

Sygn. akt: KIO 3280/20

WYROK

z dnia 28 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2020 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Wykonawców: E. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą WORK TEMPS E. B. oraz D. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą WORK TEMPS GROUP D. Z. (ul. Grażyny 15/lok. 201, 02-548 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa)**

przy udziale Wykonawcy **K. Spółka Jawna Staff Partners (ul. Finlandzka 5/5, 03-903 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy K. Spółka Jawna Staff Partners oraz nakazuje wezwanie tego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie: czy Wykonawca K. Spółka Jawna Staff Partners na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tj. 03 lipca 2020 roku) miał podstawę do zwolnienia z opłacenia składki na PFRON (zastosowania składki 0 złotych) wraz z ustaleniem podstawy tego zwolnienia oraz wezwanie tego Wykonawcy do przedstawienia dokumentów, które będą stanowiły jednoznaczne potwierdzenie powyższych okoliczności,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Wykonawców: E. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą WORK TEMPS E. B. oraz D. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą WORK TEMPS GROUP D. Z. (ul. Grażyny 15/lok. 201, 02-548 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego **Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa)** na rzecz Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Wykonawców: E. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą WORK TEMPS E. B. oraz D. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą WORK TEMPS GROUP D. Z. (ul. Grażyny 15/lok. 201, 02-548 Warszawa)** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz.1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Polska Agencja Przedsiębiorczości prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług przez Agencję Pracy Tymczasowej polegających na kierowaniu osób do wykonywania pracy tymczasowej”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 03 lipca 2020 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 127-310855

Odwołujący Konsorcjum Wykonawców: E. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Work Temps E. B. oraz D. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Work Temps Group D. Z., zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez K. sp. j. Staff Partners, pomimo że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu polegający na nieuwzględnieniu w cenie oferty wpłat na PFRON;
2. Art 89 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez K. sp.j. Staff Partners, pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. Art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez K. sp. j. Staff Partners, pomimo że oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż nie uwzględnia sposobu obliczenia ceny zgodnego z SIWZ;
4. Art 24 ust 1 pkt 17 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy K. sp. j. Staff Partners, pomimo że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił nieprawdziwe informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

Odwołujący zarzucił ewentualnie również naruszenie:

5. Art 87 ust 1 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy K. sp. j. Staff Partners do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty (w zakresie wysokości wpłaty na PFORN).
6. Art 26 ust 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy K. sp. j. Staff Partners do złożenia wyjaśnień w zakresie usług wykonanych na rzecz Rosti podanych w wykazie usług.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty K. sp. j. Staff Partners; dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty K. sp. j. Staff Partners; wykluczenia wykonawcy K. sp. j. Staff Partners; dokonanie ponownej oceny ofert pod kątem przyjętych kryteriów oceny ofert, ewentualnie wniósł o nakazanie wezwania wykonawcy K. sp. j. Staff Partners do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie ustalenia czy wobec wskazanego w wykazie usług kontraktu dla spółki Rosti, trwającego do lipca 2020 r. i obejmującego zatrudnienie ponad 25 osób wykonawca miał w momencie wszczęcia postępowania do zwolnienia z opłacania składek na PFRON, a jeśli tak jaka to była podstawa oraz nakazanie wezwania wykonawcy K. sp. j. Staff Partners do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp czy wskazane usługi były świadczone na rzecz Rosti w ramach jednej umowy (dla każdej usługi) czy też wielu pojedynczych umów, z których łączna wartość wyniosła 1 000 000 zł.

Zgodnie z informacjami zawartymi w Rozdziale XIV SIWZ - Opis sposób obliczenia ceny, Wykonawca w Formularzu ofertowym miał podać całkowitą cenę brutto za wykonanie zamówienia, a podana cena musiała obejmować wszystkie koszty realizacji zamówienia z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków. Zamawiający zaznaczył przy tym, że ceny podane w formularzach ofertowych złożonych przez Wykonawców służyć mają porównaniu ofert, a także wskazał sposób obliczenia ceny oferty: [(minimalne miesięczne wynagrodzenie brutto pracownika na danym stanowisku wraz z ustawowymi kosztami zatrudnienia (składka na ubezpieczenie społeczne obciążająca pracodawcę (emerytalna, rentowa i wypadkowa), składka na Fundusz Pracy oraz składka na Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (PFRON) obowiązujące na dzień wszczęcia postępowania + (minimalne miesięczne wynagrodzenie brutto pracownika na danym stanowisku wraz z ustawowymi kosztami zatrudnienia (składka na ubezpieczenie społeczne obciążająca pracodawcę (emerytalna, rentowa i wypadkowa), składka na Fundusz Pracy oraz składka na Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (PFRON), obowiązujące na dzień wszczęcia postępowania x narzut Wykonawcy) + (minimalne miesięczne wynagrodzenie brutto pracownika na danym stanowisku) x podstawowa wpłata pracodawcy do PPK] x podatek od towarów i usług (VAT) x liczba pracowników tymczasowych na danym stanowisku x 27 miesięcy. Zamawiający zamieścił w siwz również wzór obliczenia ceny.

Jednym ze składników ceny całkowitej była składka na Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (PFRON). Jest to wartość, którą określić mieli Wykonawcy, przy czym wartość ta miała być obowiązująca na dzień wszczęcia postępowania (tj. 03 lipca 2020 r.). Wykonawca K. sp. j. Staff Partners jako składkę PFRON podał 0 zł.

Odwołujący wyjaśnił, że zobowiązanie do uiszczania wpłat na PFRON wynika z przepisów ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 426, 568, 875) („ustawa o rehabilitacji”). Ustawa ta określa również sposób obliczenia wysokości składki na PFRON. Pracodawca, który osiąga w danym miesiącu zatrudnienie co najmniej 25 osób w przeliczeniu na etaty i nie zatrudnia osób niepełnosprawnych albo poziom zatrudnienia osób niepełnosprawnych jest mniejszy niż 6 % wśród ogólnego stanu zatrudnienia, to jest zobowiązany do dokonywania wpłat na PFRON. Jest to ogólny obowiązek, z którego pracodawcy (zatrudniający powyżej 25 osób) zwolnieni są tylko w określonych przepisami okolicznościach. Takimi okolicznościami są:

- osiągnięcie poziomu zatrudnienia osób niepełnosprawnych co najmniej 6 % wśród ogólnego stanu zatrudnienia;
- pracodawca jest nie działającym w celu osiągnięcia zysku domem pomocy społecznej lub hospicjum;
- pracodawca jest zakładem opiekuńczo-leczniczym;
- pracodawca jest publiczną lub niepubliczną jednostką organizacyjną nie działającą w celu osiągnięcia zysku, której wyłącznym przedmiotem prowadzonej działalności jest rehabilitacja społeczna i lecznicza, edukacja osób niepełnosprawnych lub opieka nad osobami niepełnosprawnymi,
- pracodawca prowadzi zakład pracy co do którego ogłoszono upadłość,
- pracodawca jest placówką dyplomatyczną, urzędem konsularnym lub przedstawicielstwem i misją zagraniczną.

Określenia wysokości składki pracodawca dokonuje co miesiąc, po ustaleniu liczby zatrudnionych pracowników, w tym liczby zatrudnionych osób niepełnosprawnych. Dodatkowo, na wysokość składki wpływ mają takie czynniki jak korzystanie z usług lub dokonywanie zakupów u pracodawców osiągających wysoki wskaźnik zatrudnienia osób niepełnosprawnych, albo zatrudnianie pracownika niepełnosprawnego ze schorzeniem szczególnie utrudniającym wykonywanie pracy np. stwardnienie rozsiane. Do wyliczenia wysokości wpłaty ma zaś zastosowanie wysokość przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w gospodarce narodowej, w poprzednim kwartale od pierwszego dnia następnego miesiąca po ogłoszeniu przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

Zasadniczo każdy pracodawca osiągający poziom zatrudnienia min. 25 osób jest zobowiązany do dokonywania wpłat na PFRON, a jedynie w szczególnych okolicznościach będzie z odprowadzania tych składek zwolniony. Przy tym okoliczności te muszą być badane indywidualnie każdego miesiąca i zależne są od szeregu zmiennych.

Zgodnie z przepisami ustawy o rehabilitacji każdy pracodawca, który zatrudnia co najmniej 25 osób, niezależnie od tego czy jest zobowiązany czy zwolniony z wpłat na PFRON, ma obowiązek złożenia Zarządowi PFRON odpowiedniego dokumentu w zakresie wielkości

zatrudnienia, w tym zatrudnienia osób niepełnosprawnych, w szczególności celem stwierdzenia obowiązku uiszczenia składki PFRON (art. 21 ust. 2f i art. 49 ust. 2 ustawy o rehabilitacji). Jeżeli pracodawca jest zobowiązany do wpłat — składa deklarację, jeżeli jest zwolniony z wpłat — składa informacje. Wzory tych dokumentów zostały określone w Rozporządzeniu Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz. U. z 2016, poz. 956) w sprawie ustalenia wzorów deklaracji składanych Zarządowi PFRON przez pracodawców zobowiązanych do wpłat na ten Fundusz, a także w Rozporządzeniu Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 27 września 2018 r. (Dz. U. z 2018, poz. 1857) w sprawie określenia wzorów miesięcznych i rocznych informacji o zatrudnieniu, kształceniu lub o działalności na rzecz osób niepełnosprawnych. Przy tym pracodawca samodzielnie stwierdza, który z dokumentów w danym comiesięcznym okresie sprawozdawczym powinien złożyć - deklarację czy informację.

Termin składania deklaracji oraz informacji został określony jako: do 20. dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym zaistniały okoliczności powodujące powstanie obowiązku wpłaty. Wynika to z treści wyżej powołanego art. 49 ust. 2 ustawy o rehabilitacji, zgodnie z którym pracodawcy dokonując wpłat w terminie do dnia 20 następnego miesiąca po miesiącu, w którym zaistniały okoliczności powodujące powstanie obowiązku wpłat, składając równocześnie Zarządowi Funduszu deklaracje miesięczne i roczne poprzez teletransmisję danych w formie dokumentu elektronicznego według ustalonego w rozporządzeniu wzoru, jak również z treści art. 21 ust. 2f ustawy o rehabilitacji, zgodnie z którym informacja miesięczna składana jest w terminie do dnia 20 miesiąca następującego po miesiącu, którego dotyczy informacja.

