś w chwili obecnej odwołujący nieudolnie próbuje taki zakaz w sposób wadliwy wyinterpretować z informacji zamawiającego, że część pomieszczeń i miejsc nie jest aktualnie dostosowana przez zamawiającego i nie spełnia wymogów rozporządzenia MPiPS z 26 września 1997 w sprawie przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy, a Zamawiający nie będzie partycypował w kosztach ich dostosowania.

Za błędną należy uznać interpretację odwołującego, który uważa że w/w stwierdzenie wskazywało wprost, że usługa ma być świadczona przez pełnosprawnych pracowników ochrony fizycznej. Jest to nadinterpretacja wyjaśnień zamawiającego z 13 września 2022r., ponieważ takie stwierdzenie nie wynika z udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi.

Przystępujący w odpowiedzi z dnia 26.10.2022 r. przytoczył szczegółową i obszerną argumentację związaną z szeroko rozumianymi zasadami dostosowania miejsc pracy do potrzeb osób niepełnosprawnych, wyjaśniając jednocześnie, że poszczególni członkowie Konsorcjum przystępującego, jako pracodawcy zatrudnionych osób niepełnosprawnych, kierując konkretnego niepełnosprawnego pracownika do pracy w Muzeum Pomorza Środkowego, wzięli pod uwagę wszystkie wymagania zamawiającego wyspecyfikowane w SWZ z jednej strony oraz charakteru i stopnia niepełnosprawności konkretnego pracownika z drugiej.

Poza tym przystępujący wskazał, że organem wyposażonym w administracyjne narzędzia kontroli wobec przystępującego jako pracodawcy, w zakresie zatrudnienia niepełnosprawnego pracownika na stanowisku niedostosowanym do jego niepełnosprawności, jest w pierwszej kolejności PIP, jako organ posiadający odpowiednie kompetencje i uprawnienia.

Natomiast postępowanie o udzielenie zamówienia nie jest odpowiednim postępowaniem, w ramach którego mogłoby dojść do zbadania warunków zatrudnienia konkretnego niepełnosprawnego pracownika ochrony, na konkretnym stanowisku pracy, ponieważ przede wszystkim zamawiający nie jest do tego upoważniony i nie ma ku temu odpowiednich narzędzi.

Jednocześnie przystępujący wskazał, że w przypadku konkretnych pracowników, których zamierza skierować do pracy w obiektach zamawiającego nie występuje konieczność przystosowywania stanowisk pracy i warunków zatrudnienia, w związku z czym nie było również konieczne ujęcie takich kosztów w przedłożonych kalkulacjach.

Za całkowicie nieprawdziwe w tym zakresie należy uznać twierdzenie odwołującego, które przystępujący kwestionuje w całości, że w opisowej części Załącznika nr 1 do wyjaśnień (bez wskazania ich daty), przystępujący miał rzekomo wprost informować, że „Jak wynika z powyższej tabeli oraz przedłożonych przez firmę Jantar orzeczeń o stopniu niepełnosprawności, wszystkie osoby muszą pracować w warunkach chronionych”. Przystępujący kategorycznie zaprzecza i oświadcza, że w żadnym z trzech wyjaśnień przystępującego takie stwierdzenie nie zostało zawarte.

Dowody: pismo przystępującego z 05.10.2, z 13.10, z 10.2022r w aktach sprawy.

Uszło również uwadze odwołującego, że zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt i 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, przepisów art. 15, dotyczącego określenia norm czasu pracy osób niepełnosprawnych, nie stosuje się:

- 1) do osób zatrudnionych przy pilnowaniu oraz
- 2) gdy, na wniosek osoby zatrudnionej, lekarz przeprowadzający badania profilaktyczne pracowników lub w razie jego braku lekarz sprawujący opiekę nad tą osobą wyrazi na to zgodę.

Natomiast koszty związane z prawem do urlopów dodatkowych, o których mowa w art. 19 i 20 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, zostały uwzględnione przez przystępującego w kalkulacji ceny ofertowej przekazanej zamawiającemu. Dowody: 3 pisma przystępującego jw.

