

Sygn. akt: KIO 283/20

WYROK
z dnia 25 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 lutego 2020 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12 lutego 2020 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Specjał Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 80/5, 00-175 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Rzeszowski, al. Rejtana 16C, 35-959 Rzeszów**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia **03.02.2020 r.** wyboru oferty najkorzystniejszej: **SOTER Sp. z o.o., ul. Obrońców Pokoju 29A, 36-100 Kolbuszowa**, jak i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty: **SOTER Sp. z o.o., ul. Obrońców Pokoju 29A, 36-100 Kolbuszowa** na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, z uwagi na potwierdzenie się zarzutu w tym zakresie. **W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża **Uniwersytet Rzeszowski, al. Rejtana 16C, 35-959 Rzeszów** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Specjał Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 80/5, 00-175 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Uniwersytetu Rzeszowskiego, al. Rejtana 16C, 35-959 Rzeszów** na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego Specjał Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 80/5, 00-175 Warszawa** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 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 Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Usługa dozoru obiektów oraz mienia Uniwersytetu Rzeszowskiego” o sygn.: ZP/UR/175/2019; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 04.10.2019 r. pod nr 2019/S 192-466494 przez: Uniwersytet Rzeszowski, al. Rejtana 16C, 35-959 Rzeszów zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 03.02.2020 r. (za pomocą <https://ur.zamawiajacy.pl>) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: SOTER Sp. z o.o., ul. Obrońców Pokoju 29A, 36-100 Kolbuszowa zwanego dalej: „SOTER Sp. z o.o.”. Na drugiej w rankingu złożonych ofert uplasował się: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Specjał Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 80/5, 00-175 Warszawa zwane dalej: „Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Specjał Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”.

W dniu 12.02.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Specjał Sp. z o.o. wniosło odwołanie na czynność z 03.02.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 11.02.2020 r. (e-mailem). Zarzucił:

- 1) Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp” poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SOTER Sp. z o.o., który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonego w Dziale VII ust. 1 pkt 2 ppkt a SIWZ;
- 2) Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 względnie 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SOTER Sp. z o.o., w sytuacji gdy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa względnie lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co miało wpływ na decyzję podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

3) Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 względnie 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SOTER Sp. z o.o., w sytuacji gdy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa względnie lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, w sytuacji gdy pomimo wezwania przez Zamawiającego SOTER Sp. z o.o. do przełożenia oryginału referencji z 19.12.2019 r. SOTER Sp. z o.o. przedłożył inny dokument niż złożony i potwierdzony za zgodność z oryginałem w toczącym się postępowaniu.

4) Naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 poprzez trzykrotne wzywianie SOTER Sp. z o.o. do złożenia kolejnych wyjaśnień w tym samym zakresie tj. w zakresie referencji oraz wykazu usług w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

5) Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SOTER Sp. z o.o., w sytuacji gdy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa względnie lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia kryterium wyboru oferty tj. zatrudnienia, co miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

6) Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, mimo braku wywiązania się przez wykonawcę SOTER Sp. z o.o. z obowiązku złożenia wyczerpujących wyjaśnień, popartych dowodami, na okoliczność braku stosowania przez tego wykonawcę rażąco niskiej ceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

7) Naruszenie art. 91 ust 1 i 2 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez błędne i niezgodne z treścią SIWZ dokonanie oceny oferty - naruszenie zasad oceny ofert poprzez przyznanie SOTER Sp. z o.o. zbyt dużej liczby punktów w kryterium Zatrudnienie.

8) Naruszenie art. 85 ust. 2 Pzp poprzez zwrócenie się tylko do jednego wykonawcy z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą co zaś doprowadziło nierównego traktowania wykonawców.

9) Naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp poprzez dopuszczenia do udziału w postępowaniu oferentów, których czas związania ofertą minął oraz oferentów, których wadia zostały zwrócone.

Powyższe skutkuje w szczególności naruszeniem art. 7 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosil o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty SOTER Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert, a w jej wyniku wykluczenie SOTER Sp. z o.o.
- 4) zasądzenie kosztów od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

W piśmie z 03.02.2020 r. będący zawiadomieniem o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający poinformował, iż w toku postępowania najkorzystniejszą ofertę złożyła firma Soter sp. z o.o. Zamawiający naruszył przepis ustawy. Naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówienia jak również w treści SIWZ wskazał jakie warunki musi spełniać Oferent aby wziąć udział w toczącym się postępowaniu. W Dziale VII ust. 2 pkt a) SIWZ Zamawiający wskazała, iż udział w postępowaniu mogą wziąć oferenci spełniający odpowiednie zdolności techniczne lub zawodowe. Zamawiając wskazał, iż uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie 3 lat przed terminem składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) zrealizował lub realizuje co najmniej 2 usługi, polegające na dozorcze obiektów oraz mienia trwające co najmniej 8 miesięcy o wartości zrealizowanej w tym okresie nie mniejszej niż 250 000,00 zł netto - każda (w przypadku gdy usługa jest wykonywana przez okres dłuższy niż 8 miesięcy, należy wykazać, że jej 8-miesięczna wartość wynosi co najmniej 250.000,00 zł netto, a także załączyć dowody, czy wykazane usługi zostały wykonane należycie {lub są wykonywane należycie w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych).

W dziale VIII ust. 4 pkt f) SIWZ Zamawiający wskazał, w jaki sposób należy udokumentować, iż oferent nie podlega wykluczeniu m.in. Oferent na wezwanie Zamawiającego zobowiązany był do przekazania wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, w raz z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okres owych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń

okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W dniu 12.12.2019 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą Zamawiający uznał ofertę firmy SOTER Sp. z o.o. Jak również Zamawiający wezwała SOTER Sp. z o.o. do przedłożenia odpowiednich dokumentów świadczących o braku wykluczenia. W dniu 17.12.2019 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu wniosek o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, w którym wskazano szereg uchybień i nieprawidłowości, które w opinii Odwołującego skutkowałyby unieważnieniem czynności. W pierwszej kolejności wskazano, iż załączone przez Soter sp. z o.o. referencje są przeterminowane i zgodnie z postanowieniami SIWZ nie mogą w sposób należyty dokumentować spełnienia przez Soter sp. z o.o. kryterium udziału w postępowaniu tj. iż posiada odpowiednie zdolności techniczne lub zawodowe. Ponadto wskazano iż zasadnym byłoby sprawdzenie podanej przez Oferenta ceny gdyż stawka za 1 roboczogodzinę w ofercie niższa była niż stawka minimalnego wynagrodzenia za pracę. Ponadto wskazano, iż z uwagi na fakt, że przedmiotem zamówienia są czynności związane z dozowaniem mienia, która to działalność jest działalnością koncesjonowaną, zasadnym było by uzyskanie przez Zamawiającego informacji, czy SOTER Sp. z o.o. posiada koncesję na prowadzenie takowej działalności.

Na skutek złożonego wezwania Zamawiający dokonał z własnej inicjatywy uchylenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwał SOTER Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów jak również do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. SOTER Sp. z o.o. na wezwanie odpowiedział przedłożyła dokumenty oraz wyjaśnienia. Na skutek czego Zamawiający w dniu 16.01.2020 r. dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty za którą uznano ofertę firmy SOTER Sp. z o.o. Odwołujący w dniu 24.01.2020 r. złożył odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzucając m.in. brak wykazania przez SOTER sp. z o.o. spełnienia kryteriów udziału w postępowaniu oraz rażąco nisko cenę. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu i unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 16.01.2020 r., wezwał ponownie SOTER Sp. z o.o. do przedłożenia dokumentów w tym do wglądu oryginał referencji z 19.12.2019 r. Zamawiający powtórzył czynności badania ofert i w dniu 03.02.2020 r. ponownie jako najkorzystniejszą wybrał ofertę SOTER Sp. z o.o.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonując czynności wyboru dopuścił się rażącego naruszenia ustawy prawo zamówień publicznych albowiem SOTER Sp. z o.o.

pomimo wezwań i wyjaśnień nie wykazał, iż nie podlega wykluczeniu. Wskazał na wyrok KIO z 02.11.2018r. sygn. akt: KIO 2061/18 wskazano że - Zamawiający nie może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy brak jest pewności co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Brak złożenia jednoznacznych wyjaśnień, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, nie może prowadzić do uznania, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nie można uznać, że zostały wyjaśnione wątpliwości zamawiającego, gdy wykonawca przedłożył takie same dokumenty jak te złożone w treści oferty.