Odwołujący wywiódł, że Przystępujący zatrudniał powyżej 25 osób do lipca 2020, co potwierdzone zostało w piśmie z dnia 5.11.2020 r. złożonym samodzielnie Zamawiającemu gdzie załączył wydruk z systemu, który potwierdza składanie informacji lub deklaracji do PFRON, do czego jest zobowiązany wyłącznie wykonawca posiadający zatrudnienie na poziomie co najmniej 25 osób.

Odwołujący zauważył, że Wykonawca nie składał na bieżąco, do 20 dnia każdego miesiąca informacji czy deklaracji, lecz w wyniku złożonego przez Odwołującego pierwszego odwołania złożył zbiorczo wszystkie informacje, w tym za lipiec 2020 r., dla którego to miesiąca powinien był wykazać fakt zwolnienia ze składek PFRON.

Odwołujący podkreślił, że Wykonawca nie wykazał w toku badania i oceny ofert, że posiada podstawę zwolnienia w zakresie składek na PFRON, a Zamawiający przyjął dokument złożony w toku poprzedniego postępowania odwoławczego - pismo wykonawcy z dnia 5.11. 2020 r, które jednak nie wyjaśnia dlaczego składka na PFRON nie została w ofercie wliczona, pomimo jasnych wytycznych SIWZ w tym zakresie, jak również pismo nie powołuje

podstaw zwolnienia ze składek. Wykonawca jako jedyny nie został wezwany do wyjaśnień w tym zakresie.

Odwołujący wskazał także, że w piśmie z dnia 5.11.2020 r. Wykonawca K. sp. j. Staff Partners wskazał, że zobowiązany był i jest do składania jednego z dokumentów, wskazując, iż „dla pracodawców, określonych w art. 21 ust. 1 ustawy o rehabilitacji, takich jak Wykonawca, drukiem obowiązującym w tym zakresie jest druk o symbolu DEK-I-0”. W dalszej części pisma, Wykonawca ten zaznaczył, iż możliwe jest osiągnięcie zwolnienia ze składki PFRON, czego wynikiem będzie koniczność złożenia Zarządowi PFRON informacji miesięcznej o zatrudnieniu. Tym samym, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że Wykonawca ostatecznie przyznał, że stan jego zatrudnienia przekracza 25 osób. Wielkość zatrudnienia na poziomie co najmniej 25 osób determinuje bowiem obowiązek złożenia jednego z ww. dokumentów, czy to deklaracji czy to informacji.

Do pisma Przystępujący załączył wykaz złożonych informacji (druk INF-1), wskazując jednocześnie, że „przedkłada wydruk Raportu z systemu PFRON, w zakresie składanych przez Wykonawcę informacji i deklaracji. Z przedmiotowego dokumentu wynika jednoznacznie, iż Wykonawca w okresie od stycznia 2020 r. do sierpnia 2020 r. za każdy miesiąc składał informację miesięczną o zatrudnieniu, kształceniu lub o działalności na rzecz osób niepełnosprawnych, tj. druk INF-1”. Wykonawca dodał, że „pracodawca może złożyć taką informację (druk INF-1) tylko w przypadku, gdy jest w danym okresie (miesiącu) zwolniony z obowiązku płacenia daniny publicznej na rzecz PFRON”. Zdaniem Wykonawcy „dokument ten jednoznacznie potwierdza, iż Wykonawca, jako pracodawca, w dacie wszczęcia Postępowania, którą to datę należało przyjąć do określenia składki na PFRON w ramach obliczenia ceny oferty [...] zwolniony był z obowiązku płacenia daniny publicznej na PFRON, co uprawniało go do wpisania w ofercie składki na PFRON w wysokości 0 PLN”.

Zdaniem Odwołującego natomiast, zestawienie druków przesłanych do systemu PFRON stanowi jedynie potwierdzenie, że wykonawca złożył swoje oświadczenia własne w przedmiocie składek PFRON i to złożył je dla okresu badanego w tej sprawie później, dopiero w toku postępowania odwoławczego. Złożone zestawienie nie jest dowodem na okoliczność, że wykonawca miał podstawę do zwolnienia w tym zakresie.

Z ww. wykazu złożonych informacji INF-1 wynika, że w roku 2020 Staff Partners złożył informacje te w terminie 2020/02/07: za okres 12-2019, za okres 11-2019, za okres 10-2019, za okres 12-2019, oraz 2020/09/25: za okres 2-2020, za okres 1-2020, za okres 7-2020, za okres 6-2020, za okres 4-2020, za okres 5-2020, za okres 3-2020, za okres 8-2020, za okres 12-2019.

Informacja dotycząca okresu sprawozdawczego za lipiec 2020 r. powinna zostać złożona nie później niż w dniu 20 sierpnia 2020 r. Wykonawca terminu tego nie dochował, podobnie jak

terminów złożenia informacji za poprzednie miesiące, co świadczy w opinii Odwołującego albo o lekkomyślnym podejściu do składania tychże informacji albo złożenie deklaracji nastąpiło w ustawowym terminie, lecz na potrzeby sporu odwoławczego, we wrześniu 2020 r. zgłoszenie zostało skorygowane w taki sposób, że wykonawca zamiast deklaracji o wysokości składki złożył informację o braku składki.

Odwołujący wskazał także, że poza zestawieniem zgłoszeń do PFRON i zaświadczeniem o niezaleganiu ze składkami (irrelevantnego w przedmiocie sporu) twierdzenia Przystępującego zawarte w piśmie z dnia 5.11.2020 r. nie zostały poparte żadnymi dowodami potwierdzającymi, iż Wykonawca ten był uprawniony do zwolnienia ze składki. Jak przyznał sam Wykonawca „zobowiązanie z tytułu wpłat na PFRON wykonywane jest w drodze samoobliczenia przez zobowiązanego pracodawcę, tj. zadeklarowania i dokonania wpłaty w terminie określonym w ustawie. W konsekwencji pracodawca samodzielnie, bez wezwania organu, za pomocą oficjalnego ogólnopolskiego systemu [...] dokonuje obliczenia i wpłaty do PFRON”. W opinii Odwołującego oznacza to, że pracodawca samodzielnie ustala wysokość wpłaty za dany miesiąc, deklaruje ją i następnie wpłaca, bądź stwierdza, że jest zwolniony z obowiązku wpłaty i przestaje na złożeniu informacji. Odwołujący podkreślał, że deklaracje/informacje pracodawcy zasadniczo nie podlegają weryfikacji przez PFRON. Tym samym, system ten opiera się na zaufaniu co do wiarygodności deklaracji/informacji składanych przez pracodawców. Nie ma żadnych przeszkód, aby w każdej chwili skorygować uprzednio złożone druki. Zamawiający w toku postępowania nie uzyskał wiedzy o okolicznościach potwierdzających prawidłowość obliczenia składki na poziomie 0 zł za miesiąc lipiec. Jeżeli natomiast Przystępujący ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego, i to o tak znacznej wartości, podaje jeden ze składników ceny na poziomie 0 zł, a tym samym dokonuje obniżenia ceny całkowitej swojej oferty, stawiając ją tym samym na wyższym miejscu w rankingu ofert, to powinien być w stanie uzasadnić tak obliczoną cenę. Uzasadnienie zaś powinno być dodatkowo poparte konkretnymi dowodami, np. analizą stanu zatrudnienia, z wyszczególnieniem pracowników niepełnosprawnych, ze wskazaniem umów o pracę zawartych z tymi niepełnosprawnymi osobami. Wykonawca nie dość, że nie udowodnił podstaw zwolnienia to nawet nie powołał jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie, a co za tym idzie Zamawiający nie ustalił z jakiej przyczyny wykonawca nie wykonał wytycznych SIWZ i nie wliczył w cenę oferty składki PFRON.

Odwołujący wskazał także, że z uwagi na przyjęty przez Zamawiającego sposób obliczenia ceny, przy uwzględnieniu stawki PFRON, ten składnik ceny oferty jest istotny, gdyż ma wpływ na końcową cenę całkowitą oferty. Zatem powinien być obliczony z zachowaniem staranności, przy zastosowaniu właściwych przepisów prawa, w szczególności ustawy o rehabilitacji. Przystępujący nie dochował staranności, wymaganej od wykonawcy będącego

profesjonalistą i błędnie wyliczył swoją cenę ofertową. Z błędem co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego mamy do czynienia w przedmiotowym przetargu, gdyż Przystępujący nieprawidłowo i niezgodnie z przepisami ustawy o rehabilitacji ustalił wysokość składek na PFRON na poziomie 0 zł, co przekładało się na cenę całkowitą oferty ww. Wykonawcy. Z tego powodu jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Zdaniem Odwołującego, względem oferty Przystępującego zachodzi również podstawa odrzucenia określona w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Skoro bowiem Wykonawca dokonał obliczenia ceny bez uwzględnienia jednego z obowiązkowych składników, tj. składki PFRON, to należy uznać, że czynność ta miała na celu postawienie jego oferty w lepszej sytuacji względem ofert złożonych przez pozostałych Wykonawców, tj. na wyższym miejscu w rankingu ofert. W takiej sytuacji inne oferty musiały stać się automatycznie mniej korzystne. Tym samym doszło do manipulacji ceną, a tym samym naruszenia zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu. Wykonawca zatrudniając powyżej 25 osób w miesiącu wszczęcia postępowania i nie mając podstaw do zwolnienia powinien był wliczyć te składki, a jego oferta wzrosłaby w taki sposób, że zmieniłby miejsce w rankingu.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1913) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W przedmiotowym stanie faktycznym, zdaniem Odwołującego ma miejsce zagrożenie interesów przedsiębiorcy - Odwołującego. Interesem jaki doznaje zagrożenia jest uniemożliwienie uzyskania zamówienia publicznego, zaś czynem nieuczciwej konkurencji - manipulowanie składnikami cenotwórczymi przez Przystępującego, poprzez nieuprawnione obniżanie składki PFRON aż do 0 zł, a tym samym obniżenie całkowitej ceny ofertowej, czyniąc ją bardziej korzystną cenowo.