Na marginesie należy jedynie wskazać, że odwołujący w sposób zupełnie nieuzasadniony utożsamia schorzenia osób niepełnosprawnych z jedną tylko przyczyną niepełnosprawności dotyczącą widocznych dysfunkcji narządów ruchu twierdząc, że wymagane są pochylnie, windy dla niepełnosprawnych, poręcze wzdłuż tras patrolowania, łazienki dla niepełnosprawnych, w celu uczynienia wszystkich obiektów zamawiającego terenem aktywności zawodowej osób niepełnosprawnych. Uszło zupełnie uwadze odwołującego, że przyczyn niepełnosprawności jest znacznie więcej i mogą dotyczyć najróżniejszych dysfunkcji organizmu, a nie tylko narządów ruchu chociażby takiej jak np. choroby układu

pokarmowego, np. stany po resekcji żołądka, przewlekłe choroby jelit o różnej etiologii, powikłane zespołem złego wchłaniania, przewlekłe choroby wątroby, przewlekłe zapalenie trzustki, nowotwory układu pokarmowego i wiele innych, a także choroby układu moczowo-płciowego, w tym m.in. zaburzenia czynności dróg moczowych, choroby nerek, nowotwory układu moczowego i narządów płciowych i wiele innych.

Ponadto z faktu, że uzasadnienia orzeczeń o stopniu niepełnosprawności zawierają ogólne zapisy o czasowej i częściowej pomocy innych osób, w pełnieniu ról społecznych, nie wynika fakt, że pracownicy ochrony nie mogą samodzielnie wykonywać swoich obowiązków i wymagają pomocy innych pracowników. Przystępujący kwestionuje i zaprzecza twierdzeniu odwołującego, że z przedłożonych orzeczeń o stopniu niepełnosprawności, wynika konieczność pomocy innych przy wykonywaniu obowiązków pracownika ochrony.

Ad. 2) Zarzut wyboru najkorzystniejszej oferty i zaniechania odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą, zawierającej rażąco niską cenę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Analogicznie jak w przypadku uwzględnionego zarzutu ad.1 należy wskazać, że z analizy pozostałych zarzutów odwołania, również w części opisowej wynika, że żaden z nich nie dotyczy niezgodności oferty z przepisami ustawy, tj. art. 226 ust. 1 pkt 3 pzp, a mimo to zamawiający ponownie uwzględnił zarzut odwołania dotyczący zaniechania odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą.

Natomiast zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, w całości jest determinowany poprzednim zarzutem ad. 1 dotyczącym rzekomego zakazu zatrudnienia do realizacji przedmiotu zamówienia osób niepełnosprawnych. Odwołujący wywodzi ten zarzut tylko i wyłącznie z faktu braku możliwości uwzględnienia w kalkulacji ceny ofertowej dofinansowania do wynagrodzeń osób niepełnosprawnych przez przystępującego, wynikającego z faktu zatrudnienia do realizacji przedmiotu zamówienia osób niepełnosprawnych. Natomiast przystępujący w sposób otwarty i jawny przyznał i potwierdził, że kalkulacja ceny ofertowej uwzględnia pomoc publiczną w formie dofinansowania do wynagrodzeń osób niepełnosprawnych, które będą zatrudnione do realizacji przedmiotu zamówienia, w związku z brakiem takiego zakazu przez zamawiającego. Tym samym oferta przystępującego, której cena została skalkulowana z uwzględnieniem pomocy publicznej w formie dofinansowania do wynagrodzeń osób niepełnosprawnych, nie może zawierać rażąco niskiej ceny !!!

Z tego również względu chybiony i absurdalny jest zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 pzp, ponieważ oferta przystępującego złożona w postępowaniu, który zamierza realizować przedmiot zamówienia przy udziale osób niepełnosprawnych, nie jest i nie może być uznana za czyn nieuczciwej konkurencji. Zarzut ten jest gołosłowny i nieudowodniony.

Ad. 3) Zarzut zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Jantar.

W związku z faktem, że zarzut ten nie został w żaden sposób sprecyzowany przez odwołującego, przystępujący nie ma obiektywnej możliwości ustosunkowania się do niego w jakikolwiek sposób. Natomiast za zastanawiającą, zaskakującą i całkowicie chybioną należy uznać czynność zamawiającego, który uwzględnił ten zarzut.

Z ostrożności procesowej, na wypadek gdyby odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania, nieuwzględnionych przez zamawiającego, przystępujący wyjaśnia.

/.../ 2. Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1, ust. 5 i 6 pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp.

W ocenie przystępującego przedmiotowy zarzut dotyczący braku pogłębionej merytorycznej oceny przez zamawiającego wyjaśnień składanych przez przystępującego, koresponduje z zarzutem uwzględnionym przez zamawiającego, polegającym na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego zawierającej rażąco niską cenę, i jest on również całkowicie nieuzasadniony, ponieważ Zamawiający trzykrotnie, wzywał przystępującego do składania wyjaśnień w zakresie ceny oferty z uwagi na wystąpienie kolejnych okoliczności wymagających wyjaśnienia. Przystępujący w odpowiedzi na każde wezwanie udzielał zamawiającemu skrupulatnych i wyczerpujących odpowiedzi na wszystkie zadane pytania.

