Sygn. akt: KIO 1205/23

WYROK

z dnia 15 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę: A. H. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy "Sagitta" A. H. ul. Oboźna 11/1, 30-011 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Krakowie, ul. Pędzichów 27, 31-080 Kraków,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę A. H. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy "Sagitta" A. H. z siedzibą w Krakowie, a ponadto - powtórzenie czynności badania i oceny ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego: Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Krakowie, ul. Pędzichów 27, 31-080 Kraków, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: A. H. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy "Sagitta" A. H. ul. Oboźna 11/1, 30-011 Kraków tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę 18 983 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt trzy złote zero groszy) od zamawiającego: Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Krakowie, ul. Pędzichów 27, 31-080 Kraków na rzecz wykonawcy: A. H. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład

Usługowy "Sagitta" A. H. ul. Oboźna 11/1, 30-011 Kraków, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej i dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - 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 1205/23

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

Zamawiający, Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Krakowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Usługi kompleksowego sprzątania oraz utrzymania czystości w budynkach i wokół budynków w Oddziale ZUS w Krakowie”. Zamówienie składa się z trzech części, Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 marca 2023 r. pod numerem 2023/S 048-142572.

W dniu 21 kwietnia 2023 r. wykonawca, A. H. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy "Sagitta" A. H. z siedzibą w Krakowie otrzymał od Zamawiającego informację o odrzuceniu jego oferty oraz informację o unieważnieniu postępowania w części I zamówienia.

Wykonawca, A. H. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy "Sagitta" A. H., wniósł odwołanie wobec:

1) czynności odrzucenia oferty Odwołującego złożonej na część I zamówienia;

2) zaniechania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na część I zamówienia;

3) czynności unieważnienia postępowania na część I zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „Pzp””:

1) art. 16 pkt 1 i 2, art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez nieuzasadnione uznanie oferty Odwołującej za niezgodną z warunkami zamówienia oraz przedstawienie ogólnikowego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty,

nieadekwatnego do podanej podstawy prawnej odrzucenia;

2) art. 106 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 Pzp, poprzez żądanie dokumentów niewskazanych w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia oraz niedokonanie wyjaśnień treści złożonej oferty;

3) art. 17 ust. 2, art. 239 oraz art. 253 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo że oferta ta była ofertą najkorzystniejszą zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w dokumentach zamówienia;

4) art. 16 pkt 2 oraz art. 255 pkt 3 Pzp poprzez nieuzasadnione unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty nie przekracza kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz niepoinformowanie o pozostałych wykonawcach, których oferty zostały odrzucone.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na część I zamówienia;

2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3 powtórzenia czynności oceny ofert;

4) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na część I zamówienia.

Otwarcie ofert w postępowaniu odbyło się w dniu 30 marca 2023 r. Na część I zamówienia (Część I - Usługi sprzątania wewnętrznego ZUS O/Kraków, Inspektoraty ZUS: Kraków-Krowodrza, Kraków - Nowa Huta, Biuro Terenowe Miechów i Biuro Terenowe Proszowice) złożono 9 ofert. Jedynym kryterium oceny ofert była cena (cena - waga 100%). Oferta z najniższą ceną w wysokości brutto 4.512.625,28 zł złożona została przez Odwołującego.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia JEDZ i podmiotowych środków dowodowych. Tym samym Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego została najwyżej oceniona. Odwołujący przedstawił w terminie wymagane dokumenty.

W dniu 21 kwietnia 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia. W uzasadnieniu Zamawiający powołał się na treść Wzoru umowy - zapis o następującej treści (§5 ust. 2):

Minimalna ilość osób sprzątających, o których mowa w ust. 1, jaką Wykonawca zobowiązany jest zatrudnić na podstawie umowy o pracę w poszczególnych obiektach Zamawiającego, wymiar czasu pracy tych osób są określone w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do umowy. Liczba osób sprzątających zatrudnionych na podstawie umowy o pracę zadeklarowana w ofercie Wykonawcy wynosi ….., co w przeliczeniu tej liczby osób na pełne etaty stanowi ….etatów(…)'

Z tego zapisu Zamawiający wysunął wniosek, że wymagał zadeklarowania w ofercie liczby osób sprzątających zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, a także listy pełnych etatów wynikających z przeliczenia tych osób. Zamawiający jednocześnie potwierdził, że we wzorze formularza oferty (załącznik nr 1 do SWZ), Zamawiający nie przygotował żadnego miejsca do wpisania informacji, o których mowa we wzorze umowy. Następnie Zamawiający wskazał, że wzór umowy stanowi element specyfikacji warunków zamówienia i również należy go stosować. Złożona oferta nie odpowiada wymogom określonym w SWZ, a jest to dokument, który trzeba zakwalifikować jako element oferty sensu stricte, a więc nie podlegający uzupełnieniu w rozumieniu art. 107 i art.128 Pzp.

W tym samym dniu (21 kwietnia 2023 r.) Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania na część I zamówienia na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, z uwagi na okoliczność, że cena oferty spełniającej kryteria, złożonej przez Konsorcjum Seris

Konsalnet Cleaning sp. z o.o. oraz Seris Konstalnet Ochrona sp. z o.o. w wysokości 5.110.104,18 zł brutto przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

Odwołujący nie zgodził się z argumentacją Zamawiającego dotyczącą niezgodności jego oferty z warunkami zamówienia. Podniósł, że nieprawidłowość działania Zamawiającego widoczna jest już w treści samego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający wskazał, że na podstawie postanowień wzoru umowy wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia dodatkowej informacji – dodatkowego dokumentu nigdzie nieopisanego w dokumentacji postępowania, w którym powinni byli zadeklarować liczbę osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę oraz liczbę etatów. Zamawiający wskazał, że to nie treść oferty Odwołującego stanowi o niezgodności z warunkami zamówienia, tylko formalny brak dodatkowego dokumentu. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym w ogóle nie podjął się analizy treści oferty Odwołującego w odniesieniu do wymogów dokumentacji zamówienia. Tym samym, Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, zakładając, bez żadnego oparcia w treści oferty, że nie spełnia ona wymogów zamówienia.

W dokumentacji zamówienia wprowadzono szereg postanowień dotyczących zatrudniania pracowników przez wykonawcę. W SWZ w pkt 2.1.6 wprowadzono wymóg zatrudnienia osób wykonujących przedmiot zamówienia w oparciu o umowę o pracę z co najmniej minimalnym wynagrodzeniem. W załączniku nr 2 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) w pkt I.5.12 Zamawiający wskazał, że imienna lista pracowników realizujących usługę, czyli co do zasady

osób realizujących zamówienie w oparciu o umowę o pracę, ma zostać przedstawiona dopiero w dniu podpisania umowy. Z kolei w pkt I.6.12 załącznika nr 2 (Opis przedmiotu zamówienia) wskazano minimalną liczbę pracowników i etatów. Z kolei we wzorze umowy (załącznik nr 3.I do SWZ) - wymagania zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę w §5, w tym zwłaszcza §5 ust. 2 o treści powołanej powyżej.

Odwołujący oświadczył, że złożył ofertę zgodnie z zapisami dokumentacji zamówienia, w tym w szczególności zgodnie z pkt 4.3.1 SWZ, który stanowi, że ofertę należy złożyć na przygotowanym przez Zamawiającego Formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ. Stosując się do wymagań Zamawiającego, w Formularzu oferty Odwołujący m.in. oświadczył, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone w pkt 2 SWZ i we wzorze umowy (pkt 1.1 formularza oferty), że wykona zamówienia na warunkach określonych w SWZ (pkt 1.2). Odwołujący poświadczył tym samym zatrudnienie w oparciu o umowę o pracę w zakresie wskazanym w SWZ, a także zatrudnienie co najmniej minimalnej liczby osób w wymaganym minimalnym wymiarze czasu pracy, co było wskazane we wzorze umowy i opisie przedmiotu zamówienia. Zatem, oferta Odwołującego w pełnym zakresie odpowiada wymogom postępowania, zarówno pod względem formalnym (złożenie oferty na

formularzu opracowanym przez Zamawiającego), jak i merytorycznym – zachowanie minimalnych wymogów zatrudnienia. Zamawiający nie miał żadnej podstawy do twierdzenia, że Odwołujący nie spełni podanych w zamówieniu parametrów.

W toku oceny ofert Zamawiający nie powziął żadnych wątpliwości co do treści oferty i nie zwracał się do Odwołującego o wyjaśnienia, zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp. Odwołujący zauważył, że przedmiotem zamówienia jest usługa, której wycena opiera się przede wszystkim na kalkulacji pracy osób, w tym sposobu ich zatrudnienia i liczby etatów. Takie dane są niezbędne i konieczne, aby wykonawca mógł ustalić cenę oferty. Tym samym, wyjaśnienia w tym zakresie nie miałaby wpływu na treść oferty. Cena oferty nie uległaby w żaden sposób zmianie. Podstawą ustalenia ceny stanowiącej treść oferty są ustalenia związane z personelem świadczącym usługi. W żaden sposób nie doszłoby do niedopuszczalnych negocjacji treści oferty. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że z uwagi na obowiązek zamawiającego związany z rzetelnym przeprowadzeniem postępowania w pewnych sytuacjach może zaistnieć konieczność zastosowania przez zamawiającego tego rozwiązania, zwłaszcza gdy zamawiający uważa, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2022 r., KIO 2922/22).

Dodatkowo, w sytuacji zaistniałej w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący, który złożył najkorzystniejszą ofertę, ponosi konsekwencje niestarannego przygotowania wzorów dokumentów przez Zamawiającego. Odwołujący, działając zgodnie ze wszystkimi zapisami dokumentacji zamówienia, złożył ofertę zgodnie z formularzem załączonym i wymaganym w SWZ, zakładając, że zawarte są tam wszystkie niezbędne Zamawiającemu informacje konieczne do oceny ofert (wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2022 r., KIO 1419/22).

W konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający uznał za najkorzystniejszą dużo droższą ofertę Konsorcjum Seris Konsalnet Cleaning sp. z o.o., Seris Konstalnet Ochrona sp. z o.o., która w rankingu uplasowała się dopiero na 6 pozycji. Jednocześnie Zamawiający nie poinformował Odwołującego o powodach odrzucenia 4 pozostałych ofert w postępowaniu, co może zostać uznane za naruszenie zasady przejrzystości i ograniczenia dostępu do środków ochrony prawnej. Z uwagi na cenę oferty uznanej na najkorzystniejszą Zamawiający unieważnił postępowanie, co nie miałaby miejsca gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, pismem z dnia 11 maja 2023 r. Wniósł o oddalenie odwołania, jako niezasadnego w całości. W zakresie zarzutów dotyczących przedmiotowej części zamówienia wskazał, że wystąpiły przesłanki wynikające z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zamawiający podniósł, że jak wskazuje się w orzecznictwie, niezgodność treści oferty z treścią SWZ stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzieleniu zamówienia i zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. To zamawiający określa wymagania zarówno co do świadczenia, które zamawia, jak i w odniesieniu do zakresu i sposobu konkretyzacji oświadczenia woli składanego przez wykonawcę. Oświadczenie to jest podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał, że określił w SWZ istotne dla stron postanowienia przedstawione we wzorze umowy. Oferta złożona przez wykonawcę powinna swoim zakresem obejmować taki sposób wykonania zamówienia, który będzie uwzględniał wszystkie wymagania SWZ. Zgodnie z zapisami wzoru umowy § 5 ust. 2, wykonawca na etapie składania oferty powinien określić ilość osób sprzątających zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w przeliczeniu na pełne etaty.

Zgodnie z pkt 2.1.8 SWZ, „szczegółowe warunki realizacji zamówienia zostały zawarte we wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 3/I-III do SWZ" . Nie można zatem przyjąć, jak czyni to Odwołujący, iż deklaracja o minimalnej liczbie osób sprzątających nie była elementem SWZ.

Zgodnie z pkt 4.3.1 SWZ „Ofertę składa się na Formularzu oferty stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ. Na Ofertę składa się:

4.3.1.1. – Formularz oferty wypełniony zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ."

Formularz oferty stanowiący Załącznik nr 1 do SWZ w pkt 1.1. wskazuje wyraźnie: „Oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w Opisie przedmiotu zamówienia zawartym w pkt 2. SWZ i we Wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ." Oznacza to, iż deklaracja o minimalnej liczbie osób

sprzątających jest wymogiem skutecznego zawarcia umowy na przedmiot określonego zamówienia. W pkt 3.3. formularza oferty Odwołujący potwierdził oświadczenia o następującej treści: „Oświadczamy, że zawarty w SWZ wzór umowy został przez nas zaakceptowany i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na warunkach określonych we Wzorze umowy w miejscu i w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.”.

Z powyższego wynika, iż wykonawca był zobowiązany zawrzeć w ofercie deklarację o minimalnej liczbie osób sprzątających. Wykonawca złożył w Formularzu ofertowym oświadczenie, iż zapoznał się z SWZ oraz zobowiązał się do stosowania i ścisłego przestrzegania warunków w niej określonych. Dodatkowo złożył oświadczenie o akceptacji wzoru umowy, lecz nie zadeklarował ilości osób. Informację w tym zakresie, wykonawca mógł sporządzić samodzielnie w ofercie lub dodatkowym załączniku do oferty.

Zamawiający wyjaśnił, że przeprowadził wnikliwą i szczegółową analizę porównawczą treści ofert oraz warunków zamówienia, w szczególności co do zakresu, warunków realizacji i innych elementów istotnych do wykonania zamówienia, podejmując w swoim przekonaniu właściwą decyzję. Na marginesie Zamawiający wskazał, że zgodnie z pkt 1.5.5. SWZ, jeśli potencjalny wykonawca nie był w stanie prawidłowo zinterpretować stawianych wymagań i miał wątpliwości co do treści SWZ i jego załączników, to na etapie składania oferty mógł zgłosić się z odpowiednim zapytaniem do Zamawiającego.

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 106 ust. 1 oraz art. 223 Pzp, Zamawiający zauważył, że deklaracja o liczbie osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę nie stanowiła dodatkowego dokumentu, a treść wynikała z wzoru umowy, stanowiącego element specyfikacji warunków zamówienia. Zamawiający nie żądał od wykonawców złożenia innych dokumentów poza dokumentami wskazanymi w SWZ. Złożona oferta nie odpowiada wymogom określonym w SWZ, a deklarację należy zakwalifikować jako element oferty, nie podlegający uzupełnieniu w rozumieniu art. 107 i art. 128 Pzp.

Prawo zamówień publicznych przyznaje zamawiającym możliwość określenia istotnych postanowień przyszłej umowy i podania ich do wiadomości wykonawców, którzy poprzez złożenie oferty w postępowaniu akceptują te postanowienia. Wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne jej warunki lub istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy, stanowią, obligatoryjny element specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (wyrok z dnia 24 października 2008 r., KIO/UZP 1093/08). W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna być oceniania z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 239 oraz art. 253 Pzp Zamawiający zauważył, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. W trakcie badania i oceny ofert zamawiający analizuje, czy złożona oferta spełnia kryteria oceny oraz czy jest zgodna z warunkami zamówienia, poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, rachunkowe oraz inne omyłki, a także czy badana oferta nie podlega odrzuceniu, a wykonawca wykluczeniu. Oferta

Odwołującego, w ocenie Zamawiającego, nie jest zgodna z warunkami zamówienia i została odrzucona z uwagi na brak zawarcia informacji o minimalnej liczbie osób sprzątających.

W orzecznictwie przez pojęcie „treść oferty” należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego zamówienia. „Treść oferty” to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym. Ofertę złożoną przez Odwołującego uznać należy zatem za nieprawidłową.

Zamawiający stwierdził, że zgodnie z art. 239 Pzp, dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich ofert nie podlegających odrzuceniu. Cena oferty spełniającej kryteria złożonej przez Konsorcjum firm: Seris Konsalnet Cleaning sp. z o.o. oraz Seris Konstalnet Ochrona sp. z o.o. znacznie przewyższyła kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, a w związku z powyższym, Zamawiający unieważnił postępowanie w zakresie części I zamówienia na podst. art. 255 ust. 3 Pzp.

Zamawiający wskazał również, że zadeklarowanie w ofercie liczby osób sprzątających nie oznacza obowiązku podania ww. informacji w formularzu ofertowym. Zamawiający pozostawił dowolność przedstawienia tej deklaracji/informacji wykonawcy, zwłaszcza że, jak Odwołujący przyznał w uzasadnieniu, wycenę oparł na kalkulacji pracy osób i liczby etatów.

Zamawiający jasno sprecyzował treść SWZ. Odwołujący niezwłocznie po publikacji SWZ zapoznał się z jej treścią i wówczas nie budziła ona żadnych jego wątpliwości, była jasna i zrozumiała. Odwołujący nie kwestionował postanowień ani nie zadawał pytań by wyjaśnić to, co jego zdaniem jest w SWZ nieprecyzyjne bądź niezgodne z Pzp.

Zarzut o niepodejmowaniu żadnej próby ustalenia treści oferty jest nieuprawiony, ponieważ Zamawiający może podjąć

tylko takie działania, które są zgodne z ustawą Pzp, w tym również - próby uzupełnienia oferty w zakresie, który jest przedmiotem odwołania.

Na rozprawie strony podtrzymały w całości swoje stanowiska.

Zamawiający dodatkowo wyjaśnił, że 8 ofert na 9 złożonych w cz. I zamówienia zostało odrzuconych z tego powodu, że wykonawcy nie złożyli w ofertach oświadczenia co do ilości osób, które zamierzają zatrudnić na podstawie umowy o pracę, do wykonywania zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, że każdego wykonawcę poinformował o odrzuceniu jego oferty, a jednocześnie przyznał, że nie wysyłał do wykonawców zbiorczej informacji w powyższym zakresie. Wyjaśnił, że tylko jeden wykonawca złożył deklarację odnośnie ilości

planowanych do zatrudnienia osób w podziale na sezon letni i sezon zimowy oraz co do ilości etatów, dopisując samodzielnie te informacje w Formularzu ofertowym.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje w całości na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Stan faktyczny w niniejszej sprawie nie był sporny pomiędzy stronami. Strony nie kwestionowały treści postanowień SWZ i wzoru umowy, wobec czego Izba odstąpiła od przytoczenia treści wszystkich powyższych postanowień ponownie w treści niniejszego uzasadnienia wyroku.

Izba ustaliła, że w SWZ w pkt 2.1.6 wprowadzono wymóg zatrudnienia osób wykonujących przedmiot zamówienia w oparciu o umowę o pracę z co najmniej minimalnym wynagrodzeniem. W załączniku nr 2 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) w pkt I.5.12 Zamawiający wskazał, że imienna lista pracowników realizujących usługę ma zostać przedstawiona przez wykonawcę przy podpisaniu umowy. W pkt I.6.12 załącznika nr 2 (Opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający określił minimalną wymaganą liczbę pracowników i etatów. We wzorze umowy (załącznik nr 3.I do SWZ) w § 5 ust. 2 Zamawiający przewidział do wypełnienia przy podpisywaniu umowy z wykonawcą miejsce do wpisania informacji odnośnie ilości osób zatrudnionych przy realizacji zamówienia i odpowiednio – ilości etatów.

Bezspornym faktem w niniejszej sprawie jest, że Zamawiający w treści SWZ określił minimalną liczbę osób, które miały wykonywać przedmiot zamówienia. Bezsporne jest również, że ogłoszenie o zamówieniu i SWZ nie zawiera wymagania, aby wykonawcy złożyli wraz z ofertą dodatkowy dokument, zawierający oświadczenie na okoliczność - ile osób wykonawca zamierza zatrudnić przy realizacji zamówienia i w jakiej ilości etatów. Ponadto, w żadnym miejscu SWZ Zamawiający nie zawarł postanowienia, aby wykonawcy w Formularzu oferty lub w załączniku do oferty złożyli powyższe oświadczenie. Wzór Formularza oferty opracowany przez Zamawiającego nie przewiduje miejsca, w którym stosowne oświadczenie wykonawcy mogliby złożyć.

Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, biorąc pod uwagę treść Wzoru umowy, w tym w szczególności postanowienia § 5 ust. 2, o treści:

„Minimalna ilość osób sprzątających, o których mowa w ust. 1, jaką Wykonawca

zobowiązany jest zatrudnić na podstawie umowy o pracę w poszczególnych obiektach Zamawiającego, wymiar czasu pracy tych osób są określone w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do umowy. Liczba osób sprzątających

zatrudnionych na podstawie umowy o pracę zadeklarowana w ofercie Wykonawcy wynosi ….., co w przeliczeniu tej liczby osób na pełne etaty stanowi ….etatów(…)", wykonawcy byli zobowiązani zadeklarować w ofercie ilość osób i ilość etatów, przewidzianych do realizacji zamówienia, tj. złożyć w ofercie dodatkowe oświadczenie na tę okoliczność, według swojego uznania w dowolnej formule – jako dopisek w Formularzu oferty lub też jako odrębny dokument zawierający oświadczenie w załączeniu do oferty.

Na część I zamówienia (Część I - Usługi sprzątania wewnętrznego ZUS O/Kraków, Inspektoraty ZUS: Kraków-Krowodrza, Kraków - Nowa Huta, Biuro Terenowe Miechów i Biuro Terenowe Proszowice) złożono 9 ofert.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający odrzucił osiem ofert spośród dziewięciu, które wpłynęły w części I zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, tj. jako niezgodne z warunkami zamówienia, z powodu braku złożenia przez wykonawców w ofercie oświadczenia o liczbie osób, które zamierzają zatrudnić przy realizacji zamówienia oraz ilości etatów. Jedną z odrzuconych ofert jest oferta złożona przez Odwołującego. Tylko jeden wykonawca dopisał samodzielnie wskazaną powyżej informację odnośnie zatrudnienia w Formularzu oferty.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2, art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz poprzez przedstawienie uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, nieadekwatnego do podanej podstawy prawnej odrzucenia, a w konsekwencji – naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

Izba stwierdziła również naruszenie art. 106 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 Pzp, poprzez żądanie przez Zamawiającego na etapie oceny ofert dokumentów niewskazanych w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia, a także zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień treści złożonej oferty.

W ocenie Izby, treść dokumentów zamówienia potwierdza w sposób bezsprzeczny, że Zamawiający nieprawidłowo uznał, że z treści §5 ust. 2 wynika wymóg złożenia przez wykonawców w ofercie oświadczenia co do liczby osób sprzątających zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, a także wynikających z przeliczenia tych osób - ilości etatów. Jakiekolwiek wymagane dokumenty czy oświadczenia muszą być bowiem wskazane w

ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ. Wzór umowy, co prawda jest częścią SWZ, ale dotyczy on etapu realizacji umowy. Nie jest celem Wzoru umowy określanie, jakie dokumenty wykonawcy muszą złożyć wraz z ofertą. Zgodnie z art.. 106 ust. 1 Pzp, zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Zatem, zamawiający ma obowiązek wprost sformułować w ogłoszeniu lub SWZ wymaganie złożenia wraz z ofertą określonego dokumentu (w tym również oświadczenia) oraz określić jednoznacznie jakiego dokumentu żąda. Zamawiający nie może oczekiwać przedstawienia w ofercie przez wykonawców jakichkolwiek informacji w przypadku, gdy jednoznacznie takiego wymagania nie określił.

Skoro zatem, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wymagał w ogłoszeniu i SWZ złożenia oświadczenia odnośnie liczby zatrudnionych pracowników i liczby etatów na potrzeby realizacji zamówienia, to stosownie do art. 106 ust. 1 Pzp, nie może wymagać takiego dokumentu na etapie oceny ofert. Należy podkreślić przy tym, że Zamawiający we wzorze Formularza oferty (załącznik nr 1 do SWZ) nie przygotował żadnego miejsca do wpisania przez wykonawców informacji, o których mowa w §5 ust. 2 Wzoru umowy. Wzór Formularza oferty został opracowany przez samego Zamawiającego, który jednoznacznie wymagał złożenia oferty na Formularzu oferty, co wskazuje, że wykonawcy nie byli uprawnieni do modyfikowania treści tego Formularza poprzez dopisywanie dodatkowych oświadczeń.. Wszelkie samodzielne dopiski, dodatkowe oświadczenia złożone przez wykonawcę na Formularzu oferty mogą być poczytywane jako niedozwolona modyfikacja przez wykonawcę warunków zamówienia.

Jak słusznie zauważył Odwołujący, realizacja zamówienia obejmującego usługę sprzątania wymaga skalkulowania w ofercie określonej liczby zatrudnionych osób. Zatem, niezależnie od tego, czy wykonawca złoży wprost oświadczenie w tym zakresie w ofercie, czy też nie, to określona liczba pracowników musi być uwzględniona przez wykonawcę w ofercie. Ponieważ wykonawca potwierdził w Formularzu oferty, że jego oferta uwzględnia wszystkie wymagania SWZ i Wzoru umowy, to brak jest podstaw do uznania, że niezłożenie oświadczenia co do ilości pracowników stanowi o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Oświadczenie to bowiem potwierdza, że wykonawca zapewni ilość osób zgodną z SWZ, tj. co najmniej ilość określoną przez Zamawiającego, jako minimalną.

