

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2024 r. przez wykonawcę: **A.H. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A.H. Zakład Usługowy "Sagitta", ul. Oboźna 11/1, 30-011 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Krajowa Szkoła Sądownictwa i Prokuratury, ul. Przy Rondzie 5, 31-547 Kraków,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: A.H. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A.H. Zakład Usługowy "Sagitta", ul. Oboźna 11/1, 30-011 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 A.H. Zakład Usługowy "Sagitta", ul. Oboźna 11/1, 30-011 Kraków, tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę 3 938 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) od wykonawcy: A.H. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A.H. Zakład Usługowy "Sagitta", ul. Oboźna 11/1, 30-011 Kraków na rzecz zamawiającego: Krajowa Szkoła Sądownictwa i Prokuratury, ul. Przy Rondzie 5, 31-547 Kraków, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie.

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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 708/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Krajowa Szkoła Sądownictwa i Prokuratury z siedzibą w Krakowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 a 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) w przedmiocie „Usługa utrzymania czystości w obiektach Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury w Krakowie oraz w Lublinie” - Część 2 „Dom Aplikanta Kraków”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer wydania 245/2023, nr publikacji ogłoszenia: 00773121-2023.

Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 22 lutego 2024 r.

Wykonawca, A.H. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A.H. Zakład Usługowy „SAGITTA” z siedzibą w Krakowie, wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności wyboru oferty złożonej przez Ekoenergia sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w części 2 zamówienia;
- 2) zaniechania wezwania wykonawcy Ekoenergia sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty złożonej w części 2 zamówienia;
- 3) zaniechania wezwania wykonawcy Ekoenergia sp. z o.o. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
- 4) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Ekoenergia sp. z o.o. w części 2 zamówienia;
- 5) zaniechania czynności wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w 2 części zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 16, art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez uznanie, że wykonawca Ekoenergia sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 2) art. 17 ust. 1, art. 128 ust. 4 oraz art. 223 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty złożonej przez Ekoenergia sp. z o.o.;
- 3) art. 224 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wyjaśnienia czy oferta Ekoenergia sp. z o.o. nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 4) art. 17 ust. 2 oraz art. 239 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w dokumentach zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 zamówienia;
- 2) powtórzenia czynności oceny ofert;
- 3) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części 2 zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że w postępowaniu na część 2 zamówienia złożone zostały dwie oferty – oferta Odwołującego (łącznie 96,57 punktów w kryteriach oceny ofert) oraz oferta wykonawcy Ekoenergia sp. z o.o. (łącznie 100,00 punktów w kryteriach oceny ofert). Gdyby Zamawiający dokonał oceny ofert zgodnie z przepisami ustawy Pzp, Odwołujący uzyskałby zamówienie w części 2 zamówienia.

Odwołujący wskazał, że kwota na realizację części 2 zamówienia wyniosła 2.678.592,00 zł brutto. W części 2 zamówienia złożono dwie oferty:

- oferta Ekoenergia Sp. z o. o. z ceną– 2.190.955,50 zł,
- oferta Odwołującego z ceną– 2.289.100,00 zł.

Kryteriami oceny ofert były: cena (maksymalnie – 80 punktów) oraz aspekt społeczny, tj. integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 94 ust. 1 pkt 1, 2, 9 ustawy Pzp (maksymalnie 20 punktów).

W rozdziale 14 pkt 2 ppkt 2 specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający opisał sposób oceny ofert w kryterium aspekt społeczny:

„Punkty w kryterium aspekt społeczny zostaną przyznane w następujący sposób:

Za skierowanie do realizacji świadczenia usług osób wykonujących czynności związane z bezpośrednią usługą sprzątnięcia pomieszczeń wewnątrz budynku (dotyczy części 1 i 2); (...)

w czasie trwania umowy z katalogu:

- a) osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz.100 ze zm.), lub*
- b) bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 735 ze zm.), lub*
- c) osób do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia,*

Wykonawca otrzyma odpowiednio:

- 10 punktów za 1 osobę*
- 20 punktów za 2 osoby lub więcej*

Każda ww osoba uczestnicząca w realizacji zamówienia musi być zatrudniona na podstawie stosunku pracy zgodnie z ustawą z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz.1465). Wykonawca ponosi odpowiedzialność za spełnienie tego wymogu przez cały okres realizacji umowy. Ocena oferty w niniejszym kryterium dokonana zostanie na podstawie

informacji zawartych w formularzu ofertowym (załącznik numer 1 do SWZ). W przypadku niewypełnienia w formularzu ofertowym odpowiedniej rubryki wskazującej czy zatrudniona osoba/osoby będą osobami z katalogu osób wskazanego powyżej oferta otrzyma 0 punktów w niniejszym kryterium.”

Zamawiający opisał w SWZ następujące warunki udziału w postępowaniu dla części 2 zamówienia:

- rozdział 6 pkt 2 ppkt 4 lit. c:

„W zakresie części 2 (Dom Aplikanta Kraków): Zamawiający uzna ww warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca dysponuje osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, tj. minimum piętnastoma (15) osobami wykonującymi bezpośrednio czynności sprzątnięcia, z których każda posiada co najmniej roczne doświadczenie w wykonywaniu bezpośrednich czynności sprzątnięcia w obiektach świadczących usługi hotelarskie w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach hotelarskich oraz usługach pilotów wycieczek i przewodników turystycznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1944).

Ocena spełnienia tego warunku będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia w oparciu o oświadczenie Wykonawcy zawarte w JEDZ (załącznik nr 4 do SWZ) oraz na podstawie wykazu osób złożonego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ.”

- rozdział 6 pkt 2 ppkt 4 lit. d:

„W zakresie części 2 (Dom Aplikanta Kraków): Zamawiający uzna ww warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca dysponuje minimum dwoma (2) osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia w charakterze koordynatora, które posiadają co najmniej 2-letnie doświadczenie (każda) w koordynacji prac osób wykonujących bezpośrednio czynności sprzątnięcia w obiektach świadczących usługi hotelarskie w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r.o usługach hotelarskich oraz usługach pilotów wycieczek i przewodników turystycznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1944), z minimum 50 pokojami z miejscami noclegowymi. Osoby te mogą jednocześnie koordynować prace oraz wykonywać bezpośrednio czynności sprzątnięcia jeżeli spełnią również wymagania określone w lit. c).”

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 stycznia 2024 r. wykonawca Ekoenergia Sp. z o.o. przedłożył wykaz osób, który w ocenie Zamawiającego nie potwierdzał spełnienia warunków udziałów w postępowaniu. W związku z tym Zamawiający pismem z dnia 16 lutego 2024 r. wezwał tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca przedstawił poprawiony wykaz osób. Chociaż uzupełniony dokument odpowiada treści wzoru załączonego do SWZ, w ocenie Odwoływającego, zestawienie to nie potwierdza spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia ani nie potwierdza, że wybrany wykonawca rzeczywiście dysponuje co najmniej 2 osobami spełniającymi przesłanki wskazane w opisie kryterium aspektu społecznego, co zadeklarował w ofercie.

Zgodnie z art. 16 Pzp, postępowanie powinno być prowadzone w sposób przejrzysty. *Zasada przejrzystości stanowi swojego rodzaju model obiektywny, gdyż działanie przejrzyste to prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób czytelny, zrozumiały oraz umożliwiający ocenę i kontrolę. Wyrazem zasady przejrzystości jest również to, że wymagania zamawiającego w zakresie warunków udziału w postępowaniu, a także opisu przedmiotu zamówienia, są formułowane jasno i jednoznacznie – tak, że wykonawcy nie muszą domyślać się intencji zamawiającego w tym zakresie. Zasada przejrzystości gwarantuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawiera jasne reguły i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania, a zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.* (komentarz Prawo zamówień publicznych pod red. H. Nowaka i M. Winiarza).

Zgodnie z postawionym w postępowaniu warunkiem (rozdział 6 pkt 2 ppkt 4 lit. d SWZ), wszystkie osoby świadczące usługę musiały posiadać określone czasem doświadczenie w bezpośrednim wykonywaniu usług sprzątnia w obiektach świadczących usługi hotelarskie lub – w przypadku koordynatorów – doświadczenie w zakresie zarządzania osobami świadczącymi bezpośrednio usługi. Warunek składał się z wymaganego okresu doświadczenia, zakresu wykonywanych prac i miejsca świadczenia usług, gdzie w przypadku koordynatorów wymagana była jeszcze minimalna liczba pokoi z miejscami noclegowymi. Zdaniem Odwoływającego, wszystkie te aspekty doświadczenia osób powinny zostać zweryfikowane przez Zamawiającego na etapie oceny ofert.