Dowody z dokumentów: 3 wezwania zamawiającego i wyjaśnienia w aktach sprawy

– w celu wykazania przeprowadzenia przez zamawiającego merytorycznej oceny szczegółowych i skrupulatnych wyjaśnień, które zostały udzielone przez przystępującego.

Przystępujący zaprzecza nieprawdziwemu twierdzeniu odwołującego, że zamierza zrealizować przedmiot zamówienia przy udziale osób niepełnosprawnych, które przy wykonywaniu obowiązków pracowniczych, wymagają opieki lub pomocy innej osoby. Członkowie konsorcjum przystępującego jako pracodawcy zatrudnionych osób niepełnosprawnych, kierując konkretnego niepełnosprawnego pracownika do pracy w Muzeum, wzięły pod uwagę wszystkie wymagania wyspecyfikowane w SWZ z jednej strony oraz charakteru i stopnia niepełnosprawności konkretnego pracownika z drugiej.

Oferta, w szczególności dotycząca ceny, uwzględnia wszelkie wymagania, w tym dotyczące obowiązku zatrudnienia pracowników na podstawie umów o pracę.

Odwołujący nie wykazał, że trzykrotnie składane przez przystępującego wyjaśnienia ceny, zawierające szczegółowe i skrupulatne kalkulacje kosztów, w jakiegokolwiek istotnej części składowej lub zakresie były niezgodne z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie była niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.

Przystępujący w odpowiedzi z dnia 13.10.2022 r., wyjaśnił, że pracownicy ochrony, którzy będą wykonywali usługi ochrony osób i mienia oraz monitoringu elektronicznego w Muzeum Pomorza Środkowego w Słupsku, posiadający umiarkowany stopień niepełnosprawności, którzy ujęci są w kalkulacji, spełniają wymagania wskazane w art. 26 ust. 3 pkt 7 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997r. o ochronie osób i mienia, ponieważ orzeczenie lekarskie zgodnie z art. 33a ust. 3 tejże ustawy, wydane na podstawie badań lekarskich, w obu przypadkach, traktuje się jak orzeczenia, o których mowa w art. 229 § 4 Kp.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący wskazał na podtrzymanie zarzutów oznaczonych w odwołaniu na stronach 3 i 4 jako d-f (a i b zostały cofnięte). Zauważył, że w treści sprzeciwu przystępujący na str. 5, wymieniając zarzuty nieuwzględnione przez Zamawiającego, w pkt 2 wskazał na art. 224 ust. 1, 5 i 6 w zw. z 226 ust. 1 pkt 8, zatem ewentualne wniesienie obecnie sprzeciwu w tym zakresie byłoby oczywiście spóźnione.

Merytorycznie na poparcie stanowiska złożył kalkulację opartą na wyjaśnieniach przystępującego wskazując na poprawne wyliczenia stawki godzinowej pracowników przewidzianych do wykonywania usługi, łączne zestawienie przedstawiono na str. 1 w tabeli. Przypomniał treść wyjaśnień przez wykonawcy stwierdzając, że zawierają one szereg niespójności i sprzeczności przedstawionych w treści odwołania. Wskazał na swój wniosek o odrzucenie oferty z uzasadnieniem przedstawionym 14 października 2022 r. zamawiającemu. Zauważył także, iż wykonawca w sprzeciwie na str. 3 w ostatnim akapicie powołuje przepisy dotyczące pilnowania, a nie usługi ochrony, która jest przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie. Wskazał, za odwołaniem, deklarację wykonawcy, iż osoby niepełnosprawne skierowane do realizacji prac nie wymagają dodatkowej pomocy z uwagi na niepełnosprawność i zadeklarował brak kosztów z tej przyczyny, natomiast z treści orzeczeń załączonych w ramach wyjaśnień złożonych zamawiającemu, wynika potrzeba zaopatrzenia w przedmioty ortopedyczne, pomoce i środki techniczne (przypomnienie na str. 11 odwołania).

Przypomniał odpowiedź na pytanie nr 5 z 13 września 2022 r., gdzie Zamawiający wskazał na niedopuszczalność prac adaptacyjnych związanych z osobami niepełnosprawnymi i na ich potrzeby. Wskazał na faktyczny brak możliwości wykonywania prac przez takie osoby, co w konsekwencji oznacza wady w kalkulacji ceny, gdzie również nie uwzględniono skutków niezdolności do pracy wskutek choroby.