Dalej Odwołujący argumentował: Przystępujący wpisując wartość 0 zł pominął ten składnik ceny ofertowej, nie uwzględnił go w obliczeniu ceny. Takie działanie należy uznać za naganne z punktu widzenia zasad uczciwej konkurencji. Skoro Zamawiający w siwz określił sposób obliczenia ceny ofertowej, podał wzór, który należało wypełnić, to pominięcie jednego z elementów należy uznać za działanie, którego efektem było złożenie oferty niezgodnej z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w siwz i mające na celu uplasowanie oferty na wyższym miejscu w rankingu ofert, bez względu na zasady obowiązujące przy obliczeniu ceny oraz zasady uczciwej konkurencji. Wpisanie składki 0 zł powoduje, że nie można dokonać porównania złożonej przez niego oferty z ofertami Wykonawców, którzy w sposób prawidłowy dokonali obliczenia ceny oferty, zgodnie z przyjętym przez Zamawiającego

wzorem. Efektem uznania oferty tego Wykonawcy za prawidłową i niepodlegającą odrzuceniu, będzie nierówne traktowanie Wykonawców i postawienie w gorszej sytuacji tych, którzy w cenach ujęli wszystkie wymagane elementy.

W ocenie Odwołującego, treść oferty złożonej przez Przystępującego nie odpowiada treści siwz, a zatem zachodzi również podstawa odrzucenia wynikająca z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Oferta ta nie uwzględnia w cenie całkowitej, jednego z przewidzianych przez Zamawiającego składników ceny, tj. wpłaty na PFRON. Braku określenia stawki PFRON nie można w opinii Odwołującego uznać za omyłkę niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, którą można by było poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż poprawa prowadziłaby do nieuprawnionego uzupełnienia treści oferty.

W ocenie Odwołującego Przystępujący powinien zostać również wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, który wskazuje, iż z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Odwołującego Przystępujący przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd w zakresie podstaw do zwolnienia z wpłat na PFRON. Nie uzasadnił podstawy zwolnienia, opierając się w piśmie z dnia 5.11.2020 r. na enigmatycznym stwierdzeniu, że na podstawie własnych wyliczeń, takie zwolnienie po prostu mu przysługuje - to nie jest jednak zasadą, gdyż zasadą jest konieczność dokonywania comiesięcznych wpłat. Wykonawca ten zatem nie potwierdził w żaden sposób uprawnienia, na które się powołuje. Po drugie, minął się z prawdą, twierdząc, że w 2020 r. co miesiąc przekazywał do Zarządu PFRON informacje INF-1. Jak wyżej stwierdzono, informacje w zakresie 9 miesięcy (tj. XII 2019 oraz I, II, III, IV, V, VI, VII, VII 2020) złożył jednorazowo jedynie na potrzeby sporu odwoławczego, a tym samym podważa wiarygodność zawartych w nich informacji. Co więcej, informacje składane do PFRON nie podlegają żadnej weryfikacji i każdorazowo można dokonać ich korekty, w związku z tym możliwy jest scenariusz, w którym wykonawca w każdym czasie może złożone deklaracje skorygować na informacje i odwrotnie. Wykonawca nie wykazał więc, że był uprawniony do zwolnienia ze składek PFRON. Odwołujący podkreślił, że informacje przedstawione przez Przystępującego miały wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż dotyczyły składnika ceny, która jest podstawowym kryterium oceny ofert.

Jak wskazał Odwołujący, składanie informacji INF-1 w opóźnionym terminie, wywodzenie z tak niestarannie przygotowanych dokumentów wniosków co do zwolnienia z wpłat, brak umotywowania stanu faktycznego (w zakresie stanu zatrudnienia), który rzekomo

determinuje zwolnienie z wpłat, należy oceniać jako działanie przynajmniej lekkomyślne i niedbałe, choć w tym przypadku w opinii Odwołującego należałoby Wykonawcy przypisać umyśle działanie. Jednocześnie, informacje przekazane przez Wykonawcę K. sp. j. Staff Partners wywołały błędną ocenę stanu faktycznego u odbiorcy - Zamawiającego, czego konsekwencją była błędna ocena i punktacja ofert.

Jak wskazał Odwołujący, ze względu na to, że kwestia wysokości składki PFRON miała wpływ na ranking ofert w postępowaniu, jako że stanowiła składnik cenotwórczy, to powinna być rzetelnie zbadana przez Zamawiającego. Zamawiający nie wezwał Przystępującego o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp w powyższej kwestii. Poprzestał na informacjach przedłożonych przez Wykonawcę w piśmie z dnia 5.11.2020 r., które miało charakter „pozaproceduralny”, gdyż było odpowiedzią na fakt uwzględnienia przez Zamawiającego pierwszego odwołania wniesionego przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu. Zamawiający uwzględnivszy pierwsze odwołanie, unieważnił czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i przystąpił do ponownego badania ofert. Wezwał firmy Outworking S.A. i FallWork sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w omawianej kwestii na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Zaniechał jednak wezwania Przystępującego, poprzestając na informacjach zawartych w ww. piśmie. W opinii Odwołującego jest to działanie niewłaściwe z punktu widzenia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający bowiem jest zobowiązany do wnikliwego badania i oceny ofert, a zwłaszcza w stosunku do wykonawcy, którego oferta zostaje uznana za najkorzystniejszą, w szczególności w zakresie kwestii, która ma realny wpływ na ranking ofert, zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny i finalnie na wybór oferty. Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę do złożenia wyczerpujących wyjaśnień w danej kwestii.

Zamawiający określił w pkt VI ust. 3 pkt 1 SIWZ warunek zdolności technicznej i zawodowej, zgodnie z którym wykonawca miał wykazać, że:

1) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 2 usługi, z których każda:

- a) polegała na kierowaniu co najmniej 25 pracowników tymczasowych do wykonywania pracy pracodawców użytkowników,
- b) trwała lub trwa co najmniej 12 miesięcy,
- c) wartość każdej z wykonanych usług wynosiła co najmniej 1 000 000,00 zł brutto (a w przypadku, jeżeli wartość usługi została w umowie wyrażona w walucie obcej - wyrażona w złotych równowartość tej kwoty wg średniego kursu NBP z dnia zawarcia umowy o świadczenie usług).

Wykonawca w złożonym wykazie usług powołał się na trzy zadania w tym dwa wykonane na rzecz spółki Rosti (poz. 2 i 3 wykazu).

W ocenie Odwołującego, wedle jego stanu wiedzy, wskazane usługi nie były świadczone w ramach jednego kontraktu lecz były wykonywane w ramach wielu różnych umów, które jednak nie trwały łącznie 12 miesięcy; były zawierane doraźnie na potrzeby prac sezonowych a wartość jednej umowy nie opiewała na 1 000 000 zł lecz była to suma poszczególnych umów. Wątpliwe jest w tych okolicznościach oświadczenie złożone przez wystawcę listów referencyjnych, co Zamawiający powinien zweryfikować poprzez zwrócenie się do tego ostatniego z wnioskiem o wyjaśnienie. Zdaniem Odwołującego uzasadnia to dokonanie ponownej oceny ofert i skierowanie wezwania do wykonawcy i wystawcy referencji celem potwierdzenia informacji podanych w wykazie usług.

Zamawiający przedstawił odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołanie i obciążenie kosztami postępowania Odwołującego.

W treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał następujące okoliczności: Wykonawca wybrany w koszcie obejmującym składkę na PFRON wskazał 0 zł. Postanowienia SIWZ nie zawierały wytycznych SIWZ w zakresie wyliczenia składki na PFRON z uwagi na okoliczność, że sposób jej wyliczenia zawarty jest w przepisach ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2020 r., poz. 426 ze zm.) i następuje poprzez samodzielne comiesięczne obliczenie przez pracodawcę, o którym mowa w ww. ustawie. Ponadto Zamawiający w SIWZ nie zastrzegł, że weryfikacji lub ocenie będą podlegały określone ustawowe obowiązki pracodawców w zakresie sprawozdawczości wobec PFRON.

W ocenie Zamawiającego z dokumentów przekazanych przez Wykonawcę wynika, że wskazana w ofercie stawka 0 zł składki na PFRON jest stawką prawidłową. Podana przez Wykonawcę stawka 0 zł była obowiązującą w dacie wszczęcia postępowania. Na potwierdzenie tej okoliczności Wykonawca przedłożył Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia poparte dowodami. Wykonawca przedłożył: zaświadczenie wystawione przez Zarząd PFRON, datowane na dzień 18 października br., z którego treści wynika, m. in. że na dzień 10 sierpnia br. nie zalegał z płatnościami na rzecz PFRON oraz wydruk: Raport z systemu PRFON z którego wynika jakiego rodzaju deklaracje i informacje w okresie od grudnia 2014r. do września 2020 r. składał do PRFON. Wynika z niego, że w momencie wszczęcia postępowania zobowiązany był do przedłożenia do PFRON informacji (druk- INF-I). Zaś tego rodzaju informację do PFRON kierują tylko ci pracodawcy, którzy za dany okres sprawozdawczy nie byli zobowiązani do wpłat składek na PFRON. W realiach niniejszego

postępowania okoliczność ta powodowała, że Wykonawca podając cenę za wykonanie zamówienia w jej elemencie: składka na PFRON uprawniony był do podania stawki 0 zł. Jest to okoliczność, która w ocenie Zamawiającego ma znaczenie przy ocenie wszystkich zarzutów stawianych Zamawiającemu przez Odwołującego.