Zgodnie z 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. Przepis ten uprawnia zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w tym, np. w zakresie liczby pracowników i etatów, przewidzianych przez wykonawcę i uwzględnionych w ofercie. Takie wyjaśnienia nie powodują zmiany treści oferty, ponieważ oferta w momencie jej złożenia musiała już uwzględniać konkretną liczbę pracowników, co wymagało odpowiednio skalkulowania kosztów zatrudnienia tych pracowników w cenie oferty.

Izba w pełni podziela pogląd, że niezgodność treści oferty z treścią SWZ zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Odrzucenie oferty, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, wymaga jednak, aby zamawiający powziął pewność na podstawie treści oferty, że dana oferta nie spełnia określonego jednoznacznie w SWZ wymogu. Niezgodność taka musi mieć charakter merytoryczny. Jak wskazywał sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna być oceniania z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty nie wykazał niezgodności treści oferty Odwołującego z SWZ. Zamawiający nie wykazał, że oferta Odwołującego nie spełnia warunków zamówienia w znaczeniu materialnym, tj. że Odwołujący nie uwzględnił w ofercie minimalnej ilości osób i etatów określonej przez Zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia (SWZ).Tym samym, Zamawiający nie przedstawił prawidłowego uzasadnienia faktycznego potwierdzającego spełnienie przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 266 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Ponadto, zauważyć należy, iż fakt, że ośmiu na dziewięciu wykonawców nie złożyło w ofercie dodatkowego oświadczenia o liczbie zatrudnionych osób i liczbie etatów wprost potwierdza niejasność i niejednoznaczność treści SWZ w powyższym zakresie. Nie ulega wątpliwości, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym zamawiający samodzielnie formułuje warunki zamówienia, a wykonawcy muszą je spełnić, składając oferty, wszelkie

niejasności treści SWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, Odwołujący złożył ofertę na Formularzu ofertowym, zgodnie z wzorem opracowanym przez Zamawiającego, w tym w szczególności

zgodnie z pkt 4.3.1 SWZ, który stanowił, że ofertę należy złożyć na przygotowanym przez Zamawiającego formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ. W Formularzu oferty Odwołujący m.in. oświadczył, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone w pkt 2 SWZ i we wzorze umowy (pkt 1.1 formularza oferty), że wykona zamówienia na warunkach określonych w SWZ (pkt 1.2). Odwołujący poświadczył tym samym zatrudnienie pracowników w oparciu o umowę o pracę w zakresie wskazanym w SWZ, a także zatrudnienie co najmniej minimalnej liczby osób w wymaganym minimalnym wymiarze czasu pracy co było wskazane we wzorze umowy i opisie przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, należało uznać, że oferta Odwołującego spełnia wymagania i warunki zamówienia zarówno pod względem formalnym, jak i merytorycznym, tj. w zakresie zachowania minimalnych wymogów zatrudnienia. Na podstawie treści złożonej oferty na formularzach opracowanych przez Zamawiającego, Zamawiający nie miał żadnej przesłanki do uznania, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie może ponosić odpowiedzialności za niestaranne przygotowanie w postępowaniu wzorów dokumentów przez Zamawiającego. Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji uchybień i błędów popełnionych przez Zamawiającego przy formułowaniu dokumentów zamówienia.

W okolicznościach niniejszej sprawy Izba stwierdziła, że w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający naruszył także przepisy art. 17 ust. 2, art. 239 oraz art. 253 Pzp, poprzez zaniechanie oceny oferty Odwołującego, zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w SWZ. W danym stanie faktycznym nieuzasadnione było także unieważnienie postępowania przez Zamawiającego na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, gdyż cena oferty Odwołującego nie przekracza środków przeznaczonych przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia.

Opisane powyżej i zakwestionowane w odwołaniu czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu (w tym także brak przekazania wykonawcom informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, co Zamawiający sam potwierdził na rozprawie) naruszyły istotnie zasadę przejrzystości postępowania, o której jest mowa w art. 16 pkt 2 Pzp.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553, art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a i b Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: ……