Zamawiający precyzując ostatecznie stanowisko potwierdził, jak w pismach z 5 i 6 grudnia br., że uwzględnił wszystkie zarzuty odwołania, które nie zostały cofnięte przez odwołującego.

Stwierdził, że świadczenie usługi opiera się na pracownikach ochrony, którą ocenia jako kwalifikowaną ochronę. Wskazał na przepisy ustawy o ochronie osób i mienia, w szczególności art. 2, 3, 26 i 33. Zauważył, że wykonawca zadeklarował znaczną liczbę osób z umiarkowanym stopieniem niepełnosprawności, tj. 92%. Wskazał na ustawę o rehabilitacji zawodowej oraz ochronie osób niepełnosprawnych (art. 4 ust. 2 i 5) oraz przepisy o standaryzacji określania stopnia niepełnosprawności. Wskazał na zestawienie osób deklarowanych do wykonywania pracy, co do których muszą obowiązywać warunki pracy w warunkach chronionych, w tym konieczność wyposażenia w określone pomoce. Wskazał po analizie, że wskazane osoby, również wobec nieprzystosowania obiektów muzeum, nie mogłyby wykonywać pracy. Z tego wywodzi ocenę niezgodności oferty z wymogami ustawy. Przypomniał prowadzoną procedurę wyjaśnienia treści oferty, w tym co do wysokości deklarowanej ceny. Potwierdził, że przystępujący w szerokim zakresie kilkakrotnie udzielał wyjaśnień. Oceniał, że przy zatrudnianiu osób pełnosprawnych i w konsekwencji braku dofinansowania z PFRON, cena byłaby uznana za rażąco niską, jako że wyjściową jest cena minimalna. Ponadto uznał, że dodatkowe koszty związane z zatrudnieniem niepełnosprawnych muszą wystąpić niezależnie od deklaracji, że są zerowe. Zdaniem zamawiającego, sprzeciw co do uwzględnionych zarzutów dotyczy wszystkich zarzutów uwzględnionych, a tym samym ewentualne twierdzenia o spóźnionym sprzeciwie wobec zarzutów, są nieuprawnione.

Wskazał na ciężar dowodu, który co do zasady obciąża przystępującego. Wskazał, że obowiązki w odniesieniu do pracowników chronionych obciążają pracodawcę.

Przystępujący podtrzymał w całości zgłoszony sprzeciw i wniósł o oddalenie odwołania. W razie wątpliwości co do zakresu uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego sprecyzowanego w pismach z 5 i 6 grudnia formalnie podtrzymał sprzeciw w zakresie uwzględnionych zarzutów. Podkreślił, że nie sporządził dokumentu przypisanego mu w odwołaniu na str. 9, drugi akapit (tabela z wykazem osób), zatem stwierdzeniem odwołującego jest nieprawdziwe.

Stwierdził, że strony nie wykazały w żadnym miejscu sprzeczności treści oferty z ustawą oraz niezgodności z warunkami zamówienia. Wskazał na treść odpowiedzi na pytania z 13 września nr 4 i 5, gdzie oczekiwano eliminacji udziału w postępowaniu osób niepełnosprawnych. Zamawiający takiego oczekiwania nie uwzględnił, co oznacza, że dopuszczono prace takich osób przy zamówieniu. Wskazał, że deklarowane osoby dysponują odpowiednimi orzeczeniami lekarskimi oraz wyjaśnienia o wpisie tych osób na

listę kwalifikowanych pracowników ochrony prowadzonej przez Wojewódzkiego Komendanta Policji. Wyjaśnienia w o taki wpisie otrzymał zamawiający zgodnie ze swoim żądaniem. Przypomniał, że adresatem orzeczenia o stanie zdrowia jest osoba, której to orzeczenie dotyczy, a nie pracodawca.

Podkreślił niewystarczającą wiedzę odwołującego o rodzajach niepełnosprawności, w tym przyjmowanie rutynowej wiedzy co do niepełnosprawności dotyczącej tylko narządów ruchu, a nie innych. Również nie odniesiono się do zasad pracy w warunkach chronionych.