Zdaniem Zamawiającego wskazana w ofercie stawka 0 zł nie stanowi żadnego błędu w sposobie obliczenia ceny ponieważ (0 zł) zerowa stawka była tą, którą Wykonawca będąc zwolniony w momencie wszczęcia postępowania zobowiązany był zastosować do obliczenia ceny.

W ocenie Zamawiającego nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego odnoszącego się do kwestii terminów czy aktów niestaranności jakich miał się dopuścić Wykonawca przy wypełnianiu obowiązków sprawozdawczych do PFRON. Nie jest to okoliczność, która wpływa na to jaki status posiadał Wykonawca w przyjętej przez Zamawiającego dacie wszczęcia postępowania tj. czy był zobowiązany do uiszczania składki na PFRON lub czy był z obowiązku jej ponoszenia zwolniony. Mechanizm wyliczania składki na PFRON określony jest rangą przepisów ustawowych oraz jest taki sam dla wszystkich pracodawców i następuje na podstawie samoobliczenia dokonanego przez każdego pracodawcę w danym miesiącu. Zatem jeżeli pracodawca, w tym przypadku Wykonawca, prawidłowo ustalił stan faktyczny, wbrew twierdzeniom podnoszonym przez Odwołującego i wynikało z niego, że w dacie wszczęcia postępowania podlegał zwolnieniu z opłaty na PFRON to wskazane przez niego w cenie oferty 0 zł nie zawiera błędu w obliczeniu ceny. Wykonawca w wyliczeniu ceny uwzględnił wszystkie kosztotwórcze/cenotwórcze elementy, w tym te które wynikały z przepisów prawa (składka na PFRON).

Okoliczności, na które zwracał uwagę Odwołujący, a które odnoszą się do zaniedbań wykonawcy w zakresie obowiązków sprawozdawczych wobec PFRON zdaniem Zamawiającego są całkowicie pozbawione zasadności i nie odnoszą się do prowadzonego postępowania. Okoliczności z tym związane nie mają żadnego związku z wymogami stawianymi w SIWZ dotyczącymi sposobu wyliczenia ceny oferty. W konsekwencji Zamawiający uznał zarzut za bezpodstawny.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy K. sp. j. Staff Partners z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji, Zamawiający wskazał, że aby mógł dokonać takiej czynności konieczne jest zaistnienie sytuacji, w której oferta wykonawcy wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji określonego w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 419) oraz musi być wykazane na czym ten czyn polega w okolicznościach danej sprawy. W opinii Zamawiającego taka sytuacja nie nastąpiła w realiach niniejszej sprawy. Nie jest uzasadnione twierdzenie, że Wykonawca dokonał obliczenia ceny bez

uwzględnienia jednego z obowiązkowych składników, tj. składki PFRON, w celu postawienia jego oferty w lepszej sytuacji względem ofert złożonych przez pozostałych Wykonawców, tj. na wyższym miejscu w rankingu ofert. W świetle obowiązujących ustawowych regulacji dotyczących wpłat na PFRON już sam ustawodawca zezwala by pod pewnymi warunkami uprzywilejowana była pewna kategoria pracodawców, na przykład w zakresie m. in. aktywizacji zawodowej osób niepełnosprawnych, co powinno być traktowane jako zachęta do zatrudniania takich osób.

W opinii Zamawiającego twierdzenia Odwołującego o manipulacji ceną zawartą w ofercie są niczym nie poparte. By doszło do manipulacji ceną, zniżenie ceny przez Wykonawcę musiało być ono działaniem świadomym, skierowanym na eliminację pozostałych przedsiębiorców. Tymczasem sprowadziło się ono jedynie do wskazania w ofercie stawki 0 zł, wyliczonej zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie. Zamawiający stwierdził, że gdyby przyjąć twierdzenia Odwołującego doszłoby w istocie do absurdalnej sytuacji, mianowicie każdy wykonawca, nie tylko ten wybrany w przedmiotowym postępowaniu, który w ofercie wskazał stawkę 0 zł składki na PFRON dopuścił by się manipulacji cenowej, która mogłaby być uznana za czyn nieuczciwej konkurencji.

W konsekwencji Zamawiający uznał zarzut za bezpodstawny.

Dalej Zamawiający wskazał, że niezgodność oferty z postanowieniami SIWZ musi wynikać wprost z postanowień SIWZ. Jeżeli Odwołujący domaga się odrzucenia oferty Wykonawcy to zobowiązany jest wskazać na czym miała polegać niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący ogólnikowo wskazuje na niezgodność z SIWZ i nie wskazuje jaki element zobowiązania wykonawcy zawarty w ofercie jest sprzeczny z dokumentacją postępowania. W ocenie Zamawiającego, w ofercie Wykonawcy K. sp. j. Staff Partners nie znajdują się żadne niezgodności czy błędy odnoszące się do zakresu merytorycznego zobowiązania Wykonawcy, zaś cena uwzględniała wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego, w tym 0 zł składki na PFRON. W konsekwencji Zamawiający uznał zarzut za bezpodstawny.

W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie przedstawił żadnych nieprawdziwych informacji, które by były źródłem błędnego przekonania Zamawiającego o okolicznościach związanych ze składkami na PFRON. Stawka 0 zł wskazana przez Wykonawcę K. sp. j. Staff Partners była wyliczona prawidłowo, natomiast ocenie przez Zamawiającego nie podlegały kwestie terminowości składania do PFRON dokumentacji sprawozdawczej. Oznacza to, że nie zaistniała przesłanka wymieniona w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. W opinii Zamawiającego na podstawie okoliczności, że obowiązki sprawozdawcze względem PFRON wykonywał z opóźnieniem nie można wywodzić, że informacje zawarte w ofercie w zakresie wysokości

składki na PFRON są nieprawdziwe i Wykonawca dopuścił się próby manipulacji względem Zamawiającego. W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że zarzut jest bezpodstawny i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wskazał także, że nie dopatrył się w ofercie Wykonawcy K. sp. j. Staff Partners żadnych nieścisłości, których wyjaśnienie wymagało zastosowania procedury opisanej w art. 87 ust. 1 ustawy. Wyjaśnił, że Wykonawca K. sp. j. Staff Partners złożył obszernie wyjaśnienia jako przystępujący do pierwszego odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2398/20, załączył dowody, które potwierdzały stan faktyczny tj. okoliczność, iż zawarta w ofercie stawka 0 zł składki na PFRON była stawką, którą powinien był wykazać na dzień wszczęcia postępowania. W konsekwencji Zamawiający uznał zarzut za bezpodstawny.

W odniesieniu do drugiego z zarzutów Zamawiający wskazał, że Wykonawca K. sp. j. Staff Partners na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w wykazie wykonanych usług przedstawił 3 usługi, jedną dla PKP Cargotabor Sp. z o.o. oraz dwie wykonane dla Rosti Poland Sp. z o.o. Na potwierdzenie, że przedstawione usługi zostały wykonane należycie załączył List Referencyjny od PKP Cargotabor Sp. z o.o. oraz dwie Referencje wystawione przez Rosti Poland Sp. z o.o.

Zamawiający podkreślił, że Wykonawca wykazał trzy usługi, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, czyli o jedną usługę więcej niż wymagał Zamawiający.

Usługa nr 1 dla PKP Cargotabor Sp. z o.o. - zgodnie z informacjami znajdującymi się w wykazie usług oraz Liście referencyjnym wystawionym w dniu 27 listopada 2020 r. zrealizowana została w terminie od 06.2018 do 01.2020 r., czyli świadczona była przez okres dłuższy niż 12 miesięcy. Polegała na kierowaniu co najmniej 25 pracowników tymczasowych do wykonywania pracy pracodawców użytkowników. Wartość wykonanej usług wynosiła powyżej 1 000 000,00 zł brutto.

Z przedstawionego wykazu usług oraz Referencji wystawionych w dniu 23 listopada 2020 r. wynika, że usługa nr 2 dla Rosti Poland Sp. z o.o. zrealizowana została od 01/2018 r. do 03/2019 r., czyli świadczona była przez okres dłuższy niż 12 miesięcy. Polegała na kierowaniu co najmniej 25 pracowników tymczasowych do wykonywania pracy pracodawców użytkowników. Wartość wykonanej usługi wynosiła powyżej 1 000 000,00 zł brutto.

Z przedstawionego wykazu usług oraz Referencji wystawionych w dniu 26 listopada 2020 r. wynika, że usługa nr 3 dla Rosti Poland Sp. z o.o. zrealizowana została od 04/2019 r. do 07/2020 r., czyli świadczona była przez okres dłuższy niż 12 miesięcy. Polegała na kierowaniu co najmniej 25 pracowników tymczasowych do wykonywania pracy pracodawców użytkowników. Wartość wykonanej usług wynosiła powyżej 1 000 000,00 zł brutto.

W ocenie Zamawiającego, Wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu i bezzasadne byłoby wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Z treści wykazu usług i referencji nie wynika, aby usługi były świadczone w ramach wielu umów, które trwały łącznie 12 miesięcy. Zamawiający podkreślił, że nie miał wątpliwości do treści złożonego wykazu usług jak również do dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie. W celu wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień Odwołujący musiałby wskazać jakie rozbieżności, niezgodności bądź błędy zawierają złożone dokumenty.

W ocenie Zamawiającego bezpodstawne jest twierdzenie Odwołującego, że wykonane usługi dla Rosti Poland Sp. z o.o. nie dotyczyły jednego kontraktu, lecz były wykonywane w ramach wielu różnych umów, które jednak nie trwały łącznie 12 miesięcy, lecz były zawierane doraźnie na potrzeby prac sezonowych a wartość jednej umowy nie opiewała na 1 000 000 zł, lecz była sumą poszczególnych umów. W konsekwencji Zamawiający uznał zarzut za bezpodstawny.

Do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie Wykonawca K. sp. j. Staff Partners. Przedstawił pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Wskazał, że dla pracodawców określonych w art. 21 ust 1 ustawy rehabilitacyjnej, takich jak Przystępujący, drukiem obowiązującym jest druk o symbolu DEK-I-O (jego wzór stanowi załącznik nr 1 do przedmiotowego rozporządzenia).

Przystępujący wyjaśniał, że w ww. ustawie zostały przewidziane także sytuacje, których wystąpienie daje podmiotom zobowiązanym do uiszczania tej daniny, możliwość obniżenia wysokości stawki lub zwolnienie się całkowicie z jej płacenia. Oznacza to, że pracodawca płaci daninę publiczną na PFRON w wysokości zależnej od indywidualnych przestanków, uprawniających go lub nie, do obniżenia lub zwolnienia z opłaty na rzecz PFRON, w wysokości mieszczącej się w przedziale 0 PLN - 130,03 PLN (w okresie wskazanym w SIWZ). Dla obliczenia wskaźnika istotne jest to, w jakim stopniu niepełnosprawności znajdują się osoby zatrudniane przez pracodawcę oraz czy posiadają szczególny rodzaj schorzeń uzasadniających obniżenie wskaźnika zatrudnienia osób niepełnosprawnych (art. 21 ust. 4 ustawy rehabilitacyjnej; zgodnie z rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 18 września 1998 r. w sprawie rodzajów schorzeń uzasadniających obniżenie wskaźnika zatrudnienia osób niepełnosprawnych oraz sposobu jego obniżania).

Pracodawca będzie zwolniony od uiszczenia powyżej opisanej daniny, jeżeli wskaźnik zatrudnienia u niego osób niepełnosprawnych wyniesie co najmniej 6% (art. 21 ust. 2 ww. ustawy rehabilitacyjnej). Przy czym, ustalenie osiągnięcia bądź nieosiągnięcia tego wskaźnika następuje co miesiąc. Konsekwencją osiągnięcia wymaganego wskaźnika zatrudnienia osób

niepełnosprawnych, obok zwolnienia z wpłat, jest konieczność składania Zarządowi PFRON miesięcznych i rocznych informacji o zatrudnieniu osób niepełnosprawnych albo o zatrudnieniu i kształceniu osób niepełnosprawnych, według wzoru ustalonego przez ministra do spraw zabezpieczenia społecznego w drodze rozporządzenia (art. 21 ust. 2f ustawy rehabilitacyjnej). Wzory te zostały określone w załącznikach do rozporządzenia Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z dnia z dnia 27 września 2018 r. w sprawie określenia wzorów miesięcznych i rocznych informacji o zatrudnieniu, kształceniu lub o działalności na rzecz osób niepełnosprawnych. Drukiem obowiązującym w tym zakresie jest druk o symbolu INF-I, którego wzór stanowi załącznik nr 1 do przedmiotowego rozporządzenia.

Składka na PFRON zależy od:

- 1) Zatrudniania określonej liczby pracowników (gdzie progiem jest 25 pracowników),
- 2) Osiągnięciu wskaźnika zatrudnienia osób niepełnosprawnych na poziomie minimum 6%,
- 3) Posiadaniu określonego stopnia niepełnosprawności przez osoby zatrudniane przez pracodawcę oraz posiadaniu szczególnego rodzaju schoneń uzasadniających obniżenie wskaźnika zatrudnienia osób niepełnosprawnych,
- 4) Korzystania z usług lub dokonywanie zakupów u pracodawców osiągających wysoki wskaźnik zatrudnienia osób niepełnosprawnych,;
- 5) Wysokości przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia według danych ogłoszonych przez Prezesa GUS za poprzedni kwartał.

Pomimo, że pracodawca osiągnie poziom zatrudnienia pracowników powyżej 25, nadal ma możliwość uzyskania zwolnienia z opłacania składki na PFRON, jeśli wystąpią inne ww. czynniki.

Zdaniem Przystępującego Odwołujący pominął, że wszystkie firmy zatrudniające powyżej 25 pracowników obowiązują te same zasady naliczania i wpłat na PFRON. Jedynym ogólnokrajowym narzędziem służącym do raportowania i wyliczania składek na rzecz PFRON jest system Logowanie - e-PFRON2 (e-pfron.pl). Samodzielność obliczenia składki na PFRON polega na tym, że po zalogowaniu się do systemu internetowego PFRON pracodawca wypełnia konkretne pola (wprowadza dane aktualne na dany miesiąc), dokonuje odpowiednich zaznaczeń, następnie system samodzielnie dokonuje wyliczenia wysokości składki na rzecz PRON.

Przystępujący oświadczył, że w okresie od stycznia 2020 r. do sierpnia 2020 r. za każdy miesiąc składał informację miesięczną o zatrudnieniu, kształceniu lub o działalności na rzecz osób niepełnosprawnych. tj. druk INF-I.

Dalej Przystępujący wyjaśnił, że pracodawca może złożyć taką informację (druk INF-1) tylko w przypadku, gdy jest w danym okresie (miesiącu) zwolniony z obowiązku płacenia daniny publicznej na rzecz PFRON. Powyższe jednoznacznie potwierdza, iż Przystępujący, jako pracodawca, w dacie wszczęcia postępowania, którą to datę należało przyjąć do określenia

składki na PFRON w ramach obliczenia ceny oferty (Rozdział XIV „Opis obliczenia ceny” pkt 6 SIWZ) zwolniony był z obowiązku płacenia daniny publicznej na PFRON, co uprawniało go do wpisania w ofercie składki na PFRON w wysokości 0 PLN.

Przystępujący ponownie podkreślił, że wobec niego Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych nie stwierdził żadnych zaległości podatkowych o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości, z którego wynika, że nie ujawniono zaległości podatkowych.

Przystępujący wskazał, że Odwołujący zadeklarował w ofercie obniżoną do 80 PLN wysokość składki na rzecz PFRON, co oznacza, że korzysta z ww. systemu, a zatem zna mechanizmy jego działania. Prowadzi to do konkluzji, iż wszelkie twierdzenia zawarte w odwołaniu, co do braku rzetelności i manipulowania danymi przez Przystępującego typu „wykonawca złożył swoje oświadczenie własne w przedmiocie składek na PRON”, czy też korygowania danych na potrzeby sporu czy też postępowania, nie tylko stanowią pomówienia, ale także mają na celu wprowadzenie Izby w błąd.

Przystępujący wskazał także, że przesunięcie w czasie w zakresie złożenia deklaracji jest wyrazem braku dookreślenia podziału zadań pomiędzy poszczególne osoby, podczas pracy zdalnej w okresie pandemii. Naruszenie przepisów co do terminu składania deklaracji oraz informacji nie ma żadnego wpływu na treść składanych do PFRON informacji i nie stanowi o nieważności takich informacji.

Przystępujący przywołał stwierdzenie Odwołującego: „Deklaracje/Informacje pracodawcy zasadniczo nie podlegają weryfikacji przez PFRON. Tym samym, system opiera się na zaufaniu do wiarygodności deklaracji/informacji składanych przez pracodawców. Nie ma żadnych przeszkód, aby w każdej chwili skorygować uprzednio złożone druki”. W ocenie Przystępującego powyższe twierdzenie należy uznać za daleko posuniętą arogancję i sugerowanie manipulacji ze strony Przystępującego. Stanowi ono próbę obwinienia Przystępującego za sposób skonstruowania procedury składania dokumentów do PFRON, który został ustalony przez ustawodawcę.

Przystępujący wyjaśnił, iż w ramach raportowania do PFRON przez platformę e-pfron.pl, jednym z kroków jest zaznaczenie rodzaju składanego dokumentu, a zatem określenie czy składana deklaracja/informacja jest dokumentem zwykłym czy też korygującym. Przystępujący oświadczył, że dokumenty składane przez niego do PFRON były dokumentami „pierwotnymi” (zwykłymi), a zatem nie stanowiły korekty wcześniej złożonych informacji. Jak wskazał Przystępujący: „Podważanie faktu, czy dane deklaracje na rzecz PFRON są odzwierciedleniem rzeczywistości czy nie, można porównać do deklaracji dotyczących podatków czy składek na rzecz ZUS. Rozumując sposób myślenia, prezentowany przez Odwołującego należy uznać, że firmy mogą sobie wysokość podatków czy składek na rzecz ZUS dowolnie deklarować, tzn. złożyć znacznie zaniżoną deklarację,

następnie dokonać takiego samego przelewu i teoretycznie wszystko będzie się zgadzało. A jednak, zarówno w odniesieniu do rozliczania składek na rzecz PFRON, jak i podatków, czy składek na rzecz ZUS, a także innych danin publicznych przedsiębiorcy zobowiązani są do działania według ogólnie obowiązujących przepisów prawa, a nie według własnego widzimisię”.

Przystępujący stwierdził, że wobec jego oferty brak jest podstaw do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 lub pkt 6 ustawy Pzp, a w związku z tym także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Jak wskazał Przystępujący brak jest jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, że jego oferta nie odpowiada treści SIWZ, z uwagi na to, że zaoferowane usługi nie odpowiadają opisanemu w SIWZ przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego. Zdaniem Przystępującego, nie można uznać za niezgodność z treścią SIWZ, wpisania przez Przystępującego stawki 0 PLN, jako wysokości składki na PFRON, tj. kosztu, stanowiącego element ceny oferty, do czego zresztą był uprawniony. Przystępujący wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie pominął stawki na PFRON. Stawka została wpisana w wysokości rzeczywistej stawki dla określonego w SIWZ okresu (miesiąca), co zostało przez Przystępującego potwierdzone dokumentami złożonymi wraz z niniejszym pismem. W konsekwencji Przystępujący uznał zarzut za bezpodstawny.

Dalej Przystępujący wskazał, że za błąd w obliczeniu ceny lub kosztu można by uznać sytuację, w której Przystępujący nie uwzględniłby w cenie oferty kosztu w postaci składki na PFRON lub wskazałaby wysokość tej składki w sposób niezgodny ze stanem faktycznym, czyli sytuację, w której, pomimo, iż nie był do tego uprawniony, wpisał składkę na PFRON w wysokości 0 PLN, co w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzi. Przystępujący wpisał w ofercie składkę na PFRON w przysługującej mu w tym okresie wysokości - 0 PLN. W konsekwencji Przystępujący uznał zarzut za bezpodstawny.

Przystępujący wskazał, że zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji nie zostały poparte żadnymi dowodami. Podkreślił, że nie doszło do jakiegokolwiek manipulacji ceną oferty Przystępującego. Przystępujący wyjaśnił, że wykazał, że był zwolniony z obowiązku wpłacania składek na rzecz PFRON, w okresie wskazanym w SIWZ, a zatem był uprawniony do wpisania w ofercie składki na rzecz PFRON w wysokości 0 PLN. W konsekwencji Przystępujący uznał zarzut za bezpodstawny.

Przystępujący zauważył, że nawet, jeśli Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu miałby jakiegokolwiek wątpliwości, co do zgodności oferty Przystępującego z wymogami SIWZ lub sposobu obliczenia ceny oferty lub kosztu, w pierwszej kolejności zobowiązany jest te wątpliwości rozwiać lub potwierdzić poprzez wezwanie Przystępującego do złożenia stosowych wyjaśnień. Dopiero w sytuacji, gdy przypuszczenia Zamawiającego potwierdziłyby się lub nie zostały „rozwiązane” przez Przystępującego, Zamawiający uprawniony byłby do odrzucenia oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystępujący wskazał, iż brak jest jakichkolwiek podstaw do wykluczenia go z postępowania. Wyjaśnił, że zarzuty Odwołującego, że informacje składane do PFRON są własnymi wyliczeniami oraz że ich ciągłe korygowanie lub poprawianie w zależności od potrzeb jest w żaden sposób nieuprawnione. Zdaniem Przystępującego noszą znamiona manipulacji mającej na celu wprowadzenia Izby w błąd, co do sposobu składania dokumentów do PFRON. W żaden sposób nie została spełniona przesłanka wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Żaden wykonawca nie może być karany za umiejętność pełnego wykorzystania obowiązujących przepisów prawa tylko dlatego, że inny z tych przepisów skorzystać nie umie. Wszystkie firmy zatrudniające powyżej 25 pracowników obowiązują te same zasady naliczania i wpłat na PFRON, czynione przez Odwołującego zarzuty, dotyczą również jego działań. W takiej sytuacji również Odwołujący na podstawie tych samych przepisów podlegałby wykluczeniu a jego oferta odrzuceniu. W konsekwencji Przystępujący uznał zarzut za bezpodstawny i nie zasługujący na uwzględnienie.

Przystępujący wskazał także, że Zamawiający określa szczegółowość informacji żądanych od wykonawców, jakie mają oni przedstawić w ofercie oraz jakich dokumentów będzie wymagał na potwierdzenie konkretnych okoliczności. Formułując wymogi, zamawiający musi pamiętać o niezmienności informacji zawartych w dokumentach postępowania, czyli SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu. Prawidłowość informacji zawartych w ofercie winna być ustalona na podstawie wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń. Na potwierdzenie wysokości składki na PFRON deklarowanej przy obliczeniu ceny oferty Zamawiający nie wymagał złożenia jakiegokolwiek dokumentu. Nie może on zatem modyfikować swoich żądań na etapie oceny ofert, co potwierdza orzecznictwo. Wykonawca przedstawił wraz z ofertą wszystkie dokumenty, jakich zgodnie z SIWZ żądał Zamawiający. Zgodnie ze sposobem wskazanym przez Zamawiającego, Wykonawca jednoznacznie potwierdził wysokość składki na PFRON, wskazanej w ramach ceny oferty. Działanie Zamawiającego polegające na żądaniu dokumentów na potwierdzenie składki byłoby nieuprawnione i stanowiłoby naruszenie zasady przejrzystego prowadzenia postępowania, zasady uczciwej konkurencji i

równego traktowania wykonawców. W konsekwencji powyższego doszłoby do naruszenia art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 6, art. 41 pkt 7a ustawy Pzp.

Dodatkowo Przystępujący wskazał, że Odwołujący zadeklarował w ofercie obniżoną do 80 PLN wysokość składki na rzecz PFRON i również w żaden sposób nie wykazywał (poprzez złożenie jakichkolwiek dokumentów) zasadności tego obniżenia.

W odniesieniu do kolejnego zarzutu Przystępujący wskazał, że Odwołujący w odwołaniu stwierdził „w ocenie Odwołującego, wedle jego stanu wiedzy..” nie przedstawił jednak żadnych ani argumentów, ani dokumentów na potwierdzenie swoich słów. Odwołujący nie wskazał żadnej przyczyny, dla której uzasadnione byłoby kwestionowanie wystawionych listów referencyjnych. Brak jest określenia, jaką to wiedzę posiada Odwołujący potwierdzającą jego zarzuty.

Przystępujący wyjaśnił, że ze spółką Rosti Poland sp. z o.o. współpracuje nieprzerwanie od 2016 r., a kwoty z 12 miesięcy przekraczają wartość 1 000 000,00 PLN brutto. Tym samym Przystępujący spełnia warunek zdolności technicznej i zawodowej opisany w rozdziale VI pkt. 3 ppkt 1) SIWZ. Zarówno wykaz zamówień, jak i referencje dla wskazanych usług zostały przedstawione w sposób określony przez Zamawiającego w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

Przystępujący wskazał, że zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.” Ciężar udowodnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu spoczywał na Odwołującym. W opinii Przystępującego Odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi udowodnienia twierdzeń zawartych w odwołaniu.

Odwołujący twierdził, iż na podstawie przepisów ustawy rehabilitacyjnej, pracodawca, co do zasady zobowiązany jest do dokonywania wpłat na PFRON, a jedynie w szczególnych okolicznościach z odprowadzania tych składek jest zwolniony. Dodatkowo twierdził, iż Przystępujący nie był uprawniony do wpisania składki na PFRON w wysokości 0 PLN. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał prawdziwości swoich twierdzeń. Nie przedstawił też żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń.

W opinii Przystępującego Odwołujący w żaden sposób nie wykazał także zarzutu dotyczącego usługi świadczonej przez Przystępującego na rzecz spółki Rosti Poland Sp. z o.o. Nie została wskazana żadna przyczyna uzasadniająca żądanie dodatkowego wyjaśnienia usług akurat dla tego przedsiębiorcy. Stwierdzenie „w ocenie Odwołującego, wedle jego stanu wiedzy” jest w tym wypadku niewystarczające.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Artykuł ten znajdzie zastosowanie w przypadku, gdy treść oferty pozostaje niejasna lub budzi wątpliwości Zamawiającego. W niniejszym postępowaniu wątpliwości Zamawiającego powinna wzbudzić zastosowana przez Wykonawcę K. sp. j. Staff Partners (Przystępującego) stawka 0 złotych (jako opłata na PFRON za miesiąc lipiec 2020 roku), w szczególności w kontekście m. in. braku złożenia jednoznacznego potwierdzenia i wykazania prawidłowości zastosowania takiej składki w piśmie z 5 listopada 2020 roku, jak również w świetle przedstawionej przez Odwołującego korespondencji e-mailowej z Rosti Poland sp. z o.o.

Zamawiający w trakcie rozprawy stwierdził, że przedmiotem rozstrzygnięcia Izby jest stwierdzenie, czy Przystępujący wykazał prawidłową stawkę 0 zł w formularzu ofertowym, jak również czy Przystępującemu przysługiwało zwolnienie w zakresie składki na PFRON w miesiącu lipcu 2020 roku, czy też nie.

Zamawiający jest w błędzie. To przedmiotem jednoznacznego ustalenia przez Zamawiającego powinno być, czy Przystępujący prawidłowo zastosował stawkę 0 zł, jak również czy Przystępującemu przysługiwało zwolnienie w zakresie uiszczenia składki na PFRON, czy też nie.

Już samo powyższe stwierdzenie Zamawiającego pokazuje jednak, że kwestie te wymagały wyjaśnienia i jednoznacznego ustalenia.

Odwołujący w trakcie rozprawy złożył korespondencję e-mailową, przeprowadzoną przez Odwołującego z Rosti Poland sp. z o.o. (adresatem tej korespondencji była pracownica tej spółki Pani K. S.), będącą kontrahentem Przystępującego. W treści korespondencji Odwołujący skierował zapytanie do Rosti Poland sp. z o.o.: „Czy w okresie od 06.2020 do 08.2020 Staff Partners obciążał firmę Rosti składkami na PFRON?”. Odpowiedź brzmiała: „Potwierdzam, koszt ten jest doliczany do faktury”.

Z powyższej korespondencji jednoznacznie wynika, że Przystępujący doliczał do faktury składkę na PFRON w okresie stanowiącym podstawę do ustalenia wysokości tej składki. Powyższa korespondencja stanowi dowód, a co najmniej poszlakę, z której wynika, że Przystępujący w miesiącu lipcu 2020 roku mógł uiszczać składki na PFRON, co oznaczałoby, że nie było uprawnione wpisanie przez niego w treści oferty i zastosowanie w treści oferty stawki 0 zł jako wartości składki uiszczonej na PFRON.

Powyższy dowód ma znaczenie z uwagi na okoliczność, że Zamawiający dokonał ustalenia, czy Wykonawca, którego oferta została pierwotnie uznana za najkorzystniejszą, tj. Wykonawca FallWork sp. z o.o. był uprawniony do wpisania stawki 0 zł w treści oferty, ustalając tę okoliczność właśnie na podstawie wystawianych do rozliczenia przez tego Wykonawcę faktur. Zamawiający kilkakrotnie dokonywał wyjaśnienia podstawy zastosowania składki 0 zł (w miesiącu lipcu 2020 roku) przez tego Wykonawcę. Jednoznacznego potwierdzenia dostarczyły właśnie wystawiane faktury, na których wyszczególniono obciążenie składką na PFRON.

Zamawiający jest zobowiązany do równego traktowania Wykonawców. W przypadku Wykonawcy FallWork sp. z o.o. Zamawiający wyjaśniał okoliczność, czy Wykonawca ten na pewno był zwolniony z konieczności uiszczenia składki na PFRON, tj. zastosowania składki w wysokości 0 złotych za miesiąc lipiec 2020 roku, podczas gdy o takie wyjaśnienia nie wezwał Przystępującego. Przystępujący złożył wprawdzie samodzielnie wyjaśnienia, jednakże w treści jego pisma z 5 listopada 2020 roku, poza wyjaśnieniem Zamawiającemu poszczególnych przepisów ustawy w zakresie uiszczania składek na PFRON oraz składania deklaracji, nie wykazał, że był uprawniony do zastosowania składki 0 złotych.

Przedstawiony przez Przystępującego (zarówno w treści pisma z 5 listopada 2020 roku, jak i w trakcie rozprawy) dowód w postaci zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach, w którym stwierdzono brak zaległości Przystępującego z tytułu wpłat na PFRON, pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Zaświadczenie to zawiera jedynie informację o tym, że Przystępujący nie ma zaległości wobec PFRON. Zaświadczenie to nie odnosi się natomiast do okoliczności stanowiącej istotę sporu i podstawę, która powinna zostać ustalona przez Zamawiającego, tj. czy Przystępujący uprawniony był do zastosowania stawki 0 zł na PFRON w miesiącu lipcu 2020 roku.

W odniesieniu do dowodu przedstawionego przez Przystępującego (zarówno w treści pisma z 5 listopada 2020 roku, jak i w trakcie rozprawy) w postaci zestawienia druków przesyłanych do PFRON również należy wskazać, że zestawienie to nie jest dowodem na okoliczność, że Przystępujący był uprawniony do zastosowania składki 0 zł na PFRON w miesiącu lipcu 2020 roku.

Jak ustalono, deklaracje/informacje (w tym druk Inf-1) składane do PFRON są wypełniane danymi, wpisywanymi przez Przystępującego do systemu. Jest to zatem informacja pochodząca od podmiotu. Jak wskazał Odwołujący, system opiera się na zaufaniu co do

wiarygodności deklaracji/informacji składanych przez pracodawców i danych w nich zawartych.

Wbrew twierdzeniu Zamawiającego i Przystępującego, istotne znaczenie w niniejszym postępowaniu ma czas złożenia przez Przystępującego informacji do PFRON za miesiąc lipiec 2020 roku. Zgodnie z treścią art. 49 ust. 2 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, pracodawcy dokonując wpłat w terminie do dnia 20 następnego miesiąca po miesiącu, w którym zaistniały okoliczności powodujące powstanie obowiązku wpłat, składają równocześnie Zarządowi Funduszu deklaracje miesięczne i roczne poprzez teletransmisje danych w formie dokumentu elektronicznego według ustalonego w rozporządzeniu wzoru. Z treści art. 21 ust. 2f tej ustawy wynika, że informacja miesięczna składana jest w terminie do dnia 20 miesiąca następującego po miesiącu, którego dotyczy informacja. Oznacza to, że za miesiąc lipiec 2020 roku, Przystępujący powinien złożyć odpowiednią deklarację/informację do 20 sierpnia 2020 roku. Przystępujący złożył informację za miesiąc lipiec 2020 roku dopiero w dniu 25 września 2020 roku. Istotne znaczenie ma okoliczność, że miało to miejsce 4 dni po wniesieniu pierwszego odwołania przez Odwołującego, w którym Odwołujący kwestionował zastosowanie przez Przystępującego stawki 0 złotych. Biorąc pod uwagę tę okoliczność, jak również fakt, że system ePFRON nie weryfikuje informacji wpisywanych przez wykonawców do tego systemu (i polega jedynie na nieweryfikowanych oświadczeniach pracodawców), a więc Przystępujący miał możliwość swobody przedstawienia informacji, dowód w postaci zestawienia nie jest dowodem potwierdzającym, że w miesiącu lipcu 2020 roku Przystępujący był uprawniony do zastosowania składki 0 zł na PFRON.

Przystępujący nie przedstawił zatem żadnych dowodów, które potwierdzają jego stanowisko. Zamawiający nie wyjaśnił jednoznacznie okoliczności, czy Przystępujący był uprawniony do wpisania stawki 0 zł na PFRON w formularzu ofertowym.

Ustalenie okoliczności, czy Przystępujący był uprawniony do wpisania stawki 0 zł na PFRON w formularzu ofertowym ma istotne znaczenie, gdyż podana w formularzu cenowym wartość składki na PFRON miała wpływać na obliczenie ceny w postępowaniu. Cena jest kryterium oceny ofert, a zatem prawdziwość składników składających się na cenę ma elementarne znaczenie dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby, konieczne jest jednoznaczne ustalenie przez Zamawiającego, czy Przystępujący był uprawniony do zastosowania stawki 0 zł jako składki na PFRON w obliczeniu ceny ofertowej.

Bez znaczenia pozostaje okoliczność, że Zamawiający nie żądał w treści SIWZ dokumentów na potwierdzenie prawidłowości zastosowanej stawki na PFRON. W sytuacji, gdy istnieją uzasadnione wątpliwości, czy wykonawca prawidłowo wpisał składkę 0 złotych jako składnik obliczenia ceny za realizację zamówienia, Zamawiający powinien tę kwestię wyjaśnić wraz z żądaniem przedstawienia odpowiednich dokumentów. Zamawiający nie może ignorować istniejących wątpliwości i wybrać Wykonawcę, co do którego istnieją wątpliwości, czy podlegał zwolnieniu z wpłaty na PFRON w lipcu 2020 roku. Wątpliwości te są uzasadnione, jak wskazano powyżej w świetle przedstawionej przez Odwołującego korespondencji e-mailowej, ujawniającej, że na fakturze wystawionej przez Przystępującego jego kontrahentowi, zostały wyszczególniane składki na PFRON, jak również w świetle okoliczności, że dopiero po złożeniu przez Odwołującego pierwszego odwołania (w którym również podnoszony był zarzut dotyczący braku podstawy do całkowitego zwolnienia z konieczności uiszczenia opłaty na PFRON w miesiącu lipcu 2020 roku), Przystępujący dokonał złożenia informacji do PFRON (informacji, która ma charakter deklaratoryjny – nie jest automatycznie weryfikowana przez system). Wątpliwości tych nie rozwiwały w żaden sposób złożone przez Przystępującego wyjaśnienia z 5 listopada 2020 roku. Zarówno ich treść, jak i dowody wraz z nimi przedstawione, nie stanowiły jednoznacznego wykazania podstawy zwolnienia Przystępującego z konieczności uiszczenia stawki na PFRON w miesiącu lipcu 2020 roku.

W niniejszym postępowaniu wyjaśnienie spornej okoliczności przez Zamawiającego jest tym bardziej zasadne, że jak wskazano powyżej, kryterium oceny ofert jest cena, która ma podstawowe znaczenie dla oceny ofert w postępowaniu i prawidłowości wyboru wykonawcy. Istniejące wątpliwości uprawniają Zamawiającego do żądania od Przystępującego zarówno wyjaśnień jak i dokumentów, które potwierdzą w sposób jednoznaczny, czy Przystępujący był uprawniony do zastosowania stawki 0 zł na PFRON w miesiącu lipcu 2020 roku (a tym samym wskazania tej stawki w obliczeniu ceny ofertowej). W sytuacji, gdyby Zamawiający nie dokonał takiego wyjaśnienia i nie żądał dokumentów, naruszyłby art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wynika to również z faktu, że (o czym powyżej) Zamawiający dokonywał czynności wyjaśnienia aż do uzyskania jednoznacznego potwierdzenia prawidłowości zastosowania stawki 0 złotych przez Wykonawcę FallWork sp. z o.o. Z nieznanych powodów Zamawiający zaniechał takiego wyjaśnienia w odniesieniu do oferty Przystępującego. W niniejszym postępowaniu, jak wskazano powyżej, istnieją uzasadnione wątpliwości, w szczególności w kontekście przedstawionej przez Odwołującego korespondencji e-mailowej z Rosti Poland sp. z o.o., w której potwierdzono specyfikację takich składek na fakturze. W tym miejscu należy zauważyć, że w oparciu o składki na PFRON wyspecyfikowane na fakturze innego Wykonawcy, Zamawiający ustalił, że

Wykonawca ten nie był uprawniony do zastosowania składki 0 zł na PFRON w kalkulacji ceny na formularzu ofertowym.

W oparciu o powyższe, Izba zadecydowała o nakazaniu Zamawiającemu wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień wraz z przedstawieniem dokumentów, które jednoznacznie potwierdzą, czy Przystępujący był uprawniony do zastosowania stawki 0 zł również z uwagi na okoliczność, że Przystępujący sam zadeklarował w postępowaniu odwoławczym chęć i możliwość złożenia takich dokumentów. Oczywistym jest, że wykonawca, który prawidłowo wycenił swoją ofertę, będzie zainteresowany wykazaniem prawidłowości swojego działania.

W tym miejscu należy wskazać, że Odwołujący w trakcie posiedzenia z udziałem stron i rozprawy przedstawił wniosek dowodowy, w którym wnosił o przeprowadzenie dowodu z akt prowadzonych przez organy podatkowe i/lub Zakład Ubezpieczeń Społecznych (dowodu realizowanego za pośrednictwem organów skarbowych) na potwierdzenie faktu, że wykonawca Przystępujący na dzień wszczęcia postępowania o zamówieni publiczne, którego dotyczy niniejszy spór odwoławczy, nie podlegał zwolnieniu z wpłat na PFRON, na podstawie art. 21 ust. 1 w zw. z art. 21 ust. 2 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 426, 568, 875). Zakres żądanych informacji powinien dotyczyć potwierdzenia, jaką ilość osób na lipiec 2020 roku zatrudniał ww. wykonawca i ile z tych osób miało statut osoby niepełnosprawnej, co pozwolić miało na obliczenie wskaźnika zatrudnienia, o którym mowa w art. 2 ww. ustawy, a tym samym byłoby podstawą stwierdzenia, czy wykonawca był zwolniony z wpłaty na PFRON. Przystępujący w trakcie rozprawy wskazał, że gdyby Odwołujący sformułował wcześniej ww. wniosek dowodowy, to Przystępujący mógłby przedstawić takie informacje z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Ta okoliczność w ocenie Izby potwierdza, że Przystępujący ma możliwość i wyraża gotowość przedstawienia dokumentów, które będą umożliwiały jednoznaczne wyjaśnienie spornej okoliczności. Takie stwierdzenie Przystępującego w trakcie rozprawy zaprzecza równocześnie wcześniejszym twierdzeniom Przystępującego, że Zamawiający może żądać tylko dokumentów wcześniej wskazanych w SIWZ.

Należy dodać, że wskazane dokumenty stanowić powinny jednoznaczne wyjaśnienie okoliczności spornej, której ustaleniem Przystępujący powinien być zainteresowany. Co więcej, dokumenty, które zostaną przedłożone przez Przystępującego, nie są dokumentami na potwierdzenie spełnienia warunków (czy to przedmiotowych, czy podmiotowych) w postępowaniu, a jedynie służyć będą wyjaśnieniu sporu.

Zgodnie z treścią sentencji wyroku Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę K. Spółka Jawna Staff Partners do złożenia wyjaśnień w przedmiocie: czy Wykonawca na dzień

wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tj. 03 lipca 2020 roku) miał podstawę do zwolnienia z opłacenia składki na PFRON (zastosowania składki 0 złotych) wraz z ustaleniem podstawy tego zwolnienia oraz wezwanie tego Wykonawcy do przedstawienia dokumentów, które będą stanowiły jednoznaczne potwierdzenie powyższych okoliczności. Ustalenie podstawy zwolnienia daje bowiem odpowiedź, czy Wykonawca był uprawniony do zwolnienia z konieczności opłacenia składki na PFRON.

Wyjaśnienie powinno zawierać konkretne informacje i zostać poparte konkretnymi dowodami, np. analizą stanu zatrudnienia (w miesiącu lipcu 2020 roku), z wyszczególnieniem pracowników niepełnosprawnych, umów o pracę zawartych z tymi niepełnosprawnymi osobami, wraz z przedstawieniem powodów obniżenia wysokości płaconej przez Przystępującego składki na PFRON do poziomu 0 zł za miesiąc lipiec 2020 roku (tj. np. orzeczenia właściwego organu).

Dokumentem potwierdzającym może być też przykładowo: dokumentacja składana do ZUS (na co wskazywał wniosek dowodowy Odwołującego i co deklarował złożyć Przystępujący) w postaci np. potwierdzenia objęcia ubezpieczeniami społecznymi pracowników Przystępującego (w tym będących pracownikami niepełnosprawnymi) wraz z przedstawieniem powodów obniżenia wysokości płaconej przez Przystępującego składki na PFRON do poziomu 0 zł za miesiąc lipiec 2020 roku (tj. np. orzeczenia właściwego organu).

Dokumenty, jakich będzie żądał Zamawiający (przykładowo wymienione powyżej), powinny pomóc w wyjaśnieniu zaistnienia podstawy do zastosowania przez Przystępującego stawki 0 zł na PFRON w miesiącu lipcu 2020 roku.

Przystępujący w treści pisma procesowego powoływał się na ciężar dowodu. Wskazywał, że to na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że Przystępujący nie był uprawniony do zastosowania stawki 0 zł w formularzu ofertowym.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że wyjaśnienia i dowody, które dotychczas przedstawiał Przystępujący, nie są wystarczające. Nie wykazują w żaden sposób, że Przystępujący był w miesiącu lipcu 2020 roku zwolniony z konieczności wpłaty składki na PFRON. Odwołujący przedstawił korespondencję mailową z Rosti Poland sp. z o.o., która to korespondencja, jak wskazano powyżej, ma istotne znaczenie w sprawie, bowiem wskazuje na stosowanie przez Przystępującego stawek na PFRON w spornym okresie. Wobec powyższego Odwołujący wykazał, że istnieją wątpliwości, które powinny zostać przez Zamawiającego wyjaśnione. Oznacza to, że Odwołujący podolał ciężarowi dowodu w zakresie postawionego zarzutu z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała zatem, że uwzględnieniu podlega zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pozostałe zarzuty, dotyczące naruszenia

art. 24 ust. 1 pkt 17, czy art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, należy uznać za przedwcześnie.

Izba oddaliła wniosek dowodowy przedstawiony przez Odwołującego, w którym Odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodu z akt prowadzonych przez organy podatkowe i/lub Zakład Ubezpieczeń Społecznych (dowodu realizowanego za pośrednictwem organów skarbowych) na potwierdzenie faktu, że wykonawca Przystępujący na dzień wszczęcia postępowania o zamówieni publiczne, którego dotyczy niniejszy spór odwoławczy, nie podlegał zwolnieniu z wpłat na PFRON, na podstawie art. 21 ust. 1 w zw. z art. 21 ust. 2 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 426, 568, 875).

Izba oddaliła powyższy wniosek z uwagi na okoliczność, że brak wyjaśnienia spornej okoliczności stanowi zarzut wobec Zamawiającego. Zadaniem Zamawiającego jest badanie i ocena ofert. Wyjaśnienie spornej okoliczności może nastąpić przy wykorzystaniu innych dowodów (na które wskazywał w treści odwołania Odwołujący, a także których chęć złożenia deklarował Przystępujący), które nie spowodują znacznego przedłużenia postępowania. Uwzględnienie wniosku dowodowego przedstawionego przez Odwołującego spowodowałoby znaczne przedłużenie postępowania.

Izba ustaliła, że Zamawiający w treści SIWZ sformułował warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej, zgodnie z którym Wykonawca biorący udział w postępowaniu miał wykazać, że:

1) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 2 usługi, z których każda:

- a) polegała na kierowaniu co najmniej 25 pracowników tymczasowych do wykonywania pracy pracodawców użytkowników,
- b) trwała lub trwa co najmniej 12 miesięcy,
- c) wartość każdej z wykonanych usług wynosiła co najmniej 1 000 000,00 zł brutto

(a w przypadku, jeżeli wartość usługi została w umowie wyrażona w walucie obcej - wyrażona w złotych równowartość tej kwoty wg średniego kursu NBP z dnia zawarcia umowy o świadczenie usług).

Przystępujący złożył wykaz usług, w którym powołał się na trzy zadania. Jedno z zadań realizowane było na rzecz PKP Cargotabor sp. z o.o. oraz dwa zadania wykonane na rzecz Rosti Poland sp. z o.o. (poz. 2 i 3 wykazu). Pierwsza z pozycji nie była kwestionowana przez Odwołującego. Co do kolejnych dwóch usług, Przystępujący złożył referencje z 23 i 26

listopada 2020 roku. W treści pierwszych referencji, przedstawiciel Rosti Poland sp. z o.o. potwierdził, że Przystępujący w okresie od 01/2018 do 03/2019 zrealizował na rzecz Rosti Poland sp. z o.o. usługę polegającą na świadczeniu pracy tymczasowej, nadzorowaną i prowadzoną przez zespół kadrowy K. Sp. j. Staff Partners. Do kompetencji zespołu realizującego projekt ze strony K. Sp. j. Staff Partners należał proces rekrutacji, obsługi kadrowo – płacowej oraz kierowania do pracy u Pracodawcy Użytkownika powyżej 25 osób zatrudnionych na umowę o pracę, usługa trwała powyżej 12 miesięcy. Wartość przekroczyła 1 000 000 zł brutto. Przedstawiciel potwierdził także, że usługa była zrealizowana należycie i bez zastrzeżeń.

Referencje o podobnej treści zostały wystawione 26 listopada 2020 roku, z tą różnicą, że wpisany został okres realizacji usługi: od 04/2019 do 07/2020.

Odwołujący zarzucił, że wedle jego stanu wiedzy, wskazane usługi nie były świadczone w ramach jednego kontraktu, lecz były wykonywane w ramach wielu różnych umów. Umowy te nie trwały łącznie 12 miesięcy, lecz były zawierane doraźnie na potrzeby prac sezonowych, a wartość jednej umowy nie opiewała na 1 000 000 zł, lecz wartość usługi była sumą poszczególnych umów. Wątpliwe jest zdaniem Odwołującego w tych okolicznościach oświadczenie złożone przez wystawcę listów referencyjnych, co Zamawiający powinien zweryfikować poprzez zwrócenie się do tego ostatniego z wnioskiem o wyjaśnienie.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący zwrócił się w korespondencji e-mailowej do wystawcy referencji. Wystawca referencji potwierdził ich wystawienie, potwierdził też daty realizacji usługi. Zatem w ocenie Izby, wobec uzyskania takiego potwierdzenia, zbędne jest dodatkowe zobowiązanie Zamawiającego do potwierdzenia oświadczenia zawartego w treści referencji.

Należy zauważyć, że w treści referencji potwierdzono wartość usługi (1 000 000 zł), a nadto okoliczność, że każda z usług trwała powyżej 12 miesięcy. Wystawca referencji potwierdził, że jest związany z Przystępującym umową trwającą nieprzerwanie od 2016 roku. W kontekście powyżej zacytowanego warunku udziału w postępowaniu, Przystępujący spełnił wymagania Zamawiającego.

Nawet gdyby Przystępujący był związany z Rosti Poland sp. z o.o. jedną umową, której wartość przekracza 1 000 000 złotych i która trwa nieprzerwanie od 2016 roku (a więc powyżej 12 miesięcy), a jej realizacja polega na kierowaniu co najmniej 25 pracowników tymczasowych do wykonywania pracy pracodawców użytkowników, to Odwołujący nie wykazał, aby nie można było zaliczyć tej umowy jako spełniającej przedstawiony powyżej warunek udziału w postępowaniu.

W konsekwencji zarzut naruszenia przez Zamawiającego art 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia

wyjaśnień w zakresie usług wykonanych na rzecz Rosti Poland sp. z o.o. podanych w wykazie usług, należy uznać za bezzasadny.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

.....