Firma SOTER Sp. z o.o. wraz z ofertą przedłożyła zgodnie z wymaganiami SIWZ wykaz usług (załącznik nr 3) wykazując, iż świadczone są usługi na rzecz podmiotu Kirchhoff Automotive oraz były realizowane na rzecz PGE Dystrybucja S.A. Pomimo załączeniu takiego wykazu usług Firma SOTER sp. z o.o. nie przedłożyła żadnych dokumentów świadczących, potwierdzających fakt świadczenia na rzecz Kirchhoff Automotive usług ochrony osób i mienia począwszy od 2018 roku o wartości netto w roku 2018 502.002,08 zł. Wraz z ofertą zostały przedłożone zamawiającemu nieważne referencje wystawione w 05.03.2019 r. co więcej przedłożono referencję zupełnie innej spółki niż podanej w wykazie usług. Oferent bowiem przedłożył referencję Kirchhoff Polska Sp. z o.o., zaś w wykazie usług wykazano spółkę KIRCHHOFF Automotive GmbH z/s w Iserlohn.

Pomimo wezwania spółki SOTER Sp. z o.o. przez Zamawiającego do przedłożenia dokumentów, które potwierdzałyby spełnienie warunków udziału w postępowaniu, referencji czy też innego dowodu na okoliczności wykazane w wykazie usług spółka SOTER Sp. z o.o. takowych referencji nie przedłożyła. W SIWZ Zamawiający jednoznacznie określił, iż podstawowym dokumentem który wskazywać ma, iż oferent spełnia kryterium udziału w postępowaniu jest wykaz usług, a dopiero w następstwie złożenia wykazu usług należy przedłożyć odpowiednie dokumenty (referencje, oświadczenia etc.). Skoro w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów oferent SOTER Sp. z o.o. nie dokonał zmiany wykazu usług tym samym zobligowany był do przedłożenia referencji podmiotu na który powoływał się w wykazie usług tj. KIRCHHOFF Automotive. Brak przedłożenia w/w referencji skutkować winien odrzuceniem oferty SOTER Sp. z o.o. albowiem spółka ta nie spełniła kryteriów udziału postępowaniu.

W dniu 29.01.2020 r. Zamawiający wezwał SOTER Sp. z o.o. do przedłożenia oryginału referencji z 19.12.2019 r. albowiem te przedłożone budziły wątpliwości. W odpowiedzi na wezwanie SOTER sp. z o.o. nie przedłożyła oryginału referencji, a inny dokument referencji datowany na dzień 19.12.2019 r. Pomiędzy dokumentem przedłożonym

do wglądu przez SOTER Sp. z o.o., a kopią potwierdzoną za zgodność z oryginałem widoczne są ewidentne różnice m.in. dokument potwierdzony za zgodność z oryginałem wystawiony został na papierze firmowym SOTER Sp. z o.o., przedłożony oryginał do wglądu jest zupełnie innym dokumentem. Nie ma znaczenia przy tym jego merytoryka. W przypadku wezwania przez Zamawiającego oferenta do przedłożenia do wglądu oryginału lub poświadczonej notarialnie kopii nie może on przedłożyć innego dokumentu (choćby merytorycznie poprawnego) bezwzględnie zobowiązany jest do przedłożenia oryginału dokumentu, z którego sporządzona została kopia. Zgodnie z § 14 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej: Rozporządzenie) poświadczenie za zgodność z oryginałem następuje poprzez opatrzenie kopii dokumentu lub kopii oświadczenia, sporządzonych w postaci papierowej własnoręcznym podpisem. Powołał się na wyrok KIO z 06.05.2011 r., sygn. akt: KIO 869/11, gdzie jednoznacznie wskazano iż: Poświadczenie odpisu dokumentu *"za zgodność"*, stanowiąc oświadczenie wiedzy poświadczającego, tym samym przyjmuje on na siebie odpowiedzialność za kompletność dokumentu i dokładne odtworzenie treści oryginału. Kserokopię dokumentu można uznać za uwierzytelnioną jedynie wówczas gdy zawiera ona łącznie dwa niezbędne elementy, to jest adnotację *"poświadczam za zgodność z oryginałem"* oraz podpis osoby upoważnionej. Nieprawidłowo uwierzytelnione kserokopie dokumentów nie mogły stanowić podstawy do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia postępowania. Brak przedłożenia na wezwanie Zamawiającego oryginału dokumentu jest w ocenie Odwołującego, równoznaczne z nie złożeniem wymaganych dokumentów. Skoro SOTER Sp. z o.o. nie przedłożył oryginału dokumentu, na który się powoływał lecz inny dokument bezwzględnie winna zostać wykluczona z udziału w postępowaniu, a jej oferta odrzucona. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż to na skutek powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do prawdziwości przedłożonych przez SOTER Sp. z o.o. referencji Zamawiający zdecydowała się wezwać SOTER Sp. z o.o. do przedłożenia oryginału. Jak wyżej wskazano przedłożenie innego dokumentu, niż pierwotne referencje jednoznacznie przesądza o tym, iż zobowiązanie nałożone na SOTER Sp. z o.o. nie zostało przez spółkę wypełnione, a tym samym oferta w/w spółki winna zostać odrzucona. Działanie Zamawiającego w sposób jednoznaczny zmierza do obejścia prawa. Jak również jest działaniem mającym na celu wzywanie do skutku oferenta, aż w końcu przedłoży prawidłowy dokument. Ponowne wzywanie do uzupełnienia (oświadczeń, dokumentów itp.) prowadzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania

zamówień publicznych, zasad równego traktowani wykonawców i uczciwej konkurencji, przy czym dla stwierdzenia naruszenia nie ma znaczenia czy w danym postępowaniu stosuje się tzw. procedurę odwróconą.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. Jak wskazano za wyrokiem KIO z 15.02.2019 r. zasada jednokrotności wzywania do uzupełnienia dokumentów nie wynika wprost z przepisów Prawa zamówień publicznych. Jednak ponowne wezwanie - o ile poprzednie było jasne i precyzyjne - prowadzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy czym dla stwierdzenia naruszenia nie ma znaczenia, czy w danym postępowaniu stosuje się tzw. procedurę odwróconą. Zasada jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów ma przeciwdziałać wzywaniu "do skutku" wykonawcy. Zamawiający w niniejszej sprawie 3 krotnie wzywał Soter sp. z o.o. do przedłożenia dokumentów, które potwierdzać miały spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Już pierwsze wezwanie było jasne i precyzyjne. W orzecznictwie dopuszcza się możliwość powtórzenia czynności wezwania w trybie z art. 26 Pzp ale dotyczy to wyłącznie sytuacji, gdy pierwsze wezwanie było nieprawidłowe lub niekompletne. Skoro zatem firma SOTER Sp. z o.o. 18.12.2019 r. wezwana została do uzupełnienia dokumentów w odpowiedzi na to wezwanie winna dokonać ewentualnych poprawek i korekt. Ponowne braki skutkować winny wykluczeniem firmy SOTER Sp. z o.o. z udziału w toczącym się postępowaniu.

Ponadto w ocenie Odwołującego oferta firmy SOTER Sp. z o.o. winna być odrzucona albowiem została ona skalkulowana poniżej kosztów wytworzenia usługi co powodować będzie realizację kontraktu ze stratą. Realizacja zaś usług poniżej ich kosztów stanowi przejaw czynu nieuczciwej konkurencji tj. utrudniania dostępu do rynku.

Na skutek interwencji Odwołującego Zamawiający wezwała firmę Soter Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Firma SOTER Sp. z o.o. w odpowiedzi na przedstawiła swoje stanowisko, w którym wskazała, iż faktycznie doszło do niedoszacowania kontraktu w zakresie godzin nocnych. Następnie Soter sp. z o.o. próbował wytłumaczyć, iż pomimo niedoszacowania oferty w zasadzie nie ulegnie ona zmianie bo wdrożono rozwiązania oszczędnościowe. Przywołał w tym miejscu stanowisko KIO przedstawiane w wyroku z 13.11.2019 r., sygn. akt: KIO 2197/19: *„Wprawdzie w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp mowa jest tylko o obowiązku odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednakże regulację tę należy odczytywać łącznie z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z ostatnim z wymienionych przepisów*

zamawiający obowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy nie tylko w sytuacji, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz także w sytuacji, w której wykonawca nie udzielił wyjaśnień. Zgodnie natomiast z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej przesłanka braku wyjaśnień zostaje spełniona także w przypadku udzielenia przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień, w szczególności niekompletnych i zbyt ogólnych, nie pozwalających na dokonanie oceny oferty pod kątem tego czy nie zawiera rażąco niskiej ceny.”.