Potwierdził, iż konsekwentnie kalkulował cenę oferty zakładając udział osób niepełnosprawnych, co jednoznacznie wyjaśniono zamawiającemu i nie zostało zakwestionowane. Przyznał, że dzięki takiemu ujęciu cena mogła być stosunkowo niska, jako że uwzględnia dofinansowanie z PFRON. Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji oparty na fakcie zatrudnienia niepełnosprawnych i w konsekwencji niskiej ceny uznał za oczywiście niezasadny. Przypomniał, że warunki pracy oceniają odrębne organy, tj. Państwowa Inspekcja Pracy. Zauważył, że wykonywał prawidłowo ten sam przedmiot zamówienia przez okres 20 lat. Stwierdził, że nie przewiduje poniesienia dodatkowych szczególnych kosztów na rzecz pracowników, natomiast istnieje ryzyko prawidłowego ich przygotowania, ale jest to kwestia ryzyka wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska uczestników przedstawione na piśmie i do protokołu ustaliła i zważyła, co następuje.

Wobec przedstawionych przez odwołującego zastrzeżeń co do zakresu przedmiotowego wniesionego przez przystępującego sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, wynikających z przywołaniu części zarzutów w uzasadnieniu sprzeciwu zatytułowanego jako zarzuty nieuwzględnione, skład orzekający kwestionuje takie zastrzeżenia wskazując, iż w petitum sprzeciwu przystępujący jednoznacznie wskazał zarzuty, których tyczy się sprzeciw. Kolejne stwierdzenia w uzasadnieniu sprzeciwu mogące budzić wątpliwości, nie zmieniają powyższej oceny, a jedynie pomocniczo można tę ocenę potwierdzić regułami wykładni cywilnych oświadczeń woli co do intencji i woli składającego oświadczenie.

Odwołanie podlega rozpatrzeniu w zakresie zarzutów, które nie zostały cofnięte przez odwołującego.

Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu wobec stwierdzeniu, że cena oferty złożonej przez odwołującego, pomimo złożonych wyjaśnień na tę w, ma znamiona rażąco

niskiej, której to okoliczności wykonawca skutecznie nie zaprzeczył wobec nie przedstawienia przekonujących dowodów, okoliczności tej nie zaprzeczając pomimo ciążącemu na nim ciężarowi dowodu. Nie uznano przy tym za uzasadnione twierdzenia, iż złożenie przedmiotowej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wobec braku dowodów na tę okoliczność.

Skład orzekający nie stwierdził przy tym, by treść oferty naruszała przepisy ustawy, jako że okoliczność taka nie została wykazana w toku postępowania.

Powyższe ustalenia prowadzą do rozstrzygnięcia o zasadności podjęcia czynności unieważnienia wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą i jej odrzucenia.

W ocenianym zakresie uznaje się za wykazane naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp w zw. z art. 16 ust. 1 pzp wobec faktu, że wykonawca jakkolwiek dopełnił procedury wyjaśnienia, nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska, gdyż skalkulował cenę z uwzględnieniem kosztu pracowników z orzeczeniem o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym, podczas gdy realnie, z uwagi na warunki wykonania zamówienia tj. świadczenia usługi ochrony osób i mienia, dopuszczeni mogą być w większości pracownicy pełnosprawni.

Cena oferty wybranej była najniższa z przyjęciem, jako podstawy minimalnego wynagrodzenia pracowników w stosunku pracy. Jak potwierdził przystępujący, uzyskanie przez niego zaoferowanej ceny, było możliwe z uwagi na możliwość uzyskania dofinansowania z funduszy PFRON z uwagi na zatrudnienie osób niepełnosprawnych. Osób takich wskazał wykonawca w liczbie przeważającej w stosunku do wszystkich pracowników, w wymiarze 92%. Zważywszy, że jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia uzupełnionego wiążącymi strony wyjaśnieniami, szereg czynności z zakresu ochrony osób i mienia (przedmiot zamówienia) musi być wykonywana przez osoby pełnosprawne, w konsekwencji koszty muszą ulec podwyższeniu, tym bardziej, że koszty osobowe, to najwyższy i przesądający składnik wynagrodzenia za usługę.

Powyższa ocena wskazuje na zasadność zarzutu zaoferowania ceny oferty jako rażąco niskiej.

Wobec dokonanych ustaleń skład orzekający uwzględnił odwołanie w zakresie wskazanym w sentencji odwołania uznając, że zamawiający naruszył przepisy ustawy pzp przy dokonywaniu oceny wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie wysokości zaoferowanej ceny mającej znamiona rażąco niskiej, przez uznanie ich jako poprawne.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz § 7 ust. 1 pkt 2 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

wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) uznając, że uwzględnienie zarzutu prowadzi do zmiany wyniku postępowania o udzielenie zamówienia.

Przewodniczący: