Sygn. akt: KIO 2648/22

WYROK

z dnia 19 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel System sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Facility Services sp. z o.o. we Wrocławiu, Hospital Service sp. z o.o. we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Zespolony im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Naprzód Hospital sp. z o.o. w Łodzi, Naprzód Service sp. z o.o. w Łodzi, Naprzód Marketing sp. z o.o. w Łodzi, IZAN + sp. z o.o. w Krakowie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia częściowo odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 1 i pakietu nr 2, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie tych pakietów, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Naprzód Hospital sp. z o.o. w Łodzi, Naprzód Service sp. z o.o. w Łodzi, Naprzód Marketing sp. z o.o. w Łodzi, IZAN + sp. z o.o. w Krakowie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu;

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Zespolony im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie w części % oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel System sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Facility

Services sp. z o.o. we Wrocławiu, Hospital Service sp. z o.o. we Wrocławiu w

części % i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel System sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Facility Services sp. z o.o. we Wrocławiu, Hospital Service sp. z o.o. we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. dr. Romana

Ostrzyckiego w Koninie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel System sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Facility Services sp. z o.o. we Wrocławiu, Hospital Service sp. z o.o. we Wrocławiu kwotę 9.715 zł 00 gr (słownie: dziewięciu tysięcy siedmiuset piętnastu złotych zero groszy).

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2648/22

U z a s a d n i e n i e

Wojewódzki Szpital Zespolony im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie, zwany dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem są „kompleksowe usługi w zakresie sprzątania i dezynfekcji pomieszczeń Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie.".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 maja 2022 r., nr 2022/S 100-277302.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 7 października 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Impel System Sp. z o.o. - we Wrocławiu, Impel Facility Services Sp. z o.o. we Wrocławiu, Hospital Service Sp. z o.o. we Wrocławiu, zwani dalej „odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 i art. 126 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty przystępującego

polegającą na bezpodstawnym przyznaniu ww. ofercie po 20 punktów w pozacenowych kryteriach:

- Certyfikat ISO 9001 oraz
- Certyfikat ISO 45001

pomimo, że z treści złożonej przez przystępującego oferty wynika, że na dzień złożenia oferty zasoby tj. certyfikaty oceniane w ww. kryteriach pozacenowych nie będą wykorzystywane w trakcie realizacji zamówienia w sposób rzeczywisty i faktyczny.

Zgodnie z oświadczeniem przystępującego złożonym w ofercie na podstawie art. 117 ustawy Pzp - na dzień złożenia oferty:

a) uczestnicy konsorcjum posiadający certyfikaty oceniane w ww. kryterium nie zostali wskazani jako podmioty wykonujące jakiekolwiek czynności przy realizacji zamówienia,

b) uczestnik konsorcjum przypisany do czynności określonych jako „usługa polegająca na kompleksowym utrzymaniu czystości i dezynfekcji" nie wykazał w ofercie żadnego,

ocenianego w ramach kryterium pozacenowego certyfikatu.

Oferta przystępującego w zakresie obu zadań została przez zamawiającego błędnie oceniona jako najkorzystniejsza, a po wezwaniu przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych zamawiający ostatecznie dokonał błędnego wyboru złożonej przez przystępującego oferty w zakresie obu zadaniach.

2. art. 128 ust. 1 i art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wezwanie wybranego wykonawcy do poprawienia i uzupełnienia oświadczenia z art. 117 ust 4 ustawy Pzp (załącznik nr 10 do SWZ).

Przedmiotowe oświadczenie przystępującego złożone w terminie składania ofert było formalno-prawnie prawne, tj. było kompletne i nie zawierało błędów. Nie wystąpiły wobec

niego przesłanki z art. 128 ust 1 do - odpowiednio - jego poprawienia lub uzupełnienia, jak i na podstawie art. 223 ust 1 do konieczności wyjaśnienia jego treści.

Oświadczenie to stanowi treść oferty i w myśl przepisów ustawy PZP nie podlega uzupełnieniu.

Na skutek ww. wezwania przystępujący uzupełnił ofertę o nowe, dodatkowe informacje o sposobie realizacji zamówienia, tj. o informacje dot. czynności realizowanych w ramach zamówienia przez innych uczestników konsorcjum, którzy wskazali w ofercie certyfikaty oceniane w kryterium pozacenowym. Informacje te nie powinny były być wzięte pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie oferty przystępującego, ponieważ stanowiły niedopuszczalną zmianę treści oferty.

3. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do wyjaśnienia

sposobu kalkulacji ceny ofertowej, mimo, że cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę:

a) nie pokrywa kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, a tym bardziej dodatkowych elementów cenotwórczych oraz

b) nosi znamiona rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia i

c) budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia,

4. art. 239 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej

sprzecznie z przepisami ustawy Pzp;

5. art. 239 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy Pzp przez

a) nieprawidłowy wybór jako najkorzystniejszej oferty, która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny i nie powinna zostać oceniona jako najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu oraz

b) zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej swej oferty, która jest ofertą ważną,

niepodlegającą odrzuceniu i zawierającą najkorzystniejszy bilans oceny kryteriów ustalonych w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu bez uwzględniania uzupełnionego przez przystępującego oświadczenia z art. 117 (załącznik 10 do SWZ złożonego po terminie składania ofert);

3) przyznania ofercie przystępującego zera (0) punktów w kryteriach pozacenowych;

4) wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny ofertowej tj.

wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp;

5) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;

6) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny oferty przystępującego w zakresie oceny spełnienia kryteriów pozacenowych odwołujący przywołał opis pozacenowych kryteriów oceny ofert znajdujący się w zmodyfikowanej SWZ. Odwołujący wskazał, że wybrane w niniejszym postępowaniu konsorcjum Naprzód złożyło ofertę w składzie: Naprzód Hospital Sp. z o.o., Naprzód Service Sp. z o.o., Naprzód Marketing Sp. z o o.o. oraz Izan+ Sp. z o.o.

Konsorcjum Naprzód przedstawiło Zamawiającemu w treści oferty i w terminie złożenia ofert oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy na

podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp (zał. nr 10 do SWZ). Zdaniem odwołującego, z treści tego oświadczenia wynika, że usługa polegająca na kompleksowym utrzymaniu czystości i dezynfekcji zostanie wykonane przez spółkę Naprzód Marketing sp. z o.o. W oświadczeniu tym przystępujący wskazał, że:

• Spółka Naprzód Marketing Sp. z o.o. zrealizuje usługi polegające na kompleksowym utrzymaniu czystości i dezynfekcji, które odpowiadają pełnemu zakresowi zadań objętych zamówieniem,

• Pozostali uczestnicy konsorcjum zrealizują inne zadania, które nie zostały jednak ujawnione w ww. wykazie, są nieznane i nie muszą polegać na realizacji zadań i czynności stanowiących essentialia negotti świadczeń wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia.

• Wybrany wykonawca nie zakwalifikował ww. innych czynności jako usług wymagających ujęcia w ww. wykazie.

Odwołujący podniósł, że przystępujący ujął w niniejszym dokumencie pełen zakres zamówienia i przypisał go do jednej spółki - oświadczenie jest kompletne i nie zawiera błędów. Oświadczenie nie zawiera żadnej innej informacji czy zastrzeżenia o planowanym podziale zadań i czynności w ramach konsorcjum. Używając zwrotu „nie dotyczy” w odniesieniu do pozostałych członków konsorcjum wykonawca jasno zadeklarował, że nie będą oni uczestniczyli w faktycznej realizacji czynności wchodzących w zakres zamówienia.

Następnie odwołujący podniósł, że Naprzód Marketing sp. z o.o. - dedykowana do realizacji całości zadań wchodzących w zakres zamówienia - nie dysponuje żadnym certyfikatem ISO, ocenianym w ramach obu kryteriów pozacenowych. Odwołujący wskazał, że kryterium jakościowe w postaci dysponowania określonymi certyfikatami zarządzania jakością wydawanymi przez jednostki akredytowane ma bezpośredni związek ze sposobem realizacji usługi i ma zagwarantować zamawiającemu stosowanie pewnych z góry oczekiwanych standardów i procesów mających na celu zapewnienie wysokiej jakości świadczonych usług. Odwołujący wskazał, że kryterium jakościowe nie może być oceniane w oderwaniu od treści oferty oraz stopnia jego faktycznego wypełnienia przez wykonawcę.

Odwołujący podniósł, że zamawiający - ustalając pozacenowe kryterium jakościowe w zakresie certyfikacji systemów zarządzania - oczekuje określonego sposobu organizowania przedsiębiorstwa oraz jego wydajności, bo ma to bezpośredni wpływ na poziom świadczenia usług. Deklaracja realizacji pełnego zakresu przedmiotowego zamówienia przez spółkę z konsorcjum, która nie wykazała certyfikatów jakościowych ocenianych w ramach jakościowego kryterium pozacenowego powinna zostać oceniona w sposób zupełnie odmienny niż dokonał tego zamawiający, tj. poprzez przyznanie takiej ofercie 0 (słownie: zero) punktów w każdym z kryteriów jakościowych.

Okoliczność, że zamawiający jedynie w opisie kryteriów jakościowych posłużył się sformułowaniem: Potwierdzenie posiadania certyfikatu lub brak certyfikatu nie zwalnia w żadnym wypadku zamawiającego z obowiązku weryfikacji poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Odwołujący argumentował, że art. 240 ust. 2 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek weryfikacji i badania poziomu zaoferowanej usługi, w związku z czym „posiadanie” certyfikatu lub jego brak nie może być oceniane wyłącznie w warstwie formalnej (tj. okazał/nie okazał dokumentu), ale musi być zweryfikowane pod względem celu któremu służy tj. czy zaoferowane świadczenie (usługa) posiada cechy i właściwości, które potwierdza certyfikat. Odwołujący podniósł, że nieuwzględnianie przez zamawiającego takiej roli kryteriów jakościowych oznacza, że zamawiającemu dopuszcza nierealne i fikcyjne założenia w zakresie faktycznej realizacji usługi, co jest niezgodne z treścią przywołanego art. 240 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał także, że celem oświadczenia z art. 117 ustawy Pzp jest weryfikacja przez zamawiającego zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia pod kątem podmiotowych warunków udziału w postępowaniu oraz - w przypadku, gdy zapewnienie wysokiej jakości usługi zależne jest od bezpośredniego udziału podmiotu legitymującego się konkretnym zasobem, dającym gwarancję tej jakości i dodatkowo określonym w kryteriach oceny ofert - zdolności tego wykonawcy do realizacji zamówienia w zakładany przez zamawiającego sposób, gwarantujący mu wysoką jakość usługi.

Odwołujący argumentował, że jeżeli certyfikat dotyczy sposobu i procesu realizacji usługi - a ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu - to sprawdzenie pod względem wykorzystywania przez wykonawcę potwierdzonych w certyfikacie umiejętności, zasobów i procesów w realizacji zamówienia wymaga odpowiedzi na pytanie, czy to właśnie podmiot posiadający certyfikat wykonuje w postępowaniu czynności, które zostały poddane

certyfikacji.

Odwołujący podniósł, że skoro przystępujący w oświadczeniu z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp nie wskazał, aby którykolwiek z jego uczestników posiadających certyfikat realizował usługi w ramach zamówienia, to tym samym ww. sprawdzenie powinno skutkować negatywną weryfikacją i przypisaniem ofercie ww. wykonawcy 0 (słownie: zero) punktów w obu kryteriach dotyczących certyfikatów. Wskazana do realizacji spółka Naprzód Marketing sp. z o.o. nie zapewnia jakości określonej ww. certyfikatami, gdyż nie wykazała w postępowaniu ich posiadania. Według odwołującego fakt ewentualnego wsparcia spółki wskazanej do realizacji zamówienia przez innego, posiadającego certyfikat uczestnika konsorcjum, który nie bierze jednak udziału w faktycznym wykonywaniu żadnych zadań w ramach zamówienia jest niewystarczający. Nie realizuje to w żaden sposób celu, jaki stawia Zamawiający żądając określonych certyfikatów w kryteriach pozacenowych, a celem tym jest zapewnienie realizacji zamówienia na najwyższym poziomie.

Odwołujący wskazał, że usługa zaoferowana przez wybranego wykonawcę zakładanych cech jakościowych nie spełnia, gdyż - zgodnie z oświadczeniem przystępującego - nie będzie realizowana przez podmiot legitymujący się wymaganymi certyfikatami. Potencjał i właściwości, na które powołuje się wybrany wykonawcy są więc pozorne, gdyż nie zostaną wykorzystane w realizacji zamówienia i z tego powodu nie powinny zostać punktowane w ocenie ofert. W związku z powyższym zamawiający błędnie ocenił ofertę konsorcjum Naprzód jako najkorzystniejszą przyznając jej łącznie maksymalną ilość punktów w kryteriach pozacenowych.

Odwołujący wskazał, że wątpliwości co do zaoferowanych przez wykonawcę właściwości stanowiących dodatkowo punktowany przedmiot oceny ofert powinny być zatem rozstrzygane na niekorzyść wykonawcy, bowiem zrównywanie oferty wątpliwej z ofertą pozbawioną takich wątpliwości jest niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania. Odwołujący podniósł, że gdyby zamawiający ocenił ofertę przystępującego w sposób prawidłowy z uwzględnieniem wszystkich aspektów prawnych, o których mowa powyżej - jego oferta przedstawiałaby bilans najkorzystniejszy a oferta przystępującego najmniej korzystny ze wszystkich złożonych ofert, plasując się na ostatniej - trzeciej - pozycji w rankingu ofert.

W zakresie zarzutu dotyczącego bezpodstawnego wezwania Wykonawcy wybranego w ww. postępowaniu do poprawienia i uzupełniania elementu oferty, stanowiącego treść oferty i niepodlegającemu uzupełnieniu na podstawie ustawy Pzp odwołujący wskazał, że przystępujący w terminie złożenia ofert przedstawił zamawiającemu w ofercie oświadczenie, na podstawie którego zamawiający powziął informację, że pełny zakres realizacji zamówienia przypisany został do spółki w ramach konsorcjum, która nie wykazała posiadania żadnego, ocenianego w kryterium jakościowym certyfikatu systemy zarzadzania jakością.

Odwołujący podkreślał, że ww. oświadczenie w warstwie formalno-prawnej było pełne i nie budziło żadnych wątpliwości, przez co nie wystąpiły przesłanki z art. 128 ust. 1 do - odpowiednio - jego poprawienia lub uzupełnienia, jak i na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp do konieczności wyjaśnienia jego treści. Pomimo tego zamawiający bezpodstawnie wezwał przystępującego do poprawienia lub uzupełnienia informacji poprzez wskazanie w pierwszej tabeli, w jakim zakresie usługi będą realizowane przez pozostałych członków konsorcjum, tj. Izan+ Sp. z o.o., Naprzód Service Sp. z o.o., Naprzód Hospital Sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że na skutek ww. wezwania przystępujący uzupełnił ofertę o nowe, dodatkowe informacje o sposobie realizacji zamówienia, tj. o informacje dot. czynności realizowanych w ramach zamówienia przez innych uczestników konsorcjum, którzy wskazali w ofercie certyfikaty oceniane w kryterium pozacenowym. W ocenie odwołującego informacje te nie powinny były być wzięte pod uwagę przez zamawiającego przy ocenie oferty przystępującego, ponieważ stanowiły niedopuszczalną zmianę treści oferty.

Odwołujący wywiódł, że oświadczenie załączane do ofert na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp stanowi element treści oferty, która zgodnie z przepisami ustawy Pzp nie podlega uzupełnieniu. Dokument ten nie został zakwalifikowany w przepisach ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych jako stricte podmiotowy środek dowodowy co oznacza, że istotna zmiana jego treści jako zmiana treści oferty jest zakazana. Zakaz ten dotyczy także zmiany dokonywanej w drodze wyjaśnień lub uzupełnień na podst. art. 128 ustawy Pzp.

Odwołujący wywiódł, że okoliczność, że ww. oświadczenie nie zawiera informacji o usługach realizowanych przez innych niż Naprzód Marketing Sp. z o.o. uczestników konsorcjum nie stanowi podstawy i przesłanki do wystąpienia z ww. wezwaniem do uzupełnienia. Wybrany wykonawca wpisał bowiem, że ww. oświadczenie „nie dotyczy" pozostałych uczestników konsorcjum i jest to wystarczająca informacja czyniąca zadość wymogom ww. art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. Zważywszy na fakt, że - jak wskazano powyżej - konsorcjanci nie muszą obligatoryjnie wykonywać zamówienia, ale mogą też uczestniczyć w realizacji zamówienia poprzez np. zapewniania innych potencjałów, to nie ma powodów

domniemywać, że ww. oświadczenie przystępującego jest w jakikolwiek sposób nieprawidłowe.

Odwołujący argumentował, że nie znajduje potwierdzenia teza, że każdy z uczestników konsorcjum musi obligatoryjnie brać faktyczny udział w fizycznym, faktycznym wykonaniu zamówieniu. Wykonawstwo polegające na tym, że jeden z uczestników konsorcjum realizuje faktyczne czynności objęte zamówieniem a pozostali uczestnicy udzielają mu wsparcia w postaci zasobów, którymi dysponują jest w pełni zgodne z ustawą i kodeksem cywilnym oraz praktyką wykonawczą.

Odwołujący wskazał, że tego rodzaju sposób realizacji sprzeciwia się natomiast wpisywaniu do ww. oświadczenia informacji, że ww. pozostali uczestnicy realizują usługę, gdyż w rzeczywistości usługi tej nie realizują, bo spółka zapewniająca np. finansowanie nie wykonuje usługi, dostawy lub roboty budowalnej, o której mowa w art. 117 ustawy Pzp (tj. nie sprząta; nie chroni; nie uczy).

Zdaniem odwołującego, oświadczenie takie można uznać za wadliwe jedynie w chwili, gdy przeczy spełnieniu warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum. Argumentował, że w niniejszym postępowaniu przystępujący złożył oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, które potwierdziło spełnienie wymogów Ustawy Pzp, SWZ oraz wykazało spełnianie warunku, w związku z tym nie zaistniały podstawy do wezwania z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że jego stanowisko potwierdzają wyjaśnienia przystępującego z dnia 14 września 2022 r., w którym to wyjaśnieniu wykonawca ten stwierdził, że nie był zobowiązany do podawania w ww. oświadczeniu informacji o zasadach, zakresie i sposobie uczestnictwa konsorcjantów: Izan+ Sp. z o.o., Naprzód Service Sp. z o.o., Naprzód Hospital Sp. z o.o. w realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że ww. wezwanie jest niezgodne z ustawą Pzp, gdyż stanowi niedozwoloną negocjację treści oferty wybranego wykonawcy. Jak wynika z treści ww. wezwania - Zamawiający oczekuje zmiany treści oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy złożonego przez wybranego wykonawcę poprzez zamianę sformułowania „nie dotyczy" na informacje o zakresie usługi, który zostanie zrealizowany przez pozostałych członków konsorcjum (Izan+ Sp. z o.o., Naprzód Service Sp. z o.o., Naprzód Hospital Sp. z o.o.) Informacja ta bezpośrednio wpływa na ocenę ofert w kryteriach dotyczących obu certyfikatów a jest obojętna i zbędna pod względem weryfikacji wykonawcy pod względem spełniania warunków udziału w postępowaniu (wybrany wykonawca wykazał spełnianie warunków).

Odwołujący wskazał, że w wyniku powyżej opisanych działań oferta wybranego wykonawca została uzupełniona o nową, nieistniejąca w chwili złożenia treść, która nie stanowi doprecyzowania lub wyjaśnienia pierwotnie złożonych oświadczeń, ale jest nową informacją. Odwołujący podniósł, że zamawiający pod pozorem wezwania do uzupełnienia z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp doprowadził do istotnej zmiany treści oferty wybranego wykonawcy, które to czynności (zarówno Zamawiającego jak i wybranego wykonawcy) są sprzeczne z ustawą. Odwołujący argumentował, że zgodnie z przepisami ustawy Pzp treść oferty jest nieuzupełnialna, za wyjątkiem przypadków określonych w art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Nie jest również dopuszczalna istotna zmiana treści ofert w drodze wyjaśnień.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania przystępującego w ww. postępowaniu do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny ofertowej odwołujący podniósł, że cena wybranego wykonawcy budzi wątpliwości, które wątpliwości zostały opisane i wymienione w dalszej części odwołania oraz załącznikach. Zdaniem odwołującego, oferta przystępującego, zarówno w pakiecie 1 jak i pakiecie 2, zawiera rażąco niską cenę i nie pokrywa minimalnych kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia.

Odwołujący podkreślał, że przedmiotowa oferta była składana dnia 07.09.2022, zatem przed opublikowaniem Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz.U. z 15 września 2022 r. poz. 1952). W związku z tym, iż przedmiotowe postępowanie zakładało zawarcie umowy na 12 m-cy i nie zawierało klauzul waloryzacyjnych, Wykonawcy zobligowani byli do skalkulowania w cenie oferty wzrostu wynagrodzeń w roku 2023. Powołując się na obliczenia wskazanych w tabelach w „Załącznik nr 1 - zestawienie do odwołania PAKIET 1" i Załącznik nr 2 - zestawienie do odwołania PAKIET 2" odwołujący wywiódł, iż przystępujący nie przewidział tak wysokich wzrostów wynagrodzeń dla pracowników od stycznia 2023 oraz od lipca 2023 jakie ustalił ustawodawca. Odwołujący do sporządzenia kalkulacji przyjął, że osoby realizujące zamówienie będą zatrudniania wg stawek minimalnych w kolejnych czasookresach obowiązywania umowy, tj.:

3 m-ce: 3 010,00 (X/XI/XII.2022)	uśredniona wysokość wynagrodzenia:

6 m-cy: 3 450,00 (I/II/I II/IV/V/VI.2023)	3 352,50
3 m-ce: 3 600,00 (VII/VIII/IX.2023)	

Odwołujący wskazał, że cena za wykonania zamówienia, zaoferowana przez wybranego wykonawcę nie pokrywa nawet jego podstawowego kosztu jakim są koszty pracy (koszty zatrudnienia osób realizujących zamówienie).

Odwołujący podniósł, że zamawiający określił w SWZ:

- dla pakietu 1 (załącznik nr 3 str. 8 pkt. 19; pkt. 3.28 str. 49) minimalną liczbę pracowników niezbędnych wykonania zamówienia, co do których konieczne jest zatrudnienie na podstawie umów o pracę, 51 osób (z wyłączeniem pracowników oddelegowanych przez Zamawiającego)

- dla pakietu 2 (załącznik nr 4 str. 9 pkt. 19; pkt. 4.31 str. 55) minimalną liczbę pracowników niezbędnych wykonania zamówienia, co do których konieczne jest zatrudnienie ich na podstawie umów o pracę, 106 osób (z wyłączeniem pracowników oddelegowanych przez Zamawiającego)

Zdaniem odwołującego istotnym jest również, że wymogi co do dostępności pracowników wykonawcy i wskazanych w SWZ, godzin świadczenia usługi na obiekcie, połączone z ustalonym w zamówieniu obowiązkiem zatrudniania na umowę o pracę narzucają określony (policzalny) model zatrudniania. Wykonawca nie ma w niniejszym postępowaniu dowolności zatrudnienia, a wybrany przez niego system pracy, zawsze musi odpowiadać wymogom dostępności ustalonym w SWZ.

Odwołujący zaznaczał również, że koszty realizacji zamówienia oprócz minimalnego wynagrodzenia za pracę, powinny uwzględniać również rezerwy na choroby pracowników oraz urlopy. Wysokość tychże rezerw powinna odpowiadać obowiązującej stawce jednej roboczogodziny. Cena ofertowa, po odjęciu kosztów zatrudnienia wynikających z zatrudnienia pracowników wg stawek minimalnych zgodnych z dozwoloną w postępowaniu formą zatrudnienia, powinna pozostawiać racjonalny, rzetelny i bezpieczny zapas pozwalający finansować ww. zastępstwa. Odwołujący powołując się na załączniki do odwołania uważał, że wybrany wykonawca takiej rezerwy nie zachował.

Zdaniem odwołującego, każdy wykonawca musiał przewidzieć w swojej ofercie co najmniej:

1) zatrudnienie na podstawie umowy o pracę na pełny etat co najmniej 51 osób (pakiet 1),

106 (pakiet 2)

2) skalkulował wynagrodzenie osób, o których mowa w pkt 1, jako nie niższe niż średnia równowartość minimalnego wynagrodzenia za pracę, w wysokości obowiązującej w okresie X-XI.2022, I-VI.2023, VII-IX.2023 tj. 3 377,50 zł brutto płacone pracownikom oraz pozostałe

koszty, takie jak:

a. ZUS pracodawcy

b. koszty urlopowe i chorobowe

c. Fundusz Socjalny (ZFŚS)

d. ekwiwalent BHP

e. medycyna pracy

f. obsługa kadrowo - płacowa

g. dodatki za pracę w porze nocnej

w wyniku, których koszt jednego etatu określa się na poziomie: 4 608,00

Według odwołującego, same koszty wynagrodzeń pracowników w okresie trwania

umowy wyniosą:

- dla pakietu 1 2 820 096,00 (235 008 m-cznie)

- dla pakietu 2 5 861 376,00 (488 448,00 m-cznie)

Tymczasem wybrany wykonawca zaoferował realizację usługi za kwotę :

- dla pakietu 1 3 016 418,52 (251 368,21 m-cznie)

- dla pakietu 2 5 282 559,96 (440 213,33 m-cznie)

Odwołujący podniósł, że praktyką jest iż wykonawcy uwzględniają w swoich wyliczeniach kwoty dofinansowań do zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Odwołujący argumentował, że w swej kalkulacji również takie dofinansowanie uwzględnił (załącznik: lista pracowników z dofinansowaniem, zanonimizowane orzeczenia o stopniu niepełnosprawności) na poziomie, który ma obecnie, albowiem realizował do dn. 3.10.2022 zamówienie w zakresie PAKIETU nr 2 u Zamawiającego. Pracownicy Ci w dalszym ciągu pozostają zatrudnieni u Odwołującego.

Odwołujący wskazywał, że koszt wykonania zamówienia, nie może być wytłumaczony przez wybranego wykonawcę zadeklarowaniem, iż będzie otrzymywał dofinansowanie do wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych. Zadeklarowanie otrzymywania ww. dofinansowania nie oznacza, że pomoc publiczna została przyznana wybranemu wykonawcy do realizacji niniejszego zamówienia dla osób wskazanych do wykonania zamówienia. Według odwołującego, nie można uzasadniać niskich kosztów pracy zarówno pomocą publiczną, która została udzielona dla osób zatrudnionych do realizacji innych umów niż umowa w sprawie niniejszego zamówienia, jak i zamiarem ubiegania się o taką pomoc.

Odwołujący argumentował, że uwzględniając powyższe stanowisko w niniejszej sprawie, wskazuje wysokość otrzymywanego dofinansowania na dzień składania ofert wraz z listą pracowników i zanonimizowanymi orzeczeniami o stopniu niepełnosprawności (załącznik do odwołania) ma więc wszelkie możliwości, aby udowodnić rzeczywisty koszt osobowy ponoszony przy realizacji usługi na obiekcie zamawiającego. Zdaniem odwołującego, rzeczywisty, możliwy do osiągnięcia poziom dofinansowania obejmuje wartości i ilości osób wskazane w załączniku do odwołania.

Kolejno odwołujący podniósł, że zamawiający w SWZ i załącznikach postawił wiele innych wymagań, które musi spełnić wykonawca, a tym samym doliczyć je do swojej oferty. Odwołujący przedstawił w tabelach „Załącznik nr 1 - zestawienie do odwołania PAKIET 1” i Załącznik nr 2 - zestawienie do odwołania PAKIET 2”, koszty które będą występowały na kontrakcie wraz ze wskazaniem zapisów SWZ i załączników odnoszących się do nich. Argumentował, że wśród pozostałych kosztów, na które będzie składała się usługa wymienić należy:

- narzędzia i sprzęt ręczny, mopy, dozowniki, wycieraczki
- środki chemiczne
- środki dezynfekcyjne
- środki higieniczne
- środki ochrony osobistej
- odzież robocza
- worki foliowe
- szkolenia personelu
- badania mikrobiologiczne
- najem pomieszczeń i media
- program monitorujący poziom higieny szpitalnej
- mycie okien
- zabezpieczenie środkiem konserwującym powierzchni

W ocenie odwołującego wartości zaoferowane przez wybranego wykonawcę są nierealistyczne, mające znamię niedoszacowanej wyceny usługi. Takie skalkulowanie przedmiotu zamówienia uniemożliwia bezpieczne, prawidłowe i należyte wykonanie zadania zgodnie z zapisami i jasno określonymi minimalnymi wymogami zamawiającego zawartymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Odwołujący argumentował, że wskazane wyliczenia nie zakładają jakiekolwiek marży. Niemożliwe jest, aby podmiot rynkowy w prowadzonej przez siebie działalności nie zakładaj zysku.

Pakiet	Koszt wykonania umowy	Oferta Konsorcjum NAPRZÓD	Marża Konsorcjum NAPRZÓD zł	Marża Konsorcjum NAPRZÓD %
Pakiet 1	3 192 895,91	3 016 418,52	- 176 477,39	- 5,09
	266 074,66 m-	251 368,21 m-	- 14 706,45 m-	
	cznie	cznie	cznie	
Pakiet 2	5 783 954,57	5 282 559,96	- 501 394,61	- 9,5%
	481 996,21 m-	440 213,33 m-	- 41 782,88 m-	
	cznie	cznie	cznie	

Odwołujący argumentował także, że kalkulacja wynagrodzenia na takim poziomie

stanowi bezspornie czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003r. nr 153, poz. 1503 z późń. zm.). Ponadto działaniem spełniającym przesłanki uznania danego działania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jeżeli działania podejmowane przez przedsiębiorcę nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem odwołującego, zamawiający zobligowany jest mieć pewność, że wybrany Wykonawca daje rękojmię należytego, wykonania zamówienia a złożona przez niego oferta jest ofertą realistyczną, gwarantującą świadczenie usługi zgodnie ze standardem wskazanym w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Niedopuszczalnym jest, więc, w ocenie Odwołującego, nie tylko z uwagi na treść i znaczenie podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, ale również z uwagi na ww. cel, któremu służyć ma prawidłowe procedowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zaniechanie przez zamawiającego, jakiejkolwiek czynności wskazanej w ustawie służącej wyborowi oferty najkorzystniejszej a w konsekwencji narażenie Zamawiającego na ponoszenie wszelkich negatywnych skutków uzyskania świadczenia o niewłaściwej jakości.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego

stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Naprzód Hospital sp. z o.o. w Łodzi, Naprzód Service sp. z o.o. w Łodzi, Naprzód Marketing sp. z o.o. w Łodzi, IZAN + sp. z o.o. w Krakowie. Złożyli pismo procesowe, w którym wnieśli o oddalenie odwołania. W

trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje treści SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty złożone w postępowaniu, wezwanie zamawiającego kierowane do przystępującego w toku postępowania do złożenia, uzupełnienia i wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów, odpowiedzi przystępującego na ww. wezwania, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, załączniki do odwołania i odpowiedzi na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza

ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 117 Pzp:

1. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

2. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

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

Stosownie do art. 128 Pzp:

1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

2. Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia.

Stosownie do art. 223 ust. 1 Pzp, W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Art. 226 ust. 1 stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli:

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 239 ustawy Pzp stanowi, że:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia są „kompleksowe usługi w zakresie sprzątania i dezynfekcji pomieszczeń Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. dr. Romana

Ostrzyckiego w Koninie.”.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 2 części (pakiety nr 1 i 2).

Pakiet nr 1 obejmował kompleksowe utrzymanie czystości w pomieszczeniach

Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie przy ul. Kard.

S. Wyszyńskiego 1 wraz z dystrybucją posiłków i myciem naczyń, transportem wewnętrznym pacjentów, transportem zwłok z oddziałów szpitalnych do miejsca przechowywania tj. chłodni w Zakładzie Patomorfologii.

Pakiet nr 2 obejmował: kompleksowe utrzymanie czystości w pomieszczeniach Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie przy ul. Szpitalnej 45 wraz z dystrybucją posiłków i myciem naczyń, transportem wewnętrznym pacjentów, transportem zwłok z oddziałów szpitalnych do miejsca przechowywania tj. chłodni w Zakładzie Patomorfologii.

Por. - pkt IV.1 SWZ.

Ustalono, że w pkt IX SWZ (informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia), zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dla obu pakietów. Zamawiający wskazał tam także m.in.

UWAGA 2

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia tych wykonawców, którzy wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W

takim przypadku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy. Zamawiający zaleca wykorzystanie Załącznika nr 10 do SWZ.

W pkt XV SWZ zamawiający wskazał:

1. Ofertę stanowią:

1.1 uzupełniony formularz oferty - Załącznik nr 1 do SWZ

1.2 uzupełniony formularz cenowy - Załącznik nr 2 do SWZ

1.3 Wykonawca wraz z ofertą składa:

(■■■)

1.3.7 oświadczenie podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - jeżeli dotyczy - Zamawiający zaleca wykorzystanie Załącznika nr

10 do SWZ.

Ustalono, że w rozdziale XIX specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), po modyfikacji, zamawiający opisał następujące kryteria oceny ofert:

1. Zamawiający wybierze ofertę najkorzystniejszą na podstawie następujących kryteriów:

Dla Pakietu nr 1 i 2
1.1 Cena ofertowa (C) - 60 %

1.2 Certyfikat ISO 9001 (certyfikat systemu zarządzania jakością) wystawiony przez jednostkę akredytowaną (ISO 9001) - 20%

1.3 Certyfikat ISO 45001 (certyfikat systemu zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy) wystawiony przez jednostkę akredytowaną (ISO 45001) - 20 %.

(■■■)

1.2. Kryterium „Certyfikat ISO 9001 (certyfikat systemu zarządzania jakością) wystawiony przez jednostkę akredytowaną" będzie rozpatrywane na podstawie potwierdzenia przez Wykonawcę posiadania tego certyfikatu, poprzez zadeklarowanie posiadania certyfikatu w Formularzu oferty oraz dołączenie niniejszego dokumentu do oferty.

Punkty będą przyznawane według następującej skali punktacji:

Potwierdzenie posiadania Certyfikatu ISO 9001 (certyfikatu systemu zarządzania jakością) wystawionego przez jednostkę akredytowaną - 20 pkt

Brak Certyfikatu ISO 9001 (certyfikatu systemu zarządzania jakością) wystawionego przez jednostkę akredytowaną - 0 pkt

W przypadku zadeklarowania przez Wykonawcę, w Formularzu oferty, posiadania Certyfikatu ISO 9001 (certyfikatu systemu zarządzania jakością) wystawionego przez jednostkę akredytowaną, zobowiązany jest on do złożenia tego certyfikatu wraz z ofertą, w ramach przedmiotowych środków dowodowych. Niezłożenie certyfikatu wraz z ofertą, lub złożenie certyfikatu wystawionego przez jednostkę inną niż akredytowana, traktowane będzie jako nieposiadanie przez Wykonawcę certyfikatu i skutkować będzie otrzymaniem przez Wykonawcę w tym kryterium - 0 pkt.

1.3. Kryterium „Certyfikat ISO 45001 (certyfikat systemu zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy) wystawiony przez jednostkę akredytowaną" będzie rozpatrywane na podstawie potwierdzenia przez Wykonawcę posiadania tego certyfikatu, poprzez zadeklarowanie posiadania certyfikatu w Formularzu oferty oraz dołączenie niniejszego dokumentu do oferty.

Punkty będą przyznawane według następującej skali punktacji:

Potwierdzenie posiadania Certyfikatu ISO 45001 (certyfikatu systemu zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy) wystawionego przez jednostkę akredytowaną - 20 pkt

Brak Certyfikatu ISO 45001 (certyfikatu systemu zarządzania bezpieczeństwem i higieną

pracy) wystawionego przez jednostkę akredytowaną - 0 pkt

W przypadku zadeklarowania przez Wykonawcę, w Formularzu oferty, posiadania Certyfikatu ISO 45001 (certyfikatu systemu zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy) wystawionego przez jednostkę akredytowaną, zobowiązany jest on do złożenia tego certyfikatu wraz z ofertą, w ramach przedmiotowych środków dowodowych. Nie złożenie certyfikatu wraz z ofertą, lub złożenie certyfikatu wystawionego przez jednostkę inną niż akredytowana, traktowane będzie jako nie posiadanie przez Wykonawcę certyfikatu i skutkować będzie otrzymaniem przez Wykonawcę w tym kryterium - 0 pkt.

Ustalono także, że 8 lipca 2022 r. zamawiający udzielił następujący wyjaśnień treści SWZ:

Pytanie 16. Jakie stawki wynagrodzeń należy przyjąć do kalkulacji kosztów usługi, jeżeli na dzień składania ofert obowiązująca stawka wynagrodzenia przy zatrudnieniu na Umowę o Pracę wynosi 3010,00 zł brutto, zaś nie znane są stawki na 2023 rok. Czy Zamawiający udzieli waloryzacji w 2023 roku potencjalnemu Wykonawcy, który skalkuluje wartość

postępowania wg obowiązujących stawek?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający oczekuje złożenia oferty aktualnej na dzień jej złożenia, ewentualną waloryzację stawek Zamawiający może rozważyć w oparciu o obowiązujące przepisy w tym

zakresie.

Ustalono ponadto, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

Pakiet 1:

1) oferta odwołującego z ceną brutto 3.244.498,08 zł,

2) oferta przystępującego z ceną brutto 3.016.418,52 zł,

3) oferta konsorcjum Ever Medical care sp. z o.o. z ceną brutto 3.605.450,08 zł.

Pakiet 2:

1) oferta odwołującego z ceną brutto 5.914.778,98 zł,

2) oferta przystępującego z ceną brutto 5.282.559,96 zł,

3) oferta konsorcjum Ever Medical Care sp. z o.o. z ceną brutto 6.927.258,46 zł.

(por. informacja z otwarcia ofert z 7 września 2022 r., w aktach sprawy).

Na sfinansowanie zamówienia zamawiając przeznaczył kwoty:

a) pakiet 1: 3.363.104,72 zł,

b) pakiet 2: 5.953.099,44 zł.

(por. informacja o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia z 7 września 2022 r., w aktach sprawy).

Swą ofertę złożył m.in. przystępujący, to jest wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Naprzód Hospital Sp. z o.o., Naprzód Service Sp. z o.o., Naprzód Marketing Sp. z o o.o. oraz Izan+ Sp. z o.o. W formularzu ofertowym przystępujący wskazał, że pełnomocnikiem ww. wykonawców (liderem konsorcjum) jest Izan + sp. z o.o. w Krakowie.

W pkt 5 formularza ofertowego przystępujący zadeklarował, że posiada certyfikat ISO 9001 wystawiony przez jednostkę akredytowaną oraz posiada certyfikat ISO 45001 wystawiony przez jednostkę akredytowaną.

(por. formularz ofertowy przystępującego)

Przystępujący do swej oferty załączył m.in.:

a) Certyfikaty ISO 9001:2015 posiadane przez Izan+ Sp. z o.o. oraz Naprzód Service Sp. z o.o., Naprzód Hospital Sp. z o.o.,

b) Certyfikaty ISO 45001:2018 posiadane przez Naprzód Service Sp. z o.o. i Naprzód

Hospital Sp. z o.o.

Przystępujący złożył także wraz z ofertą „Oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy" - Załącznik nr 10 do SWZ, składane na podstawie art.

117 ust. 4 Pzp.

W oświadczeniu tym wskazał, że następujące usługi zostaną wykonane przez niżej wymienionych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

Nazwa / Firma Wykonawcy	Adres (ulica, kod, miejscowość)	KRS / NIP	Zakres usług, które będą realizowane przez tego wykonawcę

Wykonawca 1 / Lider	Naprzód Marketing sp. z o.o.	Ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź	KRS 0000619424 NIP: 8452194929	Usługa polegająca na kompleksowym utrzymaniu czystości i dezynfekcji
Wykonawca 2:	Nie dotyczy	Nie dotyczy	Nie dotyczy	Nie dotyczy
Wykonawca	Nie dotyczy	Nie dotyczy	Nie dotyczy	Nie dotyczy

(...)

Oświadczył, że warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej określony w rozdziale IX SWZ spełnia w jego imieniu wykonawca (y):

Nazwa / Firma Wykonawcy	Wymagane uprawnienia	Zakres usług, które będą realizowane przez tego wykonawcę
Nie dotyczy	Nie dotyczy	Nie dotyczy

Ustalono także, że pismem z 9 września 2022 r. zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego:
a) do poprawienia i uzupełnienia oświadczenia (Załącznika nr 10 do SWZ) poprzez wskazanie w pierwszej tabeli, w jakim zakresie usługi będą realizowane przez pozostałych wykonawców, tj. Izan+ Sp. z o.o., Naprzód Service Sp. z o.o., Naprzód Hospital Sp. z o.o.,
b) do uzupełnienia oświadczenia, w zakresie punktu 4 Załącznika nr 10 do SWZ, poprzez złożenie oświadczenia, który/którzy z Wykonawców spełniają warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej określony w rozdziale IX SWZ,

c) do poprawienia oświadczenia (Załącznika nr 11 do SWZ) złożonego przez lidera konsorcjum, tj. Izan+ Sp. z o.o., poprzez poprawienie błędu w zakresie wskazanych numerów identyfikacyjnych KRS, NIP i Regon.

Tym samym pismem, zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wezwał przystępującego do wyjaśnienia, dlaczego w pierwszej tabeli oświadczenia

(Załącznika nr 10 do SWZ) jako lider został wskazany Naprzód Marketing Sp. z o.o., skoro liderem nie jest i poprawienie tej tabeli w tym zakresie.

Następnie ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia z dnia 14 września 2022 r. W wyjaśnieniach tych wskazał:

Zamawiający postawił jeden szczegółowy warunek udziału w postępowaniu: warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej- Zamawiający uzna warunek za spełniony, gdy Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał lub wykonuje minimum 1 usługę polegającą na kompleksowym utrzymaniu czystości i dezynfekcji w szpitalu o powierzchni min. 15 000 m^2 mającym w swojej strukturze Blok Operacyjny -ginekologiczny, Salę cięciową, Oddział Noworodkowy, Oddział Chorób Płuc oraz Pracownię Leku Cytostatycznego przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy (dla pakietu 1) oraz minimum 1 usługę polegającą na kompleksowym utrzymaniu czystości i dezynfekcji w szpitalu o powierzchni min. 15 000 m2 mającym w swojej strukturze Blok Operacyjny, Oddział Anestezjologii i Intensywnej Terapii, Oddział Obserwacyjno - Zakaźny oraz Pracownię Receptury Jałowej przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy (dla pakietu 2). Jeden z Wykonawców spełnił te warunki.

Należy wskazać, że Wykonawca spełnił obowiązki nałożone na niego przez przepisy PZP oraz treść SWZ sporządzonego przez Zamawiającego oraz zastosował się do

dyspozycji art. 117 ustawy PZP.

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu dotyczącej Zamówień Publicznych oświadczenie złożone do oferty w rozumieniu art. 117 ust. 4 PZP służy wyłącznie ustaleniu przez Zamawiającego sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, którzy zdecydowali się na wspólne złożenie oferty w postępowaniu, (tak: w PZP Komentarz Urząd Zamówień Publicznych Hubert Nowak, Mateusz Winiarz s. 453-454).

Wykonawca wywiązał się zatem ze swojego obowiązku potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z ostrożności jednak załączam poprawiony załącznik nr 10 do SWZ - oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni Wykonawcy. Wyjaśniam, że oświadczenie zostało również poprawione w zakresie lidera konsorcjum, którym jest Izan+ Sp. z o.o.

Do wyjaśnień przystępujący załączył poprawiony załącznik nr 10 do SWZ, w którym wskazał m.in.:

	Nazwa / Firma Wykonawcy	Adres kod, miejsc	(ulica, owość)	KRS / NIP	Zakres usług, które będą realizowane przez tego wykonawcę
Wykonawca	Naprzód	Ul. Traktorowa		KRS	Usługi polegające na kompleksowym
1	Marketing sp. z o.o.	126, Łódź	91-204	0000619424 NIP: 8452194929	utrzymaniu czystości i dezynfekcji
Wykonawca 2 / lider	Izan + sp. z o.o.	Ul. 46,	Żabiniec 31-215	NIP 7960001798	Usługi objęte przedmiotem zamówienia

		Kraków	KRS 0000171397	
Wykonawca	Naprzód	Ul. Traktorowa	NIP	Kompleksowe usługi w zakresie opieki
3 :	Hospital sp.	126, 91-204	9452179410	medycznej, służące profilaktyce,
	z o.o.	Łódź	KRS 0000510909	zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związanych, wykonywanych w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze, w oparciu o opis przedmiotu zamówienia przedstawionym przez Zamawiającego w dokumentacji postepowania
Wykonawca	Naprzód	Ul. Traktorowa	NIP	Usługi objęte przedmiotem
4:	Service sp. z o.o.	126, 91-204 Łódź	9452179456 KRS 0000510896	zamówienia

(...)

Przystępujący oświadczył, że warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej określony w rozdziale IX SWZ spełnia w jego imieniu wykonawca (y)

Nazwa / Firma Wykonawcy	Wymagane uprawnienia	Zakres usług, które będą realizowane przez tego wykonawcę
Naprzód	dla Pakietu nr 1:	Usługi
Marketing	• minimum 1 usługę polegającą na kompleksowym utrzymaniu	polegające na

sp. z o.o.	czystości i dezynfekcji w szpitalu o powierzchni min. 15 000 m^2 mającym w swojej strukturze Blok Operacyjny - ginekologiczny, Salę cięciową, Oddział Noworodkowy, Oddział Chorób Płuc oraz Pracownię Leku Cytostatycznego przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy dla Pakietu nr 2: • minimum 1 usługę polegającą na kompleksowym utrzymaniu czystości i dezynfekcji w szpitalu o powierzchni min. 15 000 m2 mającym w swojej strukturze Blok Operacyjny, Oddział Anestezjologii i Intensywnej Terapii, Oddział Obserwacyjno - Zakaźny oraz Pracownię Receptury Jałowej przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy	kompleksowym utrzymaniu czystości o dezynfekcji

Kolejno ustalono, że 29 września 2022 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 1 i pakietu 2.

Zamawiający przyznał przystępującemu maksymalną liczbę punków w zakresie

kryterium oceny ofert certyfikat ISO 9001 oraz kryterium oceny ofert certyfikat ISO 45001 (por. plik: ww. zawiadomienie, w aktach sprawy, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Chybiony okazał się zarzut dotyczący nieprawidłowej oceny oferty przystępującego w zakresie spełnienia kryteriów pozacenowych.

Dostrzeżenia wymagało, że przepis art. 239 ust. 1 Pzp stanowi wyraźnie, iż

zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawę kryteriów oceny ofert określonych w dokumentacji zamówienia. Zgodnie zaś z art. 134 ust. 1 pkt 18 Pzp, specyfikacja warunków zamówienia (SWZ) zawiera m.in. opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

Cel przepisu art. 239 ust. 1 Pzp jest jasny i jednoznaczny. Wykonawcy przed

otwarciem ofert muszą wiedzieć, w jaki sposób ich oferty będą ocenianie, jaka jest waga tych kryteriów i w jaki sposób będą oceniani. Działający w zaufaniu do tego opisu wykonawcy muszą mieć pewność, że jeżeli postąpią zgodnie ze opisem oceny ofert, to punkty zostaną im przyznane.

Powyższe jest także przejawem działania naczelnej zasady systemu zamówień publicznych, jaką jest zasada przejrzystości postępowania, o której mowa w art. 16 pkt 2 Pzp. Oczywistym jest więc, że za sprzeczne z ww. zasadą a także przepisem art. 239 ust. 1 Pzp należałoby uznać sytuację, gdyby kryteria oceny ofert i ich opis uległy zmianie po otwarciu ofert. Innymi słowy, niedopuszczalne jest, aby reguły gry ulegały zmianie po jej rozpoczęciu.

Kierując się przepisem art. 134 ust. 1 pkt 18 Pzp, zamawiający w rozdziale XIX specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), po modyfikacji, opisał m.in. pozacenowe kryteria oceny ofert. W rozdziale XIX pkt 1.2 SWZ opisano kryterium oceny ofert Certyfikat ISO 9001

(certyfikat systemu zarządzania jakością) wystawiony przez jednostkę akredytowaną (ISO

9001) - 20%, zaś w pkt 1.3. kryterium - Certyfikat ISO 45001 (certyfikat systemu zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy) wystawiony przez jednostkę akredytowaną (ISO 45001) - 20 %.

W przypadku obydwu kryteriów zamawiający przewidział, że będzie ono rozpatrywane na podstawie potwierdzenia przez Wykonawcę posiadania tego certyfikatu, poprzez zadeklarowanie posiadania certyfikatu w Formularzu oferty oraz dołączenie dokumentu do oferty. Punkty zaś miały być przyznawane według następującej skali punktacji:

- Potwierdzenie posiadania certyfikatu - 20 pkt

- Brak Certyfikatu 0 pkt.

Jak wynikało z powyższego opisu, przyznanie punktacji w obu podkryteriach zostało uzależnione wyłącznie od zadeklarowania posiadania certyfikatu przez wykonawcę i jego złożenia wraz z ofertą. Powyższe w świetle SWZ było wystarczające dla otrzymania punktacji. Podkreślenia wymagało, że zamawiający konstruując w SWZ opis kryteriów oceny ofert i sposobu oceny ofert nie poczynił żadnych zastrzeżeń co do konieczności rzeczywistego wykorzystania posiadanych przez wykonawcę certyfikatów przy realizacji zamówienia. W związku z powyższym wszelkie rozważania odwołującego w tym zakresie należało uznać jedynie za - niewątpliwie słuszne - ale jednak postulaty na przyszłość. Odwołujący ma rację utrzymując, że kryteria oceny ofert muszą mieć związek z przedmiotem zamówienia, co zresztą wprost wynika z art. 241 Pzp. Ponadto słusznie wywodzi, że Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Uszło jednak uwadze odwołującego, że przepisy art. 240-241 Pzp określają w jaki sposób zamawiający powinien kształtować kryteria oceny ofert na etapie konstruowania specyfikacji warunków zamówienia. Powyższe oznacza, że argumentacja odwołującego, wskazująca na wadliwość wyraźnie opisanego w SWZ kryterium, mogła i powinna być podniesiona najpóźniej w terminie liczonym do dnia ujawnienia wykonawcom takiego a nie innego opisu kryteriów pozacenowych. Po upływie terminu składania ofert znajduje znajdował zaś zastosowanie przepis art. 239 ust. 1 Pzp, który nakazuje oceniać oferty, na podstawie takich kryteriów oceny ofert, jakie zostały opisane w dokumentach zamówienia. Powyższego nie może już zmienić argumentacja, że kryteria te są ułomne. Wobec powyższego „słusznościową" argumentację odwołującego, podniesioną dopiero na obecnym etapie postępowania, należało uznać za spóźnioną.

Zasada przejrzystości postępowania, której przejawem - jak wskazano wcześniej - jest przepis art. 239 ust. 1 Pzp, pozostaje naczelną zasadą systemu zamówień publicznych. Gdyby przystępującemu było znane, że punkty będą przyznawane nie tylko za posiadanie i złożenie certyfikatów wraz z ofertą, ale także za wykazanie, że certyfikaty te rzeczywiście będą wykorzystywane przy realizacji zamówienia, to być może inaczej skonstruowałby swe konsorcjum czy układ obowiązków konsorcjantów w trakcie realizacji zamówienia. Ponieważ uczestnicy konsorcjum przystępującego posiadali certyfikaty wskazane w opisie kryteriów i załączyli je do oferty to zamawiający, kierując się przepisem art. 239 ust. 1 Pzp i postanowieniami rozdziału XIX SWZ, miał obowiązek przyznać przystępującemu punkty w obu pozacenowych kryteriach oceny ofert. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp okazał się zatem chybiony.

Powyższe ustalenia i rozważania czyniły zbytecznym rozstrzyganie wątpliwości na temat tego, czy zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, pismem z dnia 9 września 2022 r. prawidłowo wezwał przystępującego do poprawienia i uzupełnienia oświadczenia z art. 117 ust. 4 Pzp złożonego przez przystępującego wraz z ofertą. Niezależnie bowiem, czy wzięlibyśmy pod uwagę oświadczenie z art. 117 ust. 4 Pzp pierwotnie złożone wraz z ofertą, czy też oświadczenie poprawione w dniu 14 września 2022 r., to zamawiający prawidłowo przyznał przystępującemu punkty w pozacenowych kryteriach oceny ofert. Na marginesie zatem można było tylko powiedzieć, że oświadczenie z art. 117 ust. 4 Pzp, wbrew wywodom odwołującego, jest podmiotowym środkiem dowodowym, wymaganym do złożenia wraz z ofertą. O takim charakterze świadczy choćby to, że przepis art. 117 ust. 4 pzp odwołuje się do przepisów art. 117 ust. 2 i ust. 3 Pzp, które określają sposób spełniania warunków przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Oświadczenie to nie stanowi zatem treści oferty sensu stricte. Celem jego złożenia jest bowiem wykazanie warunku udziału w postępowaniu, a więc odnosi się ono do kwalifikacji podmiotowej. Konsekwencją takiego charakteru tego oświadczenie jest to, że podlega ono procedurze z art. 128 ust. 1 Pzp.

Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp.

Zdaniem Izby, w okolicznościach danej sprawy, cena zaoferowana przez przystępującego zarówno za pakiet nr 1 jak i za pakiet nr 2 powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia.

Nie ulegało wątpliwości, że zamawiający przewidział zawarcie umowy na 12 miesięcy i jednocześnie nie zastrzegł w dokumentach zamówienia waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Dostrzeżenia wymagało również, że zamówienie w przeważającej części będzie realizowane także w przyszłym roku, co najmniej do września 2023.

Jak wynikało z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz.U. z 15 września 2022 r. poz. 1952), wysokość minimalnego wynagrodzenia wzrosła z 3.010 r. w b.r. do 3.490 zł w okresie od 1 stycznia do 30 czerwca 2023 r. i do 3.600 zł od 1 lipca 2023 r. Owszem, rozporządzenie to nie obowiązywało jeszcze w dniu upływu terminu składania ofert (7 września 2022 r.), jednakże w dacie ofertowania istniały prognozy dotyczące tego, że minimalne wynagrodzenie za pracę w 2023 r. wzrośnie do 3.383 zł od stycznia 2023 r. i 3.450 zł od lipca 2023 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł wprawdzie, że wykonawcy kalkując cenę ofertową nie musieli uwzględniać wzrostu minimalnego wynagrodzenia w roku 2023 r. W tym zakresie powołał się na odpowiedź na pytanie nr 16 z dnia 8 lipca 2022 r. W tej dacie zamawiający udzielił następujących wyjaśnień treści SWZ:

Pytanie 16. Jakie stawki wynagrodzeń należy przyjąć do kalkulacji kosztów usługi, jeżeli na dzień składania ofert obowiązująca stawka wynagrodzenia przy zatrudnieniu na Umowę o Pracę wynosi 3010,00 zł brutto, zaś nie znane są stawki na 2023 rok. Czy Zamawiający udzieli waloryzacji w 2023 roku potencjalnemu Wykonawcy, który skalkuluje wartość postępowania wg obowiązujących stawek?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający oczekuje złożenia oferty aktualnej na dzień jej złożenia, ewentualną waloryzację stawek Zamawiający może rozważyć w oparciu o obowiązujące przepisy w tym

zakresie.

Zdaniem Izby, odpowiedź na przywołane pytanie nie była jednoznaczna z tym, że nie należało kalkulować ryzyka wzrostu minimalnego wynagrodzenia w 2023 r. Z jednej strony zamawiający wskazał wprawdzie, że oczekuje złożenia oferty aktualnej na dzień jej złożenia. Z drugiej jednak strony, zamawiający w odpowiedzi nie zagwarantował wykonawcom

jakiejkolwiek waloryzacji wynagrodzenia, zaś sam projekt umowy - jak wskazano wcześniej - takich klauzul nie zawierał. W zdaniu drugim odpowiedzi zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, że może rozważyć ewentualną waloryzację i to w oparciu o obowiązujące przepisy. Tak więc w świetle odpowiedzi można było mówić co najwyżej o pewnym prawdopodobieństwie dokonania waloryzacji przez zamawiającego.

Ponadto dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w powołanej odpowiedzi odwołał się również do obowiązujących przepisów w tym zakresie, uzależniając od nich możliwość rozważenia waloryzacji. Tak udzielona odpowiedź zdawała się wskazywać na ogólne przepisy KC dotyczące waloryzacji wynagrodzenia umownego. Na uwagę zasługiwał jednak fakt, że znajdują one zastosowanie w razie nadzwyczajnej zmiany stosunków. Skoro zaś na moment ofertowania istniały zapowiedzi, że stawka minimalnego wynagrodzenia zostanie podniesiona do kwoty 3.383 zł od stycznia 2023 r. i do 3.450 zł od lipca 2023 r., to można mieć wątpliwości, czy podniesienie jej w rzeczywistości do kwoty 3.490 zł od stycznia 2023 r. i 3.600 zł od lipca 2023 r., można zakwalifikować jako nadzwyczajną zmianę okoliczności.

W tej sytuacji istotnym jest wyjaśnienie wątpliwości, jak przy tak udzielonej odpowiedzi swoje koszty skalkulował przystępujący. W szczególności istotne jest zbadanie czy, a jeżeli tak to w jaki sposób i w jakiej wysokości skalkulował ryzyko niedokonania przez zamawiającego waloryzacji wynagrodzenia. Odwołanie się przystępującego w trakcie rozprawy do postanowienia projektu umowy, które przewidywało możliwość rozwiązania umowy za wcześniejszym 3 miesięcznym wynagrodzeniem nie może być uznane za rozwiewające wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny. Istnienie tego postanowienia może być uznane co najwyżej jako forma nacisku ze strony wykonawcy na zamawiającego aby waloryzacji dokonał, czyli czynnik ewentualnie zmniejszający wysokość ryzyka

niedokonania waloryzacji.

Przy wyrokowaniu Izba wzięła pod uwagę, że przystępujący wezwany do złożenia pisma procesowego, stanowiącego ustosunkowanie się do zarzutów odwołania, poprzestał jedynie na ogólnych rozważaniach na temat nieznacznej, jego zdaniem, różnicy pomiędzy ceną jego oferty a ceną oferty odwołującego. Nie wyjaśnił jednak, jaką stawkę minimalnego wynagrodzenia za pracę przyjął przy szacowaniu kosztów osobowych realizacji usługi w 2023 r. Nie ujawnił także, czy - a jeśli tak to w jaki sposób - skalkulował ryzyko niedokonania przez zamawiającego waloryzacji wynagrodzenia. Co więcej, przystępujący uchylił się od odpowiedzi na te pytania także w trakcie rozprawy. Powyższe prowadziło do wniosku, że argumentacja strony przeciwnej nie rozwiała wątpliwości artykułowanych w treści odwołania.

Z powodu zaś tego, że zamówienie będzie realizowane w znacznej części w 2023 r., za nie do końca miarodajne należało uznać argumenty zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, wywodzone z prostego porównania cen ofertowych przystępującego z cenami usług świadczonych przez wykonawców na kontraktach obowiązujących do 3 października 2022 r.

Zamawiający podniósł w odpowiedzi, że cena zaoferowana przez przystępującego w zakresie pakietu 2 (dla lokalizacji: Szpitalna) jest zbliżona do ceny, za jaką odwołujący świadczył na rzecz niego usługi tożsame z przedmiotem zamówienia w zakresie pakietu 2 przez okres ostatnich 3 miesięcy (od 1 lipca 2022 r.). Podniósł także, że również cena zaoferowana przez przystępującego w zakresie pakietu 1 (dla lokalizacji ul. Wyszyńskiego) jest zbliżona do ceny, za jaką przystępujący świadczył na rzecz niego usługi tożsame z przedmiotem zamówienia w zakresie pakietu 1 przez okres ostatnich 3 miesięcy (od 1 lipca 2022 r.). Dostrzeżenia wymagało, że umowy, na jakie powołał się zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, były realizowane w 2022 r., przy obowiązujących obecnie stawkach minimalnego wynagrodzenia za pracę. Wobec powyższego w ocenie Izby konieczne jest unieważnienie czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w obu pakietach, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wezwanie przystępującego do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. W szczególności wyjaśnieniu powinna podlegać kwestia, jak przystępujący skalkulował koszty osobowe, biorąc pod uwagę spodziewany wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 r. i ryzyko niedokonania przez zamawiającego waloryzacji wynagrodzenia.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenia

Izby, o których mowa w pkt 1, 2 sentencji, miały charakter merytoryczny, gdyż odnosiły się do częściowego uwzględnienia i częściowego oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1, 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza

uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego, pomimo, iż cena tej oferty budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia, które muszą zostać wyjaśnione. Ewentualna negatywna weryfikacja wyjaśnień wraz z dowodami może zaś doprowadzić do odrzucenia oferty wybranej. Wynik postępowania może zatem ulec zmianie.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 1 i pakietu nr 2, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie tych pakietów, w tym wezwanie przystępującego, w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, w sposób opisany w pkt 1 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnośnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Stosownie do przywoływanego przepisu, w przypadku uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" J.J , Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: D.W., J.J., S.M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Odwołanie okazało się zasadne w części 1/2. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący w części 1/2 i zamawiający w części 1/2. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł, oraz koszty dojazdu odwołującego na posiedzenie Izby w wysokości 830,55 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy (łącznie 19.430,55 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 19.430,55 zł tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby, tymczasem odpowiadał za nie, w zaokrągleniu do pełnych złotych, jedynie do wysokości 9.715 zł (19.430,55 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego, w zaokrągleniu do pełnych złotych, kwotę 9.715,00 zł (19.430,55 zł - 9.715 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....