Za niewystarczające i nieprawdziwe uznać należy wyjaśnienia jakby SOTER Sp. o.o. nie będzie ponosić kosztów nadzoru, tj. że rzekomo koszt został określony ale w zasadzie Soter sp. o.o. nie będzie go ponosił. Faktem, bowiem jest, iż koszt taki został określony policzony lecz przez omyłkę niedoliczony do kalkulacji ceny, późniejsze tłumaczenie iż dokonano tego celowo jest nieprzekonującym argumentem. Podobnie nie można przyjąć za prawidłowe twierdzeń firmy SOTER sp. z o.o. iż udało się coś zaoszczędzić, albowiem dokumenty, które mają to potwierdzać pochodzą z okresu po złożeniu oferty. A tym samym nie były znane podczas tworzenia kalkulacji. Oferent wskazał m.in. na mniejszy niż zakładał koszt umundurowania, nie sposób nie zauważyć, że wyjaśnienia w tym zakresie są niekompletna i wskazuje, że czynione były tylko i wyłącznie na użytek toczącego się postępowania, jako dowód mniejszego kosztu umundurowania firma SOTER Sp. z o.o. przedłożyła ofertę firmy KIS, w której wskazano, że jest ofertą na zestaw umundurowania pracownika dozoru wg specyfikacji URZ. Wskazać w tym miejscu należy, że w SIWZ Zamawiający, (czyli URZ) nie zawarł żadnej specyfikacji umundurowania.

Ponadto Zamawiający w całości pominął okoliczności związane z ilością osób jaką wykonywane będzie zamówienie przyjętą w kalkulacji i wyjaśnieniach przez firmę Soter Sp. z o.o. Jak wynika z wyliczenia stawki godzinowej (Załącznik nr 1) do wyjaśnień SOTER Sp. z o.o. założył, iż zamówienie wykonywane będzie 55,5 etatami czyli 56 pracownikami. Jednym z kryteriów oceny oferty było doświadczenie tj. skierowanie do pracy pracowników z co najmniej 3 mc stażem. Firma Soter wskazała, iż zamówienie będzie wykonywane minimum 60 pracownikami z co najmniej 3 mc doświadczeniem za co otrzymała 20 pkt przy ocenie oferty. Tym samym błędne i nieprawdziwe są wyliczenia kosztu jednej godziny pracy. Do kalkulacji doliczyć należy co najmniej 4 etaty wszak SOTER Sp. z o.o. jednoznacznie wskazał, iż zamówienie będzie wykonywane min. 60 pracownikami. Tym samym $4 \text{ (pracowników)} * 2027,24 \text{ zł (koszt pracodawcy 1 pracownika po uwzględnieniu pomocy)} =$

8108,96 zł. Czyli 96 472,17 zł (łączy koszt wskazany w wyjaśnieniach załącznik nr 1) + 8108,96 zł (koszty brakujących etatów do 60) = 104581,13 zł / 9324 (średnia godzin mc) = 11,22 zł/ha pracy.

Wobec powyższego koszt jednej roboczo godziny przy uwzględnienie 60 etatów, kosztów nadzoru oraz pozostałych kosztów wskazanych w załączniku nr 3 wynosi 14,52 zł, a nie jak wskazuje Soter Sp. z o.o. 13,43 tym samym strata na realizacji przedmiotowego zamówienia poniesiona przez Soter Sp. z o.o. wyniesie $13,43 - 14,52 = -1,09 \text{ zł/h} * 9328 \text{ h/mc} = -10167,52 \text{ zł} \times 12 \text{ mc kontraktu} = 122.010,24 \text{ zł}$ straty na kontrakcie.

Ponadto doszło do naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez błędne i niezgodne z treścią SIWZ dokonanie oceny oferty - naruszenie zasad oceny ofert poprzez przyznanie SOTER Sp. z o.o. zbyt dużej liczby punktów w kryterium Zatrudnienie. Jak wyżej wskazano, przy wyjaśnieniach ceny związanej ze złożoną ofertą Soter Sp. z o.o. wskazał, iż usługa będzie świadczona przez 55,5 etatu co daje 56 pracowników. Jednym z kryteriów oceny oferty były kryterium zatrudnienia z wagą 20 pkt. W złożonej ofercie SOTER Sp. z o.o. oświadczył iż spełnia w/w kryterium gdyż skieruje do wykonania przedmiotu zamówienia co najmniej 60 osób ze stażem pracy na podobnym stanowisku min. 3 m-c. Tym samym uznać należy, iż złożone przez SOTER Sp. z o.o. oświadczenie był nieprawdziwe, a tym samym nie należało przyznać w/w spółce 20 pkt za to kryterium. Zdaniem Odwołującego takie działanie w sposób jednoznaczny wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia kryterium wyboru oferty tj. zatrudnienia co miało wpływ na decyzję podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Co więcej na gruncie niniejszego postępowania wystąpiła przesłanka jego unieważnienia, albowiem postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą polegającą na ustalenie jako jednego z kryteriów oceny oferty jednolitego umundurowania (waga 20 pkt). Użycie przez Zamawiającego przedmiotowego kryterium było wadliwe i pozorne. Jak wynika, bowiem z opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2) w pkt V wskazano Pracownicy kierowani do pracy w charakterze portierów muszą, być sprawni zarówno fizycznie jak i psychicznie, charakteryzujący się nienagannym i schludnym wyglądem, jednolicie umundurowani (...). Co więcej we wzorze umowy (załącznik nr 4) w § 5 ust. 3 jednoznacznie zawarto zapis, iż Za brak jednolitego stroju, Wykonawca zobowiązany jest Zapłacić Zamawiającemu za każdy stwierdzony przypadek karę umowną w wysokości 300 zł. Wobec powyższego warunek jednolitego umundurowania nie może stanowić kryterium oceny oferty. Nie mamy do czynienie z sytuacją, w której kryterium to może być

niespełnione. Niezapewnienie jednolitego umundurowania stanowiłoby naruszenie, tj. wykonanie umowy niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, jak również stanowi przesłankę do obciążenia wykonawcy karą umowną. Zgodnie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający unieważnia postępowania o udzielenia zamówienia jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 85 ust. 2 Pzp. Przepis ten jednoznacznie stanowi iż Wykonawca samodzielnie lub na wniosek mawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że Zamawiający może tylko raz co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. W tym stanie rzeczy działanie Zamawiającego polegające na zwróceniu się o przedłużenie związania ofertą tylko przez jednego oferenta, należy uznać za sprzeczne z Pzp. Przepisy bowiem nie pozwalają na zwrócenie się o przedłużenie związania ofertą przez Zamawiającego tylko i wyłącznie do wybranego (wybranych) oferentów. Jeśli Zamawiający zdecyduje się na skorzystanie z możliwości przedłużenia związania ofertą, winien bezwzględnie zwrócić się do wszystkich oferentów z tym zastrzeżeniem, iż w przypadku gdy wniosek o przedłużenie terminu związania ofertą składany jest po wyborze najkorzystniejszej oferty, obowiązek złożenia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy tylko wykonawcy którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. W tym stanie rzeczy wezwanie o przedłużenia terminu związania ofertą z 21.01.2020 r. skierowana przez Zamawiającego do firmy SOTER sp. z o.o. z pominięciem innych oferentów doprowadziło do naruszenia przepisów prawa, a tym samym do nierównego traktowania wykonawców. Wykonawca, któremu upłynął termin związania ofertą, jest pozbawiony prawa do wniesienia odwołania. W wyroku z 24.07.2017 r., sygn. akt: KIO 1395/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że skoro odwołujący nie pozostawał w związaniu ofertą i nie może skutecznie domagać się zawarcia umowy, to odpadła możliwość poniesienia przez niego szkody (brak możliwości wykazania nawet potencjalnej szkody na skutek naruszenia przepisów przez zamawiającego). W takim przypadku odwołanie, wobec którego nie zostały spełnione materialnoprawne przesłanki warunkujące jego wniesienie, podlega oddaleniu bez konieczności jego merytorycznego rozpoznania.

Dokonanie przez Zamawiającego wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą tylko jednego wykonawcy doprowadziło do naruszenia zasady określonej w art. 7 Pzp, w wyroku KIO 2097/17 Izba wskazała, jak podniósł Odwołujący, że: "(...) *na gruncie*

zamówień publicznych, nie jest dopuszczalna sytuacja; iv której w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty niektórzy Z wykonawców byłiby związani ofertą i ich oferta byłaby zabezpieczona wadium (tam gdzie jest to przewidziane), a niektórzy Z wykonawców nie byłiby związani ofertą i ich oferta nie byłaby zabezpieczona wadium. Oznaczałoby to, bowiem przyzwolenie na nierówne traktowanie wykonawców, a w konsekwencji naruszałoby podstawą zasadę zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 ZamPublU. Gdyby np. wybór dotyczył oferty, którą wykonawca nie jest związany i to od niego ostatecznie by zależało, czy taki wybór uwzględni i czy będzie chciał zawrzeć umowę, czy nie, przy czym ta druga możliwość, nie będzie się dla niego wiązała z utratą wadium, to taki wykonawca byłby w zdecydowanie korzystniejszej sytuacji, niż wykonawca, który jest związany ofertą." Podobnie Izba uznała w wyroku KIO 1395/17, KIO 1643/16 oraz KIO 776/13.

