

Sygn. akt:KIO 1646/24

KIO 1649/24

## WYROK

Warszawa, dnia 11 czerwca 2024 r.

### Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2024 r.:

A.przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: „IZAN+” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Naprzód Hospital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą lidera w Krakowie

B.przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Optima Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą lidera we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1646/24 - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Ever Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ever Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Everteam Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą lidera w Warszawie

przy udziale uczestników w postępowaniu o sygn. akt KIO 1649/24:

A.po stronie odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: „IZAN +” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Naprzód Hospital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą lidera w Krakowie

B.po stronie zamawiającego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Ever Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ever Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Everteam Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą lidera w Warszawie

### orzeka:

#### KIO 1646/24

1.oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego;

2.2.zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: „IZAN +” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, Naprzód Hospital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi na rzecz Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Białymstoku kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

#### KIO 1649/24

1. oddała odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Optima Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu na rzecz Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Białymstoku kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

**Sygn. akt: KIO 1646/24**

**KIO 1649/24**

### **Uzasadnienie**

Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. - dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *„Usługa kompleksowego sprzątnia, czynności pomocniczych i transportu wewnętrznego”*, numer referencyjny: 22/2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskich w dniu 12 lutego 2024 roku pod numerem 88084-2024.

W dniu 30 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Ever Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ever Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Everteam Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą lidera w Warszawie (dalej również: „Ever” lub „Konsorcjum Ever”).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: „IZAN+” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Naprzód Hospital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą lidera w Krakowie (dalej: „Odwołujący IZAN” lub „IZAN”) i wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Optima Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą lidera we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący Impel” lub „Konsorcjum Impel”) wnieśli odwołania wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, które są prowadzone pod sygn. akt odpowiednio: KIO 1646/24 i KIO 1649/24.

**KIO 1646/24**

Odwołujący IZAN zarzucił Zamawiającego naruszenie przepisów:

1) art. 224 w zw. z art. 16 w zw. z 17 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy i Impel do wyjaśnienia sposobu kalkulacji istotnych składowych ceny całkowitej netto za usługę kompleksowego sprzątnia wskazanej przez Konsorcjum Ever i Konsorcjum Impel w załączniku nr 13 do umowy tj. Formularzu cenowym, pod pozycją „Usługa kompleksowego sprzątnia” – w sytuacji gdy w odniesieniu do wyżej wskazanej ceny zachodzą uzasadnione wątpliwości co do jej realnego charakteru i uwzględnieniu przez Ever i Impel wszystkich kosztów oraz gdzie łączna wartość ceny wskazanej przez Ever i Impel nie pokrywa się z treścią dokumentów zamówienia tj. kosztami minimalnego wynagrodzenia za prace ustalonymi na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę wynikających z wymogów co do etatyzacji określonych w dokumentach zamówienia, a tym bardziej dodatkowych elementów cenotwórczych i tym samym budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

2) art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty Ever jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy Zamawiający był obowiązany na podstawie art. 224 P.z.p do wezwania Wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Wskazując na powyższe, Odwołujący IZAN wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
- 2) dokonanie ponownie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu
- 3) wezwanie Ever i Impel do:

a) wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny brutto za usługę kompleksowego sprzątnia wskazanej przez Ever i Impel, zaoferowaną przez Ever i Impel w załączniku nr 13 do umowy tj. Formularzu cenowym, w rubryce „Usługa kompleksowego sprzątnia”, w tym w szczególności wyjaśnienie czy w obliczeniu wyżej wymienionej ceny Ever i Impel uwzględnili i w jakiej wysokości uwzględnili:

- i. koszty płac osób wyznaczonych do realizacji poszczególnych usług;
- ii. koszty wyposażenia osób realizujących zamówienie w odzież roboczą i odzież ochronna w rozbiciu na poszczególne usługi;
- iii. koszty szkoleń, badań szczepień i ewentualnego postępowania poekspozycyjnego dla osób wyznaczonych do realizacji poszczególnych usług;
- iv. koszty środków preparatów chemicznych, dezynfekcyjnych, higienicznych oraz worków na odpady niezbędnych do wykonania usług;
- v. koszty sprzętu i narzędzi niezbędnych do wykonania poszczególnych usług; vi. koszty wyposażenia poszczególnych komórek szpitala w dozowniki, podajniki, kosze, stelaże, szczotki wskazane w SWZ;
- vii. koszty wdrożenia programu monitorującego poziom higieny szpitalne,
- viii. inne niezbędne do wykonania usługi

oraz przedstawienia przez Ever i Impel dowodów potwierdzających, że zaoferowana przez nich cena jest rynkowa i zapewnia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

W uzasadnieniu pierwszego zarzutu Odwołujący IZAN podał, że Zamawiający w Załączniku nr 13 do wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 9 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) – wskazał Formularz cenowy w którym zostały przewidziane trzy składowe ceny ostatecznej: Usługa kompleksowego sprzątnia; Usługa czynności pomocniczych; Usługa transportu wewnętrznego. Ever i Impel wskazali następujące wartości:

Ever;

Impel:

Jednocześnie Zamawiający w Załączniku nr 5 do Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”), stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ – zamieścił tabele minimalnej obsady personelu w jednostkach organizacyjnych szpitala. W Załączniku nr 9 do OPZ Zamawiający zamieścił wykaz powierzchni do sprzątnia. Natomiast w Załączniku nr 1 do OPZ Zamawiający wskazał zakres czynności związanych z utrzymaniem czystości. Załącznik nr 12 do OPZ zawiera zestawienie powierzchni okien. Zgodnie z załącznikiem nr 9 do SWZ § 2 pkt 4: Do wykonywania Przedmiotu Umowy Wykonawca zobowiązuje się przeznaczyć co najmniej taką ilość Personelu, która umożliwi realizację wszystkich czynności określonych w Załącznikach nr 1, 2, 3, zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 4, z zastrzeżeniem minimalnej obsady personelu w jednostkach organizacyjnych Szpitala wyszczególnionej w tabeli Załącznika nr 5. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ Formularz oferty i złożonym tam oświadczeniem pkt.3.4.: „oświadczamy że osoby wykonujące prace związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia w zakresie utrzymania czystości na blokach operacyjnych polegających na sprzątniu codziennym, profilaktycznym oraz okresowym sprzątniu gruntownym oraz czynności pomocnicze przy obsłudze pacjentów we wszystkich jednostkach, a także transport wewnętrzny będą zatrudnione na umowę o pracę”. Dodatkowo w ust. „4.6 do SWZ Zamawiający określa następujące wymagania odnośnie zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę: „Zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności objęte przedmiotem zamówienia, jeśli wykonanie tych czynności polega na wykonaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy. Obowiązek ten dotyczy w szczególności osób wykonujących czynności utrzymania czystości na Blokach operacyjnych polegających na sprzątniu codziennym, profilaktycznym oraz okresowym sprzątniu gruntownym oraz czynności pomocnicze przy obsłudze pacjentów we wszystkich jednostkach, a także transport wewnętrzny.” Z powyższej tabeli wynika minimalna obsada równa 42 etaty dla personelu sprzątnającego zatrudnionego na umowę o pracę. Do tego należy doliczyć minimum 3 etaty, salowe serwisowe rejon godziny pracy 19.00 -7.00. Zgodnie z pozostałymi zapisami zawartymi w załączniku nr 5 do OPZ: Ilość etatów

personelu sprząającego dla Bloku Operacyjnego wynosi 45 wymaganych dla usług utrzymania czystości. Dla wyliczenia kosztów osobowych Odwołujący przyjął wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę obowiązujące w dniu składania oferty:  $4\,242,00 + \text{koszty pracodawcy (20\%)} = 5090,40$  złotych; Blok Operacyjny (umowa o pracę)  $45 \text{ etaty} \times 5090,40 \text{ zł} = 229.068,00$  złotych, w tym:  $42 \text{ etaty personelu sprząającego} \times 5090,40 \text{ zł} = 213.796,80 \text{ zł}$ ,  $3 \text{ etaty salowe serwisowe} \times 5090,40 \text{ zł} = 15.271,20$  złotych. Z tabeli załącznika 5 do umowy wynika  $28.792,48$  roboczogodzin miesięcznie dla personelu sprząającego, dla usług wymienionych w załączniku nr 13 do umowy tj. usług kompleksowego sprzątania. Ilość Roboczogodziny miesięcznie  $28\,792,48 \times 27,70 \text{ zł} = 797.551,70 \text{ zł}$ . Zatem kwota wynagrodzeń dla personelu sprząającego zatrudnionego na umowę o pracę na Bloku Operacyjnym + ilość roboczogodzin dla personelu sprząającego wynikająca z załącznika nr 5 do umowy daje łącznie:  $229.068,00 \text{ złotych} + 797.551,70 \text{ złotych} = 1.026.619,70 \text{ zł}$ . Powyższe obliczenia nie obejmują kwoty zastępstw (urlopowych i chorobowych). Dodatkowo zgodnie z załącznikiem nr 4 do umowy (zasady pracy) pkt 46 Zamawiający dopuszcza rotacje pracowników Wykonawcy wyłącznie w sytuacjach nieprzewidzianych, po uzgodnieniu z Zamawiającym. Odwołujący zaznaczył, że gdyby przyjąć, że pozostałe osoby sprząające o których mowa w załączniku numer 5 byłyby zatrudnione na umowę o pracę to koszt byłby jeszcze większy i wyniósłby  $217 \text{ etatów}$ , czyli  $1\,104\,616,80 \text{ zł}$  (bez zastępstw urlopowych i chorobowych). Odnośnie do powierzchni wskazanej do sprzątania, Zamawiający podzielił ją na konkretne budynki i wynosi ona w odniesieniu do:

- 1) Budynków A-F –  $28.779,55 \text{ m}^2$  (słownie: dwadzieścia osiem tysięcy siedemset siedemdziesiąt dziewięć  $55/100$  metrów kwadratowych);
- 2) Budynków G,H,F –  $27.928,29 \text{ m}^2$  (słownie: dwadzieścia siedem tysięcy dziewięćset dwadzieścia osiem  $29/100$  metrów kwadratowych);
- 3) Bloków M –  $8.864,59 \text{ m}^2$  (słownie: osiem tysięcy osiemset sześćdziesiąt cztery  $59/100$  metrów kwadratowych);
- 4) Blok mieszkalny –  $971,00 \text{ m}^2$  (słownie: dziewięćset siedemdziesiąt jeden metrów kwadratowych);
- 5) Warsztaty + Biuro Administracji –  $274 \text{ m}^2$  (słownie: dwieście siedemdziesiąt jeden metrów kwadratowych).

Odwołujący IZAN stwierdził, że Zamawiający przewiduje łącznie  $66.817,43 \text{ m}^2$ . Dodatkowo Zamawiający wskazuje łącznie  $8.841,35 \text{ m}^2$  okien w powyżej wskazanych budynkach. Zakres czynności związanych z utrzymaniem czystości zostały przez Zamawiającego przewidziane w załączniku nr 1 do OPZ. Mając na uwadze wymagania Zamawiającego w zakresie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, w ocenie Odwołującego IZAN ceny wskazane przez Ever i Impel za usługę kompleksowego sprzątania są rażąco niskie. Wskazana przez Ever i Impel cena, za utrzymanie czystości nie pokrywa, nawet kosztów związanych z zatrudnieniem osób niezbędnych do realizacji kompleksowej usługi sprzątania (narzuconej przez Zamawiającego obsady osobowej). Oprócz kosztów ponoszonych na zatrudnienie pracowników, wykonawcy będą musieli ponieść jeszcze inne koszty np. środków myjących, dezynfekujących, narzędzi i innych niezbędnych do realizacji usługi. Istotnym jest również, że wymogi co do dostępności pracowników Ever i Impel wskazanych w SWZ godzin świadczenia usługi, 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 co do dostępności pracowników ustalonym w SWZ. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp istotne części składowe ceny, którą wykonawcy proponują za realizację zamówienia publicznego, muszą być rynkową i nie nosić znamion ceny rażąco niskiej. Okoliczność ta powinna wynikać wprost z oferty, a jeśli jest taka potrzeba z dodatkowych wyjaśnień złożonych przez Ever i Impel. Czynniki i składowe ceny wykonawcy winny zawsze znaleźć odniesienie do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SWZ. Sprawdzenie wyceny oferty wykonawcy dokonywane przez Zamawiającego powinno mieć charakter wiarygodnej i rzetelnej analizy, znajdującej potwierdzenie w obowiązujących przepisach prawa, powszechnie znanych faktach lub dodatkowo dowodach przedstawionych przez wykonawcę. Odwołujący dodał, że koszty realizacji zamówienia oprócz minimalnego wynagrodzenia, powinny uwzględniać również koszty pochodne płac (ZUS, ekwiwalent BHP, dodatki za pracę w godzinach nocnych, zastępstwa urlopowe i chorobowe), koszty wyposażenia osób realizujących zamówienie w odzież roboczą i odzież ochronną, koszty szkoleń, badań, szczepień i ewentualnego postępowania poekspozycyjnego, koszty środków, preparatów chemicznych, dezynfekcyjnych, higienicznych oraz worków na odpady, koszty sprzętu i narzędzi, koszty wyposażenia poszczególnych komórek szpitala w dozowniki, podajniki, kosze, stelaże, szczotki, koszty wdrożenia programu monitorującego poziom higieny szpitalnej. 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. Wybrany i drugi wykonawca takiej rezerwy nie zachował. Ceny za utrzymanie czystości zaoferowane przez obu ww. wykonawców nie tylko nie mają ww. zapasu, ale przede wszystkim wykazują stratę - nie pokrywają już kosztów płac kadr wymaganych zgodnie z SWZ do realizacji ww. czynności. Wobec powyższego, z uwagi na stan

faktyczny sprawy w postępowaniu istnieją poważne wątpliwości co do możliwości i prawdziwego zamiaru realizacji zamówienia na warunkach zaoferowanych przez wybranego i drugiego wykonawcę w ofercie.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący IZAN wskazał, że koszt wykonania zamówienia, nie może być wytłumaczony przez wybranego i drugiego wykonawcę otrzymywanym dofinansowaniem do wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych. Zadeklarowanie otrzymywania ww. dofinansowania w żaden sposób nie oznacza, że pomoc publiczna została przyznana wybranemu lub drugiemu wykonawcy do realizacji niniejszego zamówienia. Ponadto zgodnie z opinią prawną UZP pn. „Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji” - „*wykonawca może uzasadniając niskie koszty pracy pomocą publiczną, która została mu przyznana, a nie zamiarem ubiegania się o taką pomoc. Jedynie w takim przypadku możliwe jest bowiem definitywne ustalenie udziału wykonawcy w ponoszeniu kosztów wynagrodzenia pracowników, względem których przyznawane jest dofinansowanie, a informacja ta jest niezbędna dla zamawiającego w procesie oceny czy cena lub koszt są rażąco niskie*”. Wobec powyższego 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.

Zdaniem Odwołującego, oferta wybranego i drugiego wykonawcy nie zawiera danych, pozwalających przyjąć, że ww. wykonawcy zastosowali szczególnie oszczędne metody wykonania zamówienia, specyficzne rozwiązania techniczne, lub, że znajdują się w wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia. Odwołujący wskazuje, iż cena za usługi utrzymania czystości zaproponowana przez wykonawców Ever i Impel, nie pokrywa podstawowego kosztu wykonania tych usług, tj. kosztów pracy. Kalkulacja przedstawiona przez Odwołującego dowodzi, że obliczając ww. wartość nie jest możliwe osiągnięcie ceny na poziomie zbliżonym do ceny zaoferowanej przez wybranego i drugiego wykonawcę. Cena za usługi kompleksowego sprzątnia stanowi istotną część składową, w rozumieniu art. 224 § 1 Pzp. Z § 8 ust. 1 wzoru umowy oraz załącznika nr 11 do Umowy wynika, że za wykonanie usługi potencjalny wykonawca i Zamawiający będą się rozliczać oddzielnie za usługę kompleksowego sprzątnia, czynności pomocniczych i transportu wewnętrznego. Dlatego też mamy do czynienia z trzema istotnymi częściami składowymi ceny i możliwe jest odnośnienie rażąco niskiej ceny do części składowych ceny należnej za kompleksowe usługi sprzątnia. Pomimo istnienia ww. uzasadnionych podejrzeń Zamawiający zaniechał wezwania ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Do odwołania zostały załączone załączniki nr 1, 5, 9 do umowy (Zakres czynności związanych z utrzymaniem czystości, Tabela: Minimalnej obsady personelu, Wykaz powierzchni do sprzątnia).

#### **KIO 1649/24**

Odwołujący Impel zarzucił Zamawiającego naruszenie przepisów:

1)art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny ofertowej, pomimo, że cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę:

a)nie pokrywa podstawowych produkcyjnych kosztów wykonania zamówienia, na które składają się:

i.koszty zatrudnienia osób realizujących zamówienie - koszty minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę wraz z narzutami obciążającymi pracodawcę

oraz

ii.koszty materiałów, sprzętu i usług obcych niezbędnych do wykonania zamówienia b) budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

2)art. 239 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp poprzez:

a)przedwczesny wybór oferty najkorzystniejszej;

b)dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej sprzecznie z przepisami Ustawy.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący Impel wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia i uchylecia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;

3)wezwania wykonawcy Konsorcjum Ever Medical Care Sp. z o.o. i Ever Cleaning Sp. z o.o. i Everteam Sp. z o.o. (dalej Konsorcjum Ever) do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny ofertowej tj. do złożenia wyjaśnień, o których mowa

w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wraz z dowodami;

- 4) aby wezwanie do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny ofertowej, zawierało zobowiązanie wykonawcy Konsorcjum Ever do przedstawienia kalkulacji ceny ofertowej uwzględniającej co najmniej następujące pozycje kosztowe:
  - a) koszty płac osób wyznaczonych do realizacji zamówienia wraz z narzutami pracodawcy;
  - b) koszty materiałów - środków, preparatów i innych środków chemicznych niezbędnych do wykonania zamówienia;
  - c) kosztów sprzętu i narzędzi niezbędnych do wykonania zamówienia; oraz przedstawienia dowodów potwierdzających wysokość ww. kosztów;
- 5) odrzucenia ofert wybranego wykonawcy Konsorcjum Ever o ile ww. wykonawca nie wykaże w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska;
- 6) nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu Odwołujący Impel podał w szczególności, że cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę nie pokrywa minimalnych kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia. Wartość ww. minimalnych kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia wynika z wymagań co do narzuconej w SWZ etatyżacji i dostępności pracowników wynikających z Załącznika nr 2 do SWZ – Załącznik nr 5 i Załącznik nr 7c; zakresu czynności i zasad pracy opisanych w Załączniku nr 2 do SWZ – Załącznik nr 1 – 4; kryteriów doboru preparatów myjących, do konserwacji oraz środków dezynfekcyjnych wynikających z Załącznika nr 2 do SWZ – Załącznik nr 6 i zestawienia powierzchni okien w USK w Białymstoku wskazanych w Załączniku nr 2 do SWZ – Załącznik nr oraz przepisów prawa regulujących np. koszt wysokości minimalnych wynagrodzeń za pracę. Wartość ww. kosztów jest policzalna na podstawie danych obiektywnych i nie jest kwotą obliczoną przez Odwołującego wg. własnego pomysłu na realizację usługi. Cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę nie pokrywa, podstawowych kosztów wykonania zamówienia, którym są: koszty pracy - koszty zatrudnienia osób realizujących zamówienie obliczone według obowiązującej stawki płacy minimalnej obowiązującej od dnia 01.01.2024 r.; koszty dodatków za pracę w godzinach nocnych zgodnie z art. 151(8)§1 Kodeksu pracy; koszty zastępstw podczas urlopów wypoczynkowych; kosztów badań medycyny pracy zgodnie z art. 229 §4 Kodeksu pracy; kosztów składek ZUS obciążających pracodawcę (wykonawcę); kosztów preparatów myjących, do konserwacji oraz środków dezynfekcyjnych; kosztów sprzętów, maszyn i urządzeń niezbędnych do wykonania czynności wskazanych w Załączniku nr 2 do SWZ – Załączniki 1 - 3; kosztów usług obcych – koszty mycia okien metodą specjalistyczną; koszty badań mikrobiologicznych, koszty energii elektrycznej i wody, koszty prania mopów i odzieży roboczej oraz innych drobnych kosztów.

Odwołujący Impel na potrzeby odwołania w celu sprawdzenia wyliczenia ceny zaoferowanej przez wybranego wykonawcę, w załączeniu przedstawił kalkulację, która, jak stwierdził, rachunkowo obrazuje, że cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę jest niższa od minimalnych (produkcyjnych) kosztów wykonania zamówienia. Odwołujący Impel podkreślił, że do sporządzenia ww. kalkulacji przyjął, minimalną wysokość wynagrodzenia za pracę obowiązującą od 01.01.2024 r., że kalkulację załączoną do odwołania sporządził w odniesieniu do minimalnych, aktualnie obowiązujących w postępowaniu stawek wynagrodzenia. Odwołujący zastrzegł, że poniższa kalkulacja nie jest jego własnym pomysłem na organizację usługi. Kalkulacja ta jest de facto sprawdzeniem ceny ofertowej wybranego wykonawcy polegającym na zestawieniu minimalnych kosztów wykonania zamówienia przy uwzględnieniu wymogów SWZ. Wymogi co do dostępności pracowników wykonawcy i wskazanych w SWZ godzin świadczenia usługi, połączone z ustalonym w zamówieniu obowiązkiem zatrudnienia na umowę o pracę narzucają określony (policzalny) model zatrudniania. Wykonawca nie ma dowolności zatrudnienia a wybrany przez niego system pracy, zawsze musi odpowiadać wymogom dostępności ustalonym w SWZ. Zdaniem Odwołującego Impel kalkulacja załączona do odwołania jednoznacznie wskazuje, że cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę – przy zachowaniu wszystkich warunków przewidzianych w SWZ – jest niemożliwa do osiągnięcia, a tym samym w stosunku do ww. ceny zachodzi co najmniej podejrzenie, że jest rażąco niska. W załączonej do odwołania kalkulacji został przedstawiony najbardziej minimalistyczny wariant cenowy przy najkorzystniejszych dla wykonawcy założeniach umożliwiających realizację zamówienia zgodnie z SWZ. Kalkulacja ta dowodzi, że koszty wykonania zamówienia w ww. minimalistycznym wariacie wykonania usługi przewyższają cenę zaoferowaną przez wybranego wykonawcę.

Odwołujący Impel, zaznaczył, że ponieważ w treści „Załącznik do odwołania – kalkulacja kosztów wykonania zamówienia zawarł dane stanowiące tajemnicę jego przedsiębiorstwa, zastrzega poufność folderu „tajemnica przedsiębiorstwa” przedstawiając uzasadnienie dla zastrzeżenia.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołania w sprawach KIO 1646/24 i KIO 1649/24 wniósł o ich oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał w szczególności, że przy kryterium oceny ofert, gdzie cena

ma wagę 100% oferta najkorzystniejsza (z najniższą ceną) jest jedynie o 4,85% niższa od oferty z najwyższą ceną (IZAN, Naprzód), zaś oferta Ever (z najniższą ceną) jest tylko o 14,64% niższa od szacunkowej wartości zamówienia brutto, z tym że szacunkowa wartość zamówienia została przyjęta na podstawie oferty firm: Hospital Service Sp. z o. o., Impel Facility Services Sp. z o. o. Optima Cleaning Sp. z o. o. w poprzednim postępowaniu (138/2023), które zostało unieważnione na podstawie art. 255 ust. 3 Pzp. Biorąc pod uwagę stosunek wartości poszczególnych ofert do kwoty przeznaczanej na finansowanie zamówienia, który to wskaźnik jest zdaniem Zamawiającego bardziej rzeczywisty niż wskaźnik „oferta”/”szacunek”, uzyskuje się następujące wielkości: Hospital – 91,8 %, IZAN –93,41 %, EVER –88,9 % wartości oferty w stosunku do kwoty przeznaczanej przez Zamawiającego na realizację zamówienia.

Nazwa i adres wykonawcy	Cena oferty w zł	Wartość szacunkowa brutto (w zł)	Stosunek wartości poszczególnych ofert do wartości oferty z najniższą ceną (w %)	Stosunek wartości poszczególnych ofert do wartości szacunkowej zamówienia (w %)	Kwota przeznaczona na finansowanie zamówienia (w zł)
Konsorcjum firm: Hospital Service Sp. z o. o. Impel Facility Services Sp. z o. o. Optima Cleaning Sp. z o. o.	70463824,20	79927992,00	100%	88,16%	76758655,51
Konsorcjum firm: Izan+ Sp. z o. o. Naprzód Hospital Sp. z o. o.	71702082,36		96,82%	89,71%	
Konsorcjum firm Ever Medical Care Sp. z o. o. Ever Cleaning Sp. z o. o. Everteam Sp. z o. o.	68225839,56		95,15%	85,36%	

Zamawiający podał, że nie miał żadnych podstaw do wszczęcia badania rażąco niskiej ceny, tym bardziej, że warunek dotyczący doświadczenia, postawiony przez Zamawiającego konsorcjum Ever spełniał. Wszystkie 3 oferty są zbliżone do siebie wartością, zatem odzwierciedlają rzeczywiste ceny rynkowe. Ponadto Zamawiający w wyjaśnieniach SWZ z dnia 27 marca 2024 r. w odpowiedzi na pytanie nr 14 potwierdził waloryzację wynagrodzenia od 1 lipca 2024 r. w przypadku ustawowego wzrostu najniższego wynagrodzenia, co będzie miało miejsce zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r.

W podsumowaniu Zamawiający stwierdził, że przeprowadził postępowanie zgodnie z art. 16 i 17 ustawy Pzp, dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób prawidłowy i terminowy oraz zgodnie z przepisami ustawy Pzp, zaś to działanie Odwołujących w sposób celowy ma doprowadzić do wydatkowania środków publicznych w sposób niegospodarny, nieefektywny i naruszający art. 44 ust. 3 pkt. 1 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych.

Z zachowaniem wymogów ustawowych: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Ever Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ever Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Everteam Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą lidera w Warszawie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach KIO 1646/24 i KIO 1649/24 (dalej również: „Przystępujący Ever”) oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: „IZAN +” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Naprzód Hospital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą lidera w Krakowie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie KIO 1649/24 (dalej również: „Przystępujący IZAN”), stając się uczestnikami postępowania.

Izba oddaliła opozycję Przystępujący Konsorcjum: Ever Medical Care Sp. z o.o., Ever Cleaning Sp. z o.o., Everteam Sp. z o.o. wobec przystąpienia po stronie Odwołującego Impel do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1649/24, zgłoszonego przez wykonawcę, który jest Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1646/24, tj. Konsorcjum: „Izan +” sp. z o.o., Naprzód Service sp. z o.o.

Izba podziela stanowisko zgłaszającego przystąpienie, że interes w przystąpieniu do postępowania należy rozumieć szeroko. Wykonawca ten znajduje się obecnie na trzeciej pozycji w rankingu ofert, a uwzględnienie odwołania może poprawić jego sytuację.

W pisemnych stanowiskach Przystępujący Ever wniósł o oddalenie obydwu odwołań, zaś Przystępujący IZAN w złożonym piśmie wniósł o uwzględnienie odwołania w sprawie KIO 1649/24.

Na rozprawie strony i Przystępujący Ever i Przystępujący IZAN podtrzymali swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego oraz dowody załączone do złożonych w sprawie ww. pism, w tym załączony do odwołania, co do którego Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, że nie utrzymuje go w poufności, a także dowody złożone na posiedzeniu przez:

- Odwołującego Impel, w tym dowody złożone za pismem z 5 maja 2024 r., co do których nie podtrzymał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz orzeczenie o niepełnosprawności;
- Odwołującego Izan w postaci wyciągu ze specyfikacji UDSK oraz tabeli minimalnej obsady personelu szpitala jw. wraz z przypisami wraz z tabelą załączoną do odwołania,
- Przystępującego Ever w postaci: umowy i orzeczenia (zanonimizowane) dot. orzeczenia niepełnosprawności pracowników przystępującego (szt. 4), wyjaśnienia do treści SWZ w postępowaniu poprzednio prowadzonym przez Zamawiającego, które zostało unieważnione, zrzutu ekranu firmy VeniClinic, na okoliczność wykazania, że firma ta jest w grupie kapitałowej wykonawcy Konsorcjum: "IZAN+" Sp. z o.o., Naprzód Hospital Sp. z o.o., pisma wykonawcy Konsorcjum: Hospital Service Sp. z o.o., Impel Facility Services Sp. z o.o., Optima Cleaning Sp. z o.o., dc Konsorcjum: Ever Medical Care Sp. z o.o., Ever Cleaning Sp. z o.o., Everteam Sp. z o.o. w sprawie przejęcia pracowników w trybie art. 23<sup>1</sup> KP, zestawienie wyliczenia kosztów materiałów jakie ponosi Przystępujący na zadaniu w innym Szpitalu, którego rozmiar jest analogiczny do Szpitala Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, wydruku ze strony internetowej dot. przykładowych środków chemicznych i ich cen, zestawienia zawierającego opracowanie własne dot. zaangażowania osób niepełnosprawnych w realizacji usług sprzątnia na rzecz innych podmiotów, sprawozdania finansowego podmiotu zgłoszonego przez Konsorcjum: Hospital Service Sp. z o.o., Impel Facility Services Sp. z o.o., Optima Cleaning Sp. z o.o., k. jako podwykonawcę na niniejszym zadaniu.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołania, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawach KIO 1646/24 i KIO 1649/24, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołania nie zawierają braków formalnych. Wpisy w prawidłowej wysokości zostały wniesione w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący IZAN i Odwołujący Impel legitymują się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Z informacji o wyniku postępowania z 30 kwietnia 2024 r. wynika, że Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Ever Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ever Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Everteam Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą lidera w Warszawie z ceną za wykonanie przedmiotu zamówienia w wysokości 68 225 839.56 zł brutto. Żadna z ofert nie została odrzucona. Punktacja przyznana ofertom w każdym kryterium oceny ofert wraz z łączną punktacją przedstawia się następująco:

Nr oferty	Nazwa i adres wykonawcy	Cena	Łączna liczba punktów
3	Konsorcjum firm: Ever Medical Care Sp. z o.o. Ever Cleaning Sp. z o.o., Everteam Sp. z o.o.	100,00	100,00
1	Konsorcjum firm: Hospital Service Sp. z o. o., Impel Facility Services Sp. z o. o., Optima Cleaning Sp. z o. o.	96,82	96,82
2	Konsorcjum firm: Izan+ Sp. z o.o., Naprzód Hospital Sp. z o. o.	95,15	95,15

**Izba zważyła co następuje:**

Odwołania w sprawach KIO 1646/24 i KIO 1649/24 podlegają oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty postawione w tych odwołaniach, w granicach których Izba orzeka.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp: *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.*

Stosownie do art. 16: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.*

W myśl art. 17 ustawy Pzp *1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. 2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. 3. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.*

Na wstępie w odniesieniu do obydwu spraw, wskazania wymaga, że za cenę rażąco niską uznaje się cenę, która jest nierealistyczna, nierynkowa, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, cenę wskazującą na zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów jego realizacji. Ocena przeprowadzana w tym zakresie może być dokonywana przez Zamawiającego w oparciu o szereg różnych czynników, w tym znajomość cen obowiązujących na danym rynku. Obowiązek wystąpienia do wykonawcy o stosowne wyjaśnienia pojawia się wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwości co do tego, czy cena nie jest rażąco niska.

W analizowanym postępowaniu Zamawiający nie powziął takich wątpliwości.

W związku z tym dla wykazania zasadności zarzutów naruszenia tego przepisu konieczne było wykazanie, że w okolicznościach tego postępowania zaistniały podstawy do powzięcia takich wątpliwości i w związku z tym Zamawiający był zobowiązany do wezwania Konsorcjum Ever i Konsorcjum Impel (sprawa KIO 1646/24) oraz Konsorcjum Ever (sprawa KIO 1649/24) do wyjaśnień ceny ofert tych wykonawców. Ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym IZAN i Odwołującym Impel, ponieważ to oni wywodzili skutki prawne ze stwierdzonego przez nich zaniechania Zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny ofert złożonych przez ww. wykonawców. To jednak nie nastąpiło. Odwołujący IZAN i Odwołujący Impel nie wykazali, że wystąpiła taka konieczność, a w konsekwencji nie zostało wykazane, aby Zamawiający naruszył wskazane w odwołaniach przepisy ustawy Pzp.

Sposób kalkulacji ceny oferty wiąże się ze specyfiką przedmiotu zamówienia oraz m.in. z indywidualnymi uwarunkowaniami, w jakich funkcjonuje dany wykonawca, a także przyjętym przez niego sposobem realizacji zamówienia, jeżeli ten nie został narzucony przez zamawiającego. W związku z tym, w okolicznościach analizowanej sprawy, dla uznania przedstawionej argumentacji w tym zakresie za przekonującą, konieczne było wykazanie przez Odwołujących, że przyjęcie przez nich określonych założeń i wyliczeń przedstawionych na poparcie prezentowanego stanowiska, jest jedynie właściwe dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W odniesieniu do obydwu spraw wskazania wymaga również, że nie występuje w żadnej z nich podstawa do wystąpienia do wykonawców, których oferty są kwestionowane o wyjaśnienia ceny, określona w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Nadto zaoferowane przez wykonawców ceny ofert są na zbliżonym poziomie, tj. przy wycenionym 36 miesięcznym okresie świadczenia usług, wynoszą one odpowiednio: 68 225 839,56 zł w ofercie Konsorcjum Ever, 70 463 824,20 w ofercie Konsorcjum Impel, 71 702 082,36 zł w ofercie Konsorcjum IZAN.

Różnice w cenach ofert poszczególnych wykonawców składających oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą wynikać m.in. z ich pozycji na danym rynku, specyfiki organizacji pracy czy kosztów prowadzonego przedsiębiorstwa.

Procedura wyjaśnień ceny nie służy do stworzenia pretekstu do wskazania wezwanym do wyjaśnień ceny wykonawcom ewentualnych nieścisłości w ich kalkulacjach, celem wyeliminowania tych wykonawców z postępowania, lecz w sytuacji, gdy istnieją rzeczywiste wątpliwości co do ceny ofert czy ich istotnych części składowych, służy do wyjaśnienia cen tych ofert celem ustalenia czy nie zawierają rażąco niskiej ceny lub rozwiania wątpliwości co do możliwości wykonania za nie w sposób należyty przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na przedłożone przez Odwołującego IZAN i Odwołującego Impel dowody w postaci sporządzonych przez nich kalkulacji wskazania również wymaga, stanowisko Sądu Zamówień Publicznych, w którym Sąd podniósł, że „kalkulacja przedstawiona przez skarżącego (...) nie może być uznana za jedyną i właściwą tylko dlatego że przyjmuje

*minimalne wynagrodzenia, gdyż jak wskazuje przeciwnik skargi, z czym zgadza się Sąd, wyliczenie spornej kalkulacji może zawierać także inne rozwiązania, które wynikają wprost z kodeksu pracy a mogłyby determinować wartość kosztów osobowych. Podkreślić należy, że wbrew twierdzeniom skargi, w takiej sytuacji Zamawiający nie był zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Jednakże jest to dopuszczalne jedynie, gdy w sprawie istnieją wątpliwości. W niniejszej sprawie, takich wątpliwości nie było.” (por. wyrok z dnia 4 stycznia 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 147/22, XXII Zs 148/22).*

#### **KIO 1646/24**

Jak zostało powyżej wskazane w odwołaniu, Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą formularza cenowego zgodnie z opracowanym przez siebie wzorem, w którym wyodrębnione zostały usługi: kompleksowego sprzątnia, czynności pomocniczych, transportu wewnętrznego. Przedmiotem wyceny miał być miesięczny koszt wykonania w rozbiciu na ww. usługi, który to podział nastąpił, jak wyjaśnił Zamawiający, na wniosek jednego z wykonawców, z uwagi na kwestie podatkowe, tj. różne stawki VAT (23% za sprzątnie, pozostałe - zwolnienie), natomiast dla Zamawiającego celem jest uzyskanie kompleksowego świadczenia ww. usług.

Odwołujący IZAN naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 17 ustawy Pzp dopatruje się w tym, iż Zamawiający nie wezwał wykonawców Ever i Impel do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny netto za usługę kompleksowego sprzątnia, podanej w Formularzu cenowym, wskazując wprawdzie, że jest to istotna część składowa, jednak nie wykazując tej okoliczności. Przede wszystkim Odwołujący IZAN nie podniósł i nie wykazał, że wartość pozycji dotyczącej sprzątnia spowodowała, iż cena ofert wykonawców Ever i Impel stała się przez to rażąco niska.

Jako okoliczność, która zdaniem Odwołującego IZAN przemawia za istotnością elementu zamówienia w postaci usług kompleksowego sprzątnia, Odwołujący IZAN wskazał z § 8 ust. 1 wzoru umowy oraz załącznik nr 11 do umowy, z których jego zdaniem wynika, że za wykonanie usługi będzie następowało oddzielne rozliczenie za usługę kompleksowego sprzątnia, czynności pomocniczych i transportu wewnętrznego i z tego wywodzi, że w postępowaniu występują trzy ww. istotne części składowe ceny i możliwe jest odnoszenie rażąco niskiej ceny do części składowych ceny należnej za kompleksowe usługi sprzątnia.

W ocenie Izby nie sposób się z tym zgodzić.

Z przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że dla powstania obowiązku wezwania do wyjaśnień nie jest wystarczające, że jakkolwiek element oferty budzi wątpliwości co do realności wyceny, lecz wątpliwości muszą dotyczyć elementu istotnego. Jakkolwiek ustawa Pzp nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny, to jednak w świetle orzecznictwa, należy przyjąć, że za istotne należy uznać te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości. O istotności kwestionowanej części składowej ceny nie świadczy sam fakt wyodrębnienia w formularzu cenowym pozycji dotyczącej usługi kompleksowego sprzątnia, która, jak wyżej wskazano, została wyodrębniona z uwagi na to, że jest ona objęta inną stawką podatku VAT niż wszystkie pozostałe usługi składające się na przedmiot zamówienia.

Nadto nie zostało wykazane, aby usługi sprzątnia nie mogły być wykonywane przez te same osoby, które wykonują usługi pomocnicze co, jak twierdzi Przystępujący Ever, jest stałą praktyką i w związku z tym, aby wymagane było przyjęcie odrębnej pełnej etatyzacji dla tych usług. Nie zostało także wykazane, aby zaoferowane przez ww. wykonawców w tej pozycji ceny były niemożliwa do osiągnięcia przy uwzględnieniu specyfiki zamówienia, w tym, że przy tego rodzaju usługach wykonawcy korzystają z pracy osób z niepełnosprawnościami, uzyskując dofinansowanie z PEFRON, jak też, aby Zamawiający nie dopuścił zatrudnienia takich osób do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Na poparcie swojego stanowiska co do rażącego charakteru ceny usług sprzątnia w ofertach ww. wykonawców w odwołaniu Odwołujący IZAN przedstawił dokonane przez siebie wyliczenia ceny, z których wynika, że przy przyjętych przez niego założeniach, które - jak podał - wynikają z SWZ, kwota wynagrodzeń dla personelu sprzątnającego zatrudnionego na umowę o pracę na Bloku Operacyjnym wraz z roboczogodzinami dla personelu sprzątnającego wynikającego z załącznika nr 5 do umowy nie może być niższa niż 1 026 619,70 zł, przy czym jest to kwota, jak stwierdził, bez zastępstw urlopowych i chorobowych, nadto, gdyby przyjąć, że pozostałe osoby sprzątnające, o których mowa w załączniku nr 5 byłyby zatrudnione na umowę o pracę, wynagrodzenie to musiałoby wynosić 1 104 616,80 zł (także bez zastępstw urlopowych i chorobowych).

Tymczasem Odwołujący IZAN w złożonej ofercie w tej pozycji zaoferował cenę 355 218,15 zł, a zatem cenę,

która stanowi ok. 1/3 minimalnej ceny za realizację tej pozycji według jego kalkulacji przedstawionych w odwołaniu. Wskazuje to, iż sam Odwołujący IZAN nie zastosował się do przedstawionych przez siebie kalkulacji, natomiast zarzuca, że Zamawiający nie nabrał w tym zakresie wątpliwości co do ceny w konkurencyjnych ofertach, tj. w ofercie Konsorcjum Impel, który w tej pozycji zaoferował cenę 142 484,55 zł (przy cenie całej oferty wynoszącej 70 463 824,20), jak również w ofercie Konsorcjum Ever, który w tej pozycji zaoferował cenę 227 864,08 zł (przy cenie całej oferty wynoszącej 68 225 839,56 zł).

Trudno zatem uznać wyliczenia przedstawione w odwołaniu jako miarodajny dowód na potwierdzenie postawionych w nim zarzutów, w tym jako wiarygodny dowód na okoliczność, że wynagrodzenie wskazanych wykonawców zostało określone na poziomie niższym, niż minimalne wynagrodzenie wynikające z obowiązujących przepisów prawa.

W związku z tym nie sposób dopatrzeć się nieprawidłowości oceny Zamawiającego, że nie miał podstaw do wszczęcia procedury badania rażąco niskiej ceny żadnej z ofert, bowiem żadna z nich nie budziła jego wątpliwości, co wynika z wyliczeń przedstawionych powyżej w odpowiedzi na odwołanie.

#### **KIO 1649/24**

Odwołujący Impel naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 224 ust. 1, art. 16 i art. 17 ustawy Pzp dopatruje się w tym, iż Zamawiający nie wezwał wykonawcy Ever do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny ofertowej, pomimo, iż nie pokrywa ona jego zdaniem kosztów minimalnego wynagrodzenia osób realizujących zamówienie oraz kosztów materiałów, sprzętu i usług niezbędnych do wykonania zamówienia i w związku z tym budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Na potwierdzenie stawianych zarzutów Odwołujący Impel załączył do odwołania kalkulacje, które uwzględniają przyjęte przez niego założenia nie wykazując przy tym, że są one miarodajne do oceny kalkulacji ceny oferty Konsorcjum Ever, tym bardziej, że jak sam przyznał, nie uwzględnił zatrudnienia osób niepełnosprawnych, co jak wyżej wskazano, w tego rodzaju zamówieniach jest praktykowane, a w analizowanym postępowaniu nie zostało wykazane, aby nie zostało dopuszczone przez Zamawiającego. Nadto, jak zauważył Przystępujący Ever, wskazując na przedstawione kalkulacje Odwołujący Impel stwierdza, że minimalny koszt realizacji zamówienia to 2 019 767,21 zł miesięcznie (72 711 619,65 całości wynagrodzenia), a zatem jest to kwota wyższa od ceny zaoferowanej przez każdego z wykonawców biorących udział w tym postępowaniu.

W ocenie izby także charakter pozostałych, przedłożonych przez Odwołującego Impel, dowodów nie może potwierdzać, że oferta Przystępującego Ever jest rażąco niska. Trudno uznać np., że złożone faktury przesadzają o nierynkowej cenie oferty Przystępującego Ever.

Mając na uwadze charakter zamówienia, ww. podane ceny zaoferowane we wszystkich ofertach złożonych w postępowaniu, które są zbliżone wysokością, Izba nie dopatrzyła się podstaw do stwierdzenia zasadności zarzutu stawianego Zamawiającemu przez Odwołującego Impel, że nie wystąpił do wykonawcy Ever o wyjaśnienia ceny jego oferty.

Zamawiający nie miał wątpliwości wymagających wyjaśnienia, a nie zostało wykazane, że wystąpiły okoliczności wskazujące, że powinien je powziąć właśnie wobec oferty tego wykonawcy, ale już nie wobec oferty Odwołującego Impel już nie, pomimo, iż ta zawiera cenę tylko w niewielkim stopniu wyższą. Jak wynika z wyliczeń przedstawionych przez Przystępującego Ever (których Odwołujący Impel nie zakwestionował), cena jego oferty różni się od średniej arytmetycznej ceny wszystkich złożonych w postępowaniu ofert o 2,7%, zaś różnica pomiędzy ceną oferty Przystępującego Ever i Odwołującego Impel wynosi 3,2%. Nie jest to zatem zasadnicza różnica, która przy 36 miesięcznym okresie świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia miałyby wskazywać na jej nierealność, na nierynkowy charakter.

Ad zarzuty dotyczące naruszenia art. 239 ustawy Pzp w sprawach KIO 1646/24 i KIO 1649/24

*Zgodnie z art. 239 Pzp 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.*

Zdaniem Odwołujących IZAN i Impel naruszenie tego przepisu nastąpiło poprzez wybór oferty najkorzystniejszej bez uprzedniego wezwania wykonawcy Ever do wyjaśnień ceny jego oferty. Odwołujący Impel postawił ten zarzut w związku z art. 16 i 17 ustawy Pzp nie uzasadniając przy tym, na czym jego zdaniem miałyby polegać naruszenie tych przepisów. Podobnie jak tego nie wykazali Odwołujący IZAN i Impel w odniesieniu do zarzutów naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie zostało podniesione i wykazane, że wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany na podstawie innych kryteriów niż wskazane w dokumentach zamówienia.

Zarzut ten jest związany z wcześniej omówionymi zarzutami odwołań, które nie znalazły potwierdzenia.

W związku z tym także ten zarzut w obydwu odwołaniach należy uznać za niezasadny.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, *Izba 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 nie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołań.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba oddaliła odwołania. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponoszą Odwołujący IZAN i Odwołujący Impel.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 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: .....**