Jak wyżej wskazano art. 85 ust. 2 Pzp nie pozostawia żadnych wątpliwości Zamawiający ma obowiązek wezwać do przedłużenia związania ofertą wszystkich oferentów biorących udział w postępowaniu lub też odstąpić od wzywania. Nie może jednak dokonywać wybiórczo według własnego uznania wezwania poszczególnych oferentów. Takie działania jest działaniem niezgodnym z prawem zmierzającym do obejścia przepisów ustawy, a w konsekwencji prowadzącym do nierównego traktowania wykonawców.

W tych okolicznościach założenia i intencje Zamawiającego nie pozostawiają żadnych wątpliwości trzykrotne wzywanie firmy SOTER Sp. z o.o. do przedłożenia prawidłowych dokumentów, braku zastrzeżeń co do przedłożenie do wglądu innego nie oryginalnego dokumentu, w końcu wezwanie do przedłużenia oferty tylko i wyłącznie firmy SOTER Sp. z o.o. co spowodować miała brak możliwości odwołania się od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez innych oferentów, którzy z przyczyn formalnych nie będąc związania oferta nie mogliby tego uczynić, odczytać można tylko i wyłącznie jako faworyzowanie w/w oferenta.

Ponadto zgodnie ze stanowiskiem UZP w przypadku gdy termin związania ofertą minie a oferenci nie przedłużyli tego terminu czy to z własnej inicjatywy czy też na wezwanie zamawiającego, jest przejawem rezygnacji wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W myśl art. 66 § 2 Kc, jeżeli oferent nie oznaczył w ofercie terminu, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, oferta złożona w obecności drugiej strony albo za pomocą środka bezpośredniego porozumiewania się na odległość przestaje wiązać, gdy nie zostanie przyjęta niezwłocznie, zaś oferta złożona w inny sposób przestaje wiązać z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia. Z przytoczonych przepisów wynika,

że Kodeks cywilny przewiduje związanie oferenta treścią złożonej oferty. Związanie jest zatem koniecznym elementem konstrukcyjnym oferty jako instytucji prawa cywilnego. Stanowi to jeden z najważniejszych skutków prawnych oferty i oznacza obowiązek pozostawania w gotowości do zawarcia zaproponowanej umowy. Natomiast bezskuteczny upływ terminu związania ofertą przed jej przyjęciem jest równoznaczny z końcem bytu oferty jako takiej. Tym samym upływ terminu związania ofertą sprawia, że nie można już mówić o istnieniu tej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Obecnie w przypadku upływu terminu związania ofertą przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp przewiduje odrzucenie oferty. Przepis ten odsyła do przepisu art. 85 ust. 2 Pzp, który wyraźnie stanowi, że wykonawca może tak na wniosek zamawiającego jak i samodzielnie przedłużyć termin związania ofertą. Nieprzedłużenie tego terminu w obu przypadkach jest równoznaczne z rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy też, używając terminologii ustawy, niewyrażeniem przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Dokonanie przez Zamawiającego wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą tylko jednego wykonawcy doprowadziło do naruszenia zasady określonej w art. 7 Pzp.

Zamawiający w dniu 11.02.2020 r. (za pomocą [https://ur.zamawiajacy/pl](https://ur.zamawiajacy.pl)) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenia przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 24.02.2020 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddała w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu. Przed ustosunkowaniem się do zarzutów Odwołującego się, chciałbym podkreślić, iż Zamawiający dokonując dwukrotnie czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ślad za nimi dwukrotnej oceny i badania ofert podjął decyzje kasacyjne działając w ramach samokontroli mając na względzie wyrok KIO z 22.08.2011 r., sygn. akt: KIO 1689/11, w którym Izba dopuściła możliwość, a nawet obowiązek autoweryfikacji przez Zamawiającego swoich działań w zakresie czynności badania i oceny ofert. Jednocześnie Zamawiający miał na uwadze także wyrok KIO o sygn. akt: KIO 2685/10 i KIO 2686/10, w którym Izba stwierdza, że Zamawiającemu przysługuje prawo do podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych czynności w toku postępowania, o ile Zamawiający uzna, iż podjęte uprzednio czynności mogą być obarczone wadą. Jeżeli po dokonaniu czynności

polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający dojdzie do wniosku, że w toku badania i oceny ofert popełnił błąd mogący mieć wpływ na wynik postępowania, w takiej sytuacji w ocenie Izby, Zamawiający ma prawo (i obowiązek) czynność badania i oceny ofert powtórzyć. Choć brak w Prawie zamówień publicznych wyraźnej podstawy do dokonania przez Zamawiającego „autopoprawki” wcześniej dokonanej czynności, konieczność jej dokonania można wywieść z innych przepisów. Gdyby zaakceptować pogląd przeciwny, prowadziłoby do podpisania umowy z wykonawcą, co do którego istnieje wątpliwość czy złożył ofertę najkorzystniejszą (a w konsekwencji umowa mogłaby być uznana za nieważną). Tymczasem jeśli Zamawiający powziął wątpliwość co do słuszności dotychczasowego wyboru oferty najkorzystniejszej, może swoje działanie poprawić (a więc wadę usunąć), powtarzając czynność badania i oceny ofert (KIO 1689/11).

Zarzut 1 - Odwołującego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy SOTER, który według Odwołującego nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w Dziale VII ust. 1 pkt 2 ppkt a SIWZ, w ocenie Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający nie zgadza się z argumentacją Odwołującego, że SOTER pomimo wezwań Zamawiającego do złożenia dokumentów i wyjaśnień nie potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W wykazie usług, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, SOTER wykazał się realizacją 2 usług polegających na dozorcze obiektów oraz mienia trwających co najmniej 8 miesięcy o wartości nie mniejszej niż 250 000,00 zł netto, aczkolwiek pojawiła się wątpliwość Odwołującego w zakresie Zleceniodawcy na rzecz którego jedna z usług była realizowana. W związku z powyższym, Zamawiający w wezwaniu z 29.01.2020 r. w celu rozwiania wątpliwości i jednoznacznego potwierdzenia, że oferta Wykonawcy SOTER spełnia warunki udziału w postępowaniu w związku z zaistniałymi rozbieżnościami, polegającymi na wskazaniu w wykazie usług jako zleceniodawcy usługi - firmy Kirchhoff Automotive, wbrew treści referencji, z których wynikało że przedmiotową usługę świadczy firma Kirchhoff Polska Sp. z o.o., zwrócił się m.in. o przesłanie wykazu usług, zawierającego nazwę faktycznego Zleceniodawcy, na rzecz którego usługa jest realizowana. W odpowiedzi SOTER przesłał nowy wykaz usług, w którym wskazał Zleceniodawcę Kirchhoff Polska Sp. z o.o., jako faktycznego zleceniodawcę usługi, co potwierdzają referencje. W ocenie Zamawiającego uzupełniony wykaz usług wraz z referencjami potwierdzają spełnianie przez SOTER warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Odnosnie zarzutu 1 i 3. Nie zgodził się z nimi – co do zarzutu Odwołującego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 względnie 17 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia, w sytuacji gdy według oceny Odwołującego wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej oraz pomimo wezwania zamawiającego do przedłożenia oryginału referencji z 19.12.2019 r., przedłożył inny dokument niż złożony i potwierdzony za zgodność z oryginałem w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający analizując ofertę Wykonawcy SOTER nie odniósł wrażenia, że został wprowadzony w sposób celowy lub niecelowy w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. W ocenie Zamawiającego SOTER nie wprowadził w błąd Zamawiającego, gdyż miał świadomość tego, że wykazane przez niego doświadczenie potwierdza w rzeczywistości spełnienie postawionego przez Zamawiającego w SIWZ warunku. Wskazanie w wykazie usług zleceniodawcy firmy „Kirchhoff Automotive” według Zamawiającego nie było wprowadzeniem w błąd, a bezrefleksyjnym wpisaniem przez osobę przygotowującą ofertę w kolumnie wykazu - dotyczącej zleceniodawcy - nazwy tego podmiotu będącego „spółką matką” zrzeszającą wiele „spółek córek” na całym świecie. Jeśli wprowadzi się do wyszukiwarki internetowej hasło „Kirchhoff Automotive”, wyświetla się strona internetowa w języku polskim: <http://www.kirchhoff-automotive.com.pl>. W informacjach na temat tego podmiotu gospodarczego możemy wyczytać, że „Kirchhoff Automotive” jest największym podmiotem posiadającym 30 zakładów produkcyjnych w 11 krajach. Podmiot ten ma m.in. oddział w Polsce, a jest to Kirchhoff Polska Sp. z o.o. w Mielcu. Osoba wypełniająca wykaz usług mogła zasugerować się również logo „Kirchhoff Automotive” stosowanym przez „spółki córki” w dokumentach firmowych, a figurującym również w lewym górnym rogu na dokumencie „przeteterminowanych” referencji z 05.03.2019 r., złożonym przez SOTER na wezwanie Zamawiającego. Odwołujący stawia zarzut Zamawiającemu uznania za właściwe przedłożenie przez SOTER innego dokumentu referencji do wglądu niż złożony i potwierdzony za zgodność z oryginałem z 19.12.2019 r., podkreślając, że „pomiędzy dokumentem przedłożonym przez SOTER Sp. z o.o., a kopią potwierdzoną za zgodność z oryginałem są ewidentne różnice m.in. dokument potwierdzony za zgodność z oryginałem wystawiony został na papierze firmowym SOTER Sp. z o.o., a przedłożony oryginał jest zupełnie innym dokumentem” Zamawiający mając na względzie zarzut podniesiony w tym zakresie w poprzednio złożonym odwołaniu, w celu rozwiania wszelkich wątpliwości na

podstawie § 15 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wezwał w dniu 27.01.2020 r. SOTER do przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii przedmiotowych referencji. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dnia 30.01.2020 r. SOTER przedłożył wymagany dokument. Wykonawca złożył wyjaśnienie, że praktykuje składanie dokumentów na firmowym papierze, dlatego przygotowując odpowiedź dla Zamawiającego na wezwanie z 18.12.2019 r. chcąc zachować strukturę tego dokumentu, zeskanował przedmiotową referencję, a następnie wkleił ją we wzór pisma firmowego z logo firmy SOTER Sp. z o.o. oraz stopką firmową. Tak przygotowany dokument Wykonawca potwierdził za zgodność z oryginałem, podpisał kwalifikowanym certyfikowanym podpisem i przekazał Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie. Według Wykonawcy komplet: małe logo „SOTER” u góry po lewej stronie oraz stopka firmowa na dole każdej strony, stanowią nierozzerwalną część wszystkich dokumentów firmowych SOTER Sp. z o.o. Czynność „ologowania” dokumentów według opinii Zamawiającego stanowi częstą praktykę promocyjną występującą u niektórych podmiotów funkcjonujących w obrocie gospodarczym. Abstrahując od kwestii „ologowania” przedmiotowych referencji, według Zamawiającego dokument oryginału referencji, udostępniony do wglądu i skan tego dokumentu uzupełniony przez SOTER na wezwanie Zamawiającego z 18.12.2019 r. są tożsame pod względem merytorycznym i typograficznym. Ponadto podpis wraz pieczętką osoby podpisanej na wystawionym dokumencie również nie budzą wątpliwości Zamawiającego. Przywołał wyrok Izby z 19.09.2016, sygn. akt: KIO 1633/16. W ocenie Zamawiającego SOTER nie przedstawił nieprawdziwych informacji, które mają wpływ na wynik postępowania i skutkowałyby wykluczeniem tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 z przedmiotowego postępowania. W związku z powyższym Zamawiający traktuje przedmiotowe zarzuty Odwołującego jako bezzasadne.

Odnosnie zarzutu 4. Zarzut Odwołującego naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez rzekome trzykrotne w ocenie Odwołującego wzywianie przez Zamawiającego Wykonawcy SOTER do złożenia kolejnych wyjaśnień w tym samym zakresie tj. w zakresie referencji oraz wykazu usług w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający zgodnie z treścią Działu VIII ust. 1 SIWZ, korzystając z tzw. „procedury odwróconej”, wezwał na podstawie art. 26 ust 1 Pzp Wykonawcę SOTER do złożenia różnych dokumentów i oświadczeń, m.in. wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane. Po dokonaniu analizy oferty SOTER wraz z przedłożonymi oświadczeniami i dokumentami, Zamawiający w dniu 12.12.2019 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. W związku ze złożeniem dnia 17.12.2019 r. przez Odwołującego wniosku o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, w którym zarzucono Zamawiającemu m.in. uwzględnienie „przeterminowanych” referencji wystawionych przez firmę Kirchhoff Polska Sp. z o.o., Zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty i na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w dniu 18.12.2019 r. wezwał SOTER do przekazania aktualnych dowodów określających czy te usługi są wykonywane należycie.

Następnie, w związku z odwołaniem z 24.01.2020 r. i podniesionym w nim zarzutem dotyczącym wątpliwości co do zleceniodawcy, na rzecz którego przedmiotowa usługa miała być realizowana Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp (co już Zamawiający wyjaśniał w odpowiedzi na zarzut 2 i 3 zwrócił się do SOTER m.in. o przesłanie Wykazu usług zawierającego nazwę faktycznego Zleceniodawcy, na rzecz którego usługa jest realizowana. Zamawiający nie zgadza się z zarzutem Odwołującego, że zmierza do obejścia prawa „poprzez wzywanie do skutku oferenta” naruszając zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający pragnie podkreślić, że w toku prowadzonego postępowania sprawdzał dokumenty i oświadczenia, w tym wykaz usług oraz referencje, potwierdzające ich należyte wykonanie, żeby rozwiązać wszelkie wątpliwości czy oferta SOTER spełnia wymagania SIWZ. W tym celu skorzystał z instrumentów jakie przewiduje ustawa Prawo Zamówień Publicznych m.in. art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 4 Pzp. Zamawiający nie naruszył utrwalonej w Prawie zamówień publicznych zasady „jednokrotności wzywania do uzupełnienia dokumentów w odniesieniu do tego samego dokumentu”, gdyż tylko jeden raz wezwał SOTER na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp o przekazanie aktualnych referencji, natomiast później w związku z wątpliwościami w kwestii zleceniodawcy, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał tego wykonawcę o wyjaśnienie wykazu usług. Zamawiający nadmienia, że w odniesieniu jeszcze do art. 7 Pzp nie doszło do jego naruszenia i zwraca uwagę, że zarzut ten nie jest w odwołaniu uzasadniony. Odwołujący zarzuca, że czynności Zamawiającego godzą w zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nie wskazuje jednak na czym to naruszenie miałoby polegać. Zasada uczciwej konkurencji oznacza przede wszystkim zakaz ograniczania konkurencji w postępowaniu przez zawężenie kręgu wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu nie doszło do zawężenia kręgu wykonawców, co więcej nie podnosi tego sam

Odwołujący. Odwołujący nie wskazuje na czym miałyby polegać naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Zasada ta oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania ulg i przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Odwołujący nie przytoczył żadnych okoliczności, które mogłyby stanowić naruszenie jednej ze wskazanych powyżej zasad. Zamawiający pragnie zwrócić uwagę, że Odwołujący stawiając zarzut nr 4 tj. naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp, nie udowodnił okoliczności opisanych w przywołanym artykule 87 ust. 1, a skoncentrował się na nie przekonującej próbie uprawdopodobnienia naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 26 ust. 3 Pzp.

Odnosnie zarzutu 5 i 7. Nie zgodził się z zarzutami Odwołującego dotyczącymi naruszenia: 1. art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia SOTER, w sytuacji gdy według oceny Odwołującego wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia kryterium wyboru oferty tj. zatrudnienia, oraz 2. art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp, poprzez błędne i niezgodne z treścią SIWZ dokonanie oceny oferty — naruszenie zasad oceny ofert poprzez przyznanie SOTER zbyt dużej ilości punktów w kryterium „Zatrudnienie”, które w ocenie Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie. Zamawiający podkreślił, że jednym z kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z Działem XIII ust. 3 pkt 2) SIWZ jest kryterium „Zatrudnienie” o wadze 20%. Zgodnie z postanowieniem SIWZ wykonawca, który w formularzu ofertowym, zadeklarował największą liczbę pracowników do realizacji przedmiotowego zamówienia o stażu pracy min. 3-miesiący na stanowisku portiera-pracownika dozoru, uzyskiwał maksymalną ilość 20 pkt. Wykonawca mógł maksymalnie wskazać 60 osób. Wskazanie więcej niż 60 osób nie było punktowane. Tymczasem, Odwołujący usiłuje udowodnić wprowadzenie Zamawiającego w błąd przez SOTER przy przedstawieniu informacji, aby uzyskać maksymalną liczbę punktów. Odwołujący mylnie utożsamia pojęcia: „ilości pracowników”, którą mogli wykonawcy składający oferty zadeklarować w formularzu ofertowym z „liczbą etatów”. Odwołujący powinien mieć świadomość tego, że liczba zatrudnionych nie musi się równać liczbie etatów gdyż pracownicy mogą być zatrudnieni w różnym wymiarze etatu w zależności od polityki kadrowej pracodawcy i jego uregulowań wewnętrznych. Zamawiający nie narzucił wykonawcom wymogu zatrudnienia pracowników w wymiarze 60 etatów, tą kwestię pozostawił w gestii wykonawców. Zamawiający zgodnie z wymogiem SIWZ nie wymagał

podania w formularzu ofertowym liczby etatów, a liczbę pracowników skierowanych do realizacji zamówienia. SOTER w formularzu ofertowym zadeklarował do realizacji przedmiotu zamówienia 60 pracowników o stażu pracy min. 3-miesięcznym na stanowisku portiera-pracownika dozoru i w konsekwencji uzyskał maksymalną liczbę 20 pkt. Ponadto w dalszej części uzasadnienia do przedmiotowych zarzutów Odwołujący podnosi, że *„na gruncie niniejszego postępowania wystąpiła przesłanka jego unieważnienia, albowiem postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą polegającą na ustaleniu jako jednego z kryteriów jednolitego umundurowania”*, co według oceny Odwołującego *„było wadliwe i pozorne”* gdyż zauważył, że wymóg jednolitego umundurowania zawarty był w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym zał. nr 2 do SIWZ. Wobec powyższego w ocenie Odwołującego warunek jednolitego umundurowania nie może stanowić kryterium oceny ofert. Tymczasem, jeśli Odwołujący dołożyłby więcej staranności dokonując analizy dokumentów przetargowych zauważyłby, że w dniu 24.10.2019 r. Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ, zgodnie z którą z Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do SIWZ) wykreślił wymóg posiadania przez pracowników *„jednolitego umundurowania”*. Zmiana powyższa prowadzi do sytuacji, że zarzut Odwołującego stał się bezprzedmiotowy.

Odnośnie zarzutu 6. Zarzut Odwołującego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SOTER, zawierającej w ocenie Odwołującego rażąco niską cenę i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji według Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 12.12.2019 r. nie widział podstaw do badania oferty SOTER pod kątem ewentualnie rażąco niskiej ceny, zaoferowanej przez tego wykonawcę. U podstaw takiej decyzji Zamawiającego leżał brak spełnienia przesłanek ustawowych wynikających z dyspozycji art. 90 ust. 1 Pzp. W ocenie Zamawiającego zaoferowana przez SOTER cena, nie wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Ponadto cena zaoferowana przez SOTER nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, jak również średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający pragnie zwrócić uwagę, że zarówno wartość szacunkowa zamówienia powiększona o vat, jak również zaoferowane przez SOTER i Odwołującego ceny są wartościami zbliżonymi. Mianowicie, wartość szacunkowa zamówienia powiększona o vat wynosi: 1 931 790,17 zł brutto; cena zaoferowana przez

20

SOTER wynosi: 1 849 109,15 zł brutto; zaś cena Odwołującego wynosi: 1 919 328,48 zł brutto. Jednocześnie Zamawiający pragnie podkreślić, co nie jest bez znaczenia w przedmiotowej sytuacji, że cena za realizację zamówienia ma charakter ceny ryczałtowej i to wykonawca ponosi ryzyko skalkulowania wynagrodzenia na swoją niekorzyść. Mając na uwadze złożone przez Odwołującego w dniu 17.12.2019 r. pismo o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający pismem z 18.12.2019 r., w celu przede wszystkim sprawdzenia czy SOTER korzysta z pomocy publicznej, zwrócił się do tego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, dotyczących elementów składowych ceny. W odpowiedzi na wezwanie SOTER przekazał Zamawiającemu bardzo szczegółowe wyjaśnienia w dniu 20.12.2019 r. Jednakże w związku z tym, że powstały wątpliwości w zakresie należytego oszacowania godzin nocnych oraz tzw. „Kadry kierowniczej”, Zamawiający pismem z 10.01.2020 r. zwrócił się ponownie do SOTER o wyjaśnienie przedmiotowych kwestii. Zamawiający w dniu 14.01.2020 r. uzyskał bardzo szczegółowe wyjaśnienia. Dokonując analizy przedmiotowych wyjaśnień w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny, Zamawiający stwierdził, że zostały one opracowane w sposób kompletny, bardzo szczegółowy, pozwalający na dokonanie oceny oferty pod kątem tego czy oferta SOTER nie zawiera rażąco niskiej ceny. SOTER w przedmiotowych wyjaśnieniach wycenił również takie pozycje, do których nie był zobligowany i których nie przewidywał Opis przedmiotu zamówienia, stanowiący zał. nr 2 do SIWZ. SOTER przede wszystkim wykazał to co najbardziej interesowało Zamawiającego, że jako podmiot uczestniczący w obrocie gospodarczym korzysta z pomocy publicznej w postaci dotacji z PFRON oraz realizacja przedmiotowego zamówienia przyniesie zysk wykonawcy. Jednocześnie, Zamawiający pragnie ustosunkować się do zarzutu podniesionego przez Odwołującego w dalszej części odwołania czyli rzekomej błędnej kalkulacji SOTER w zakresie obliczenia kosztów pracowników, a mianowicie konieczności jak podnosi Odwołujący wyliczenia kosztów 60 pracowników wbrew temu co skalkulował SOTER w wyjaśnieniach z uwzględnieniem ilości 55.5 etatów. W tej sytuacji Zamawiający powtórzy stanowisko jakie w tym zakresie wyraził w odpowiedzi na zarzut nr 5 i 6, że Odwołujący mylnie utożsamia pojęcia: „ilości pracowników”, którą mogli wykonawcy składający oferty zadeklarować w formularzu ofertowym z „liczbą etatów”. Odwołujący powinien mieć świadomość tego, że liczba zatrudnionych nie musi się równać liczbie etatów gdyż pracownicy mogą być zatrudnieni w różnym wymiarze etatu w zależności od polityki kadrowej pracodawcy i jego uregulowań wewnętrznych. Zamawiający nie narzucił wykonawcom wymogu zatrudnienia pracowników w wymiarze 60 etatów, lecz kształtowanie wymiaru zatrudnienia pozostawił w gestii wykonawców.

Oдноśnie zarzutu 8 i 9. Zarzuty Odwołującego, dotyczące naruszenia art. 85 ust. 2 Pzp, poprzez zwrócenie się tylko do jednego wykonawcy z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą, co w ocenie Odwołującego doprowadziło do nierównego traktowania wykonawców oraz art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu oferentów, których czas związania minął oraz oferentów, których wadia zostały zwrócone, w ocenie Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie. Zamawiający, kierując się jedną z zasad prawa zamówień publicznych głoszącą, że „*termin związania ofertą można przedłużyć z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium*”, na podstawie art. 85 ust. 2 Pzp w zw. z art. 85 ust. 4 Pzp oraz art. 184 Pzp, pismem z 21.01.2020 r. zwrócił się do Wykonawcy SOTER z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium. Zamawiający zwrócił się jedynie do Wykonawcy SOTER w związku z tym, że miało to miejsce po wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający nie miał zamiaru pomijać innych wykonawców, tak jak podnosi Odwołujący, a zwrócenie się do jednego wykonawcy wynikało z przyjętej przez Zamawiającego interpretacji dyspozycji wyżej wymienionych przepisów. Zamawiający nie zgadza się z opinią Odwołującego, że zwrócenie się do wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza o przedłużenie terminu związania ofertą spowodowała brak możliwości odwołania się innych wykonawców. Zgodnie z aktualnym orzecznictwem, wykonawcy mają prawo (legitymację) do złożenia skutecznego odwołania mimo upływu terminu związania ofertą. Wskazał na wyrok KIO 20.08.2019 r., sygn. akt KIO 1518/19.

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

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez

Zamawiającego w formie elektronicznej. W tym zakresie, Izba zaliczyła w szczególności wybór oferty najkorzystniejszej z 12.12.2019 r., unieważnienie wyboru z 12.12.2019 r. pismem z 18.12.2019 r., wybór oferty najkorzystniejszej z 16.01.2020 r., unieważnienie wyboru z 16.01.2020 r. pismem z 29.01.2020 r., wybór oferty najkorzystniejszej z 03.02.2020 r.; ofertę Soter Sp. z o.o., JEDZ Soter Sp. z o.o., wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp z 03.12.2019 r., referencje z 05.03.2019 r. na rzecz Kirchhoff Polska Sp. z o.o., wezwanie z 18.12.2019 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wyjaśnienia Soter Sp. z o.o. z 20.12.2019 r. oraz nowa referencja z 19.12.2019 r. – kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem, wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z 29.01.2020 r., wyjaśnienia Soter Sp. z o.o. z 30.01.2020 r., nowy wykaz usług z 30.01.2020 r. oraz kopie złożonego Zamawiającemu oryginał referencji z 19.12.2019 r.; wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp z 18.12.2019 r. do Soter Sp. z o.o., wyjaśnienia z 20.12.2019 r. z załącznikami nr 1, 2, 3, 4, 5 i 6, wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp z 10.01.2020 r., wyjaśnienia z 14.01.2020 r. wraz z załącznikami nr 1, 2, 3, 4, 5 i 6 oraz dwie faktury; wezwanie w trybie art. 85 ust. 2 Pzp z 21.02.2020 r. do Soter Sp. z o.o., przedłużenie Soter Sp. z o.o. z 24.01.2020 r., przedłużenie przez Odwołującego terminu związania oferta i ważności wadium z 29.01.2020 r. oraz z 03.02.2020 r.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczył także złożone przez Zamawiającego na rozprawie na wniosek przewodniczącego składu orzekającego:

- 1) wydruk skanu pierwotnego wykazu usług Soter Sp. z o.o. z 04.12.2019 r.;
- 2) kopie pisma aktualnego Odwołującego do Zamawiającego z 17.12.2019 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, odpowiedź na odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SOTER Sp. z o.o., który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonego w Dziale VII ust. 1 pkt 2 ppkt a SIWZ;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 względnie 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SOTER Sp. z o.o., w sytuacji gdy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub

rażącego niedbalstwa względnie lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co miało wpływ na decyzję podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

3) art. 24 ust. 1 pkt 16 względnie 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SOTER Sp. z o.o., w sytuacji gdy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa względnie lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, w sytuacji gdy pomimo wezwania przez Zamawiającego SOTER Sp. z o.o. do przełożenia oryginału referencji z 19.12.2019 r. SOTER Sp. z o.o. przedłożył inny dokument niż złożony i potwierdzony za zgodność z oryginałem w toczącym się postępowaniu.

4) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 poprzez trzykrotne wzywianie SOTER Sp. z o.o. do złożenia kolejnych wyjaśnień w tym samym zakresie tj. w zakresie referencji oraz wykazu usług w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

5) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SOTER Sp. z o.o., w sytuacji gdy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa względnie lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia kryterium wyboru oferty tj. zatrudnienia, co miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

6) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, mimo braku wywiązania się przez wykonawcę SOTER Sp. z o.o. z obowiązku złożenia wyczerpujących wyjaśnień, popartych dowodami, na okoliczność braku stosowania przez tego wykonawcę rażąco niskiej ceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

7) art. 91 ust 1 i 2 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez błędne i niezgodne z treścią SIWZ dokonanie oceny oferty - naruszenie zasad oceny ofert poprzez przyznanie SOTER Sp. z o.o. zbyt dużej liczby punktów w kryterium Zatrudnienie.

8) art. 85 ust. 2 Pzp poprzez zwrócenie się tylko do jednego wykonawcy z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą co zaś doprowadziło nierównego traktowania wykonawców.

9) art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp poprzez dopuszczenia do udziału w postępowaniu oferentów, których czas związania ofertą minął oraz oferentów, których wadia zostały zwrócone.

Dodatkowy zarzut z treści uzasadnienia odwołania:

Zarzut zaniechania przez Zamawiającego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, albowiem postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą polegającą na ustaleniu jako jednego z kryteriów oceny oferty jednolitego umundurowania (waga 20 pkt).

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie przytoczonych obszernie na wstępie. Następnie okoliczności wynikające z wezwań Zamawiającego i wyjaśnień i oświadczeń złożonych przez Soter Sp. z o.o. Uznając zarazem że spór nie dotyczy stanu faktycznego, ale oceny zaistniałych okoliczności w sprawie. Z tych względów, Izba odniesie się do dalszych kwestii w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu 1, 2 i 3, Izba uznała, że podlegają one oddaleniu.

Analiza zaistniałego stanu faktycznego nie daje żadnych podstaw do zanegowania prawidłowego sposobu potwierdzania przez Soter Sp. z o.o. spełniania warunku udziału określonego w Dz. VII ust.1 pkt 2 ppkt a SIWZ. Należy przychylić się do argumentacji Zamawiającego, że uchybienia w pierwotnym wykazie usług z 04.12.2019 r. w zestawieniu z referencją z 05.03.2019 r. do poz. 1 wykazu usług nie mają znamion wskazanych w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. W rezultacie Zamawiający mógł wezwać Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do ich usunięcia w ramach wezwania z 18.12.2019 r. Kwestia, która zaistniała w zakresie nowego wykazu (przedstawionego po wezwaniu z 29.01.2020 r.), a zwłaszcza spornej referencji złożonej w wyniku uzupełnienia (na wezwanie z 18.12.2019 r.). Należy uznać za dostatecznie wyjaśnioną.

Izba przeanalizowała treść kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem referencji z 19.12.2019 r. oraz dostarczonego w dniu 30.01.2020 r. przez Soter Sp. z o.o. oryginału (dostarczonego w trybie z § 15 Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zwanego dalej: „Rozporządzeniem”). W konsekwencji nie podzielając

argumentacji Odwołującego z odwołania oraz rozprawy, złożono ten sam dokument, który nie został przekształcony w zakresie jego treści, rozmieszczenia poszczególnych akapitów, czy też podpisu. W rezultacie należy uznać przedłożony Zamawiającemu dokument za oryginał względem przedstawionej wcześniej kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem mimo zaistniałych okoliczności wskazanych przez Odwołującego i opisanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu 4, Izba uznała, że podlega on oddaleniu. W tym zakresie Zamawiający wezwał pierwotnie Soter Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp (w dniu 03.12.2019 r.), a następnie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (w dniu 18.12.2019 r.), a na końcu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp oraz § 15 Rozporządzenia (w dniu 29.01.2020 r.). Abstrahując od odmiennych trybów tych wezwań, Izba zwraca uwagę, iż wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dotyczyło tylko referencji z pierwszej pozycji wykazu. Wezwanie więc w trybie art. 26 ust. 4 Pzp odnośnie samego wykazu usług było de facto pierwszym wezwaniem o uzupełnieniu co do wykazu usług (tryb z § 15 Rozporządzenia ma inny charakter). W rezultacie analizując same czynności faktyczne Zamawiającego nie można twierdzić, że miało miejsce naruszenia zasady jednokrotności w zakresie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż wezwania z 18.12.2019 r. oraz 29.01.2020 r.) które miały miejsce ze strony Zamawiającego były w innym zakresie, dotyczyły innych dokumentów. Jednocześnie, Izba wskazuje, że wezwania w trybie art. 87 ust. 1 Pzp nie są obostrzone zasada jednokrotności, można w tym trybie wzywać do skutku, a jedynie tryb wynikający z art. 26 ust. 3 Pzp. Z uwagi na okoliczności wskazane powyżej, zarzut jest z gruntu chybiony.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu 5 i 7, Izba uznała, że podlegają one oddaleniu. W tym zakresie, należy stwierdzić, że brak jest podstaw do uznania, że Wykonawca dokonując wyceny na 55,5 etaty faktycznie zatrudni 56 pracowników, a nie 60, jak zadeklarował w formularzu ofertowym. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, ani nie wykazał zasadności swoich twierdzeń. Argumenty Odwołującego z odwołania (przedstawione wyliczenia) to założenia, które musiałyby zostać udowodnione, pewne okoliczności przywołane przez Odwołującego o charakterze pośrednim, mogą ale nie muszą świadczyć, o tym że Odwołujący ma racje, gdyż możliwe jest zatrudnienie 1 pracownika na 0,5 etatu lub nawet na 1/10 etatu. Podobnie kwestia de facto nie wliczenia 3 Kierowników Grup Usługowych i 1

Dyrektora Regionu może, ale nie musi świadczyć o okolicznościach wskazanych na wstępie. Izba nie neguje argumentacji Odwołującego, ale postępowanie przed Izbą ma charakter kontradiktoryjny, Odwołujący za wyjątkiem określonych założeń nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Izba wskazuje za wyrokiem KIO z 20.01.2020 r., sygn. akt: KIO 2469/19, KIO 2473/19: *„Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradiktoryjny, a brak przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska skutkuje nieuwzględnieniem zarzutu, który nie został udowodniony. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w spr. o sygn. akt: V Ca 571/08, kontradiktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził SO w Katowicach w wyroku o sygn. XIX Ga 92/08, iż: "w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to Odwołującego". Oznacza to zatem tyle, że każda ze stron prezentujących odmienne stanowiska procesowe obowiązana jest wskazywać dowody na poparcie swoich twierdzeń. W myśl art. 190 ust. 1 Pzp to strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Izba może, ale nie musi dopuszczać dowodów niewskazanych przez strony, zaś dopuszczenie dowodu z urzędu należy traktować jako wyjątek od zasady kontradiktoryjności.”.*

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu 6, Izba uznała, że podlega on uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej ma charakter obligatoryjny tylko w sytuacjach wynikających z przepisu. W pozostałym zakresie takie wezwanie ma charakter fakultatywny. W tych okolicznościach faktycznych Zamawiający dokonał wezwania de facto na pisemny wniosek obecnego Odwołującego z 17.12.2019 r. Zamawiający wcale nie usił przychylić się do owego wniosku. Jeśli jednak wystosował stosowne wezwanie, należy uznać, że go zaakceptował i przyjął, że zaistniały podstawy do podejrzenia zaferowania ceny rażąco niskiej. Jednocześnie Soter Sp. z o.o. jeśli uznałaby, że wniosek jest bezzasadny winna odmówić składnia jakichkolwiek wyjaśnień i złożyć odwołanie na takie wezwanie. Skoro takie wyjaśnienia, de facto dwukrotnie złożyła (mimo odmiennej podstawy prawnej obu wezwań),

to oznacza, że zgodziła się na nie. Wszelkie argumenty że wyjaśnienia złożono z takich, czy też innych względów np. z ostrożności procesowej są bez znaczenia. Jeżeli bowiem Wykonawca poddał się weryfikacji zaofiarowanej ceny i złożył dwukrotnie wyjaśnienia w zakresie ceny rażąco niskiej (o czym świadczy ich treść oraz załączniki do obu wyjaśnień), to oznacza, że był świadomy wszelkich konsekwencji z tym związanych.

W następnej kolejności podnosząc, że Izba uwzględniła zarzut, gdyż uznała, że udzielone wyjaśnienia były niewystarczające, wewnętrznie sprzeczne i budziły liczne wątpliwości, co skutkuje de facto uznaniem, że nie zostały one w sposób rzetelny złożone. Należy zanegować twierdzenia Soter Sp. z o.o., z tzw. „Ad. 1” (wyjaśnienia z 14.01.2020 r. na wezwanie z 10.01.2020 r.) w kontekście „pkt. 2.1” (wyjaśnień z 20.12.2019 r. na wezwanie z 18.12.2019 r.). W ich ramach Wykonawca próbował wyjaśniać, brak ujęcia w wycenie – tj. załączniku nr 3 w wierszu 5 /kosztów nadzoru bezpośredniego i kontroli doraźnej/. Wyjaśniając przy czym, że zał. nr 4 takie koszty ukazuje, gdyby było konieczne skierowanie dodatkowego zespołu (3 kierowników + 1 dyrektor). Dotyczy tych załączników tak przy wyjaśnieniach z 18.12.2019 r., jak i 14.01.2020 r. Nadto, stwierdzając, że ich koszt nie został ujęty, gdyż Wykonawca dysponuje tym zespołem, pracującym, czy też wykonującym swoje obowiązki na terenie Rzeszowa oraz Kolbuszowa – Werynia. Takie stanowisko jest błędne i nie do przyjęcia, bo albo taki zespół będzie pracował albo nie, jeśli będzie pracował jego koszty podlegają wycenie i nie można wyceny kosztów w tym zakresie sprowadzać w sposób absurdalny do „dwóch kresek”. Jeżeli ma miejsce rozłożenie kosztów między kilka kontraktów winno zostać to udokumentowane, nigdy jednak nie będzie tak, że realizacja zadania przez te osoby nie będzie generować żadnych kosztów.

Następnie, Izba podkreśla, że zapoznała się z de facto drugimi wyjaśnieniami z 14.01.2020 r. i załącznikami do nich. W tym kontekście konieczne jest stwierdzenie, że możliwość składowania dodatkowych wyjaśnień nie może się sprowadzać do przebudowywania pierwotnych wyliczeń i zupełnej zmiany argumentacji i cen określonych składników, takich jak umundurowanie i sprzęt telefoniczny (w zał. nr 2). Nie można zapominać bowiem, że nie chodzi oto, czy można uzyskać dodatkowe oszczędności ex post, ale złożenie wyjaśnień ceny rażąco niskiej w oparciu o kalkulację, która była podstawą zaofiarowania takiej, a nie innej ceny. Nie można dostosowywać argumentacji i kalkulacji dowolnie do zaistniałych potrzeb i okoliczności, zmieniając wszystko bezrefleksyjnie (zał. nr 1, 2, 5 i 6), bo takie było de facto działanie Soter Sp. z o.o. Takie działanie pozbawiają bowiem wyjaśnienia Soter Sp. z o.o. wiarygodności.

Izba w tym kontekście oraz szerszym co do kilkakrotnego wzywania do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej wskazuje za wyrokiem KIO 29.10.2018 r., sygn. akt: KIO 2127/18: „Wymaga (...) podkreślenia za wyrokiem KIO z 06.08.2015 r., sygn. akt: KIO 140/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15, że co do zasady: "(...) Nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)". Z tym zastrzeżeniem, co jest istotne w tym stanie faktycznym - za wyrokiem KIO z 25.04. 2014 r., sygn. akt: KIO 725/14, że: "(...) prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy". Podobne stanowisko Izba wyraziła w wyroku KIO z 31.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1733/17." W przedstawionych wyjaśnieniach brak jest - kosztów ochrony oraz ubezpieczenia, jak i jakichkolwiek dowodów zwłaszcza co do wynagrodzenia ekspertów (mimo, że Przystępujący przyznał /okoliczność przyznana na rozprawie - art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp), że nie było w tym zakresie żadnych przeszkód). Ponowne wezwanie nie mogłoby prowadzić do zmiany pierwotnych wyjaśnień, ich przebudowywania i przedkładania dowodów, które nie zostały pierwotnie przedstawione (jeśli nie było żadnych przeszkód w tym zakresie, a pierwotne wezwanie wprost wzywało do ich złożenia). W konsekwencji, w przedmiotowym stanie faktycznym takie ponowne wezwanie nie jest dopuszczalne.”

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu 8 i 9, Izba uznała, że podlegają one oddaleniu.

Izba zgadza się z Odwołującym, że działania Zamawiającego są obarczone zbyt wąską interpretacją istniejących przepisów. Nie podzielając, w konsekwencji, stanowiska Zamawiającego w tym zakresie. Jednakże, z uwagi na fakt, że Odwołujący skutecznie przedłużył termin związania ofertą oraz ważności wadium z własnej inicjatywy zaistniałe naruszenie nie miało wpływu na wynik, co skutkuje oddaleniem zarzutu, jako takiego (Odwołujący przedłużył termin związania ofertą oraz ważności wadium - po raz pierwszy pismem z 29.01.2020 r., po raz drugi pismem z 03.02.2020 r.).

Izba uznała także, że nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający wezwał do przedłużenia termin składania ofert wszystkich uczestników postępowania przed wyborem

oferty najkorzystniejszej, co byłoby z korzyścią dla toczącego się postępowania. Niewątpliwie Odwołujący miał także legitymacje do składnia środków ochrony prawie, chociażby z uwagi na zaistniałe okoliczności. Nadto, z uwagi na okoliczności wskazane w wyroku KIO z 11.02.2019 r., sygn. akt: KIO 105/19, w wyroku KIO z 17.05.2019 r., KIO 805/19, wyroku KIO z 20.08.2019 r. sygn. akt KIO 1518/19, w wyroku z 02.09.2019 r. sygn. akt: KIO 1594/19, czy też wyroku KIO z 16.09.2019 r., sygn. akt: KIO 1685/19.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu, który nie znajdował się w petitum odwołania, ale w sposób wyraźny i czytelny w jego treści, tj. naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, Izba uznała, że podlega on oddaleniu. Po pierwsze, aby zaistniała nieusuwalna wada, musiałby to być kwestia, warunek, kryterium niemożliwego do spełnienia, po drugie musiałoby zaistnieć naruszenie równego traktowania. Skoro, jak przyznał Odwołujący na rozprawie z przepisów ustawy o ochronie osób i mienia wynika wymóg umundurowania de facto wszyscy muszą go spełniać, zarzut jest bezzasadny i nie narusza równego traktowania. Kwestia naliczania kar umownych, także nie zmienia stanowiska Izby w tym zakresie, gdyż brak takiego umundurowania może być efektem zdarzeń losowych i takie obostrzenia są uzasadnione. Na koniec Izba podkreśla, że w dużej mierze zarzut porusza kwestie związane z postanowieniami SIWZ, które są spóźnione na tym etapie postępowania. Zarzut, zaś został rozpoznany z uwagi na odniesienie do kwestii unieważnienia, co jednak nie zostało potwierdzone.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie w zakresie kosztów, Izba nie dzieliła kosztów albowiem dodatkowo względem tego co przedstawiono poniżej podkreśla, że uwzględnienie jednego zarzutu, będzie skutkowało odrzuceniem ofert Soter Sp. z o.o., czyli zmiana czynności z 03.02.2020 r.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a oraz § 5 ust. 4 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.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Jednocześnie, Izba informacyjnie wskazuje, że do uznania wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów

wynagrodzenia pełnomocnika, według norm przepisanych konieczne jest przedłożenie do akt sprawy rachunku będącego podstawą zaliczenia m.in. wynagrodzenia pełnomocnika do kosztów postępowania (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....