Złożony przez wykonawcę Ekoenergia Sp. z o.o. wykaz osób bardzo ogólnikowo odnosi się do tych trzech elementów. Przede wszystkim nie został wskazany żaden obiekt świadczący usługi hotelarskie, w którym wymienione w wykazie osoby świadczyły usługę.

Odwoływający podkreślił, że sprzątnie w tego typu obiektach nie jest powszechnym doświadczeniem i z uwagi na specyfikę świadczenia usług hotelarskich (krótki czas wymiany gości, nieregularność świadczenia usług sprzątnia – nie wszystkie pokoje są sprzątane w tym samym czasie, obecność gości, itp.) wymagane są przy tym odpowiednie umiejętności organizacyjne i personalne osób wykonujących tego typu zadania. Tym samym, brak wskazania konkretnego miejsca, w którym nabyte zostało doświadczenie może sugerować, że personel nie posiada takich kwalifikacji. W pierwotnym wykazie osób wskazano tylko miesiące doświadczenia.

Niewątpliwie świadczenie usługi sprzątnia opiera się przede wszystkim na pracy pojedynczych osób zatrudnionych do wykonywania tego typu usług. Dlatego też wykaz osób powinien być szczególnie wnikliwie badany na etapie oceny ofert, zwłaszcza, jeżeli pewne fakty mogą być dowodzone wyłącznie w oparciu o oświadczenie wykonawcy. Odwoływający zauważył, że ustawodawca wyposażył zamawiającego w możliwość zwracania się o wyjaśnienia bezpośrednio do podmiotów, które są w posiadaniu odpowiednich informacji lub dokumentów dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 128 ust. 5 Pzp). Ponadto, wykazy obiektów hotelarskich i innych obiektów, w których świadczone są usługi hotelarskie są także powszechnie dostępne czy to na stronie Ministerstwa Sportu i Turystyki (<https://turystyka.gov.pl/cwoh>), czy też na stronach poszczególnych jednostek samorządu terytorialnego. W wykazach tych jest w szczególności podana liczba miejsc noclegowych.

Brak podania konkretnych obiektów w wykazie osób uniemożliwia weryfikację prawdziwości oświadczenia wybranego wykonawcy, utrudniając tym samym rzetelną ocenę oferty zarówno przez Zamawiającego, jak i innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Taki sposób oceny ofert nie może zostać uznany za zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Oferta wykonawcy nierzetelnego zostanie oceniona w takim samym sposób, jak oferta wykonawcy dającego rękąmię należytego wykonania zamówienia.

W wykazie osób wykonawca Ekoenergia Sp. z o.o. nie zaznaczył, które z osób spełniają wymogi kryterium aspektu społecznego opisanego w rozdziale 14 pkt 2 SWZ, za który to aspekt wybrany wykonawca otrzymał 20 punktów (maksymalna wartość). Nie podano również, w jakich latach wymienione osoby nabyły to doświadczenie.

Wszystkie te wątpliwości powinny skłonić Zamawiającego do wezwania wykonawcy Ekoenergia Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień treści oferty i przedstawionych dokumentów na podstawie art. 223 ust. 1 i art. 128 ust. 4 Pzp, na co Odwoływający zwrócił uwagę Zamawiającego w piśmie z dnia 13 lutego 2024 r. I chociaż oczywiście nie istnieje obowiązek wzywania do takich wyjaśnień, to Zamawiający powinien dążyć do kompleksowego zbadania otrzymanych ofert, co jest też szeroko potwierdzone w orzecznictwie.

Zgodnie z art. 17 Pzp, celem postępowania jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który zapewni najlepszą jakość dostaw, usług lub robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia. Niezweryfikowanie wszystkich okoliczności wymaganych w warunku skutkować może wyborem podmiotu niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, a zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp, oferta taka powinna być odrzucona.

Ponadto, Zamawiający nie dokonał także weryfikacji oferty wybranego wykonawcy pod kątem rażąco niskiej ceny. W warunkach zamówienia postawiono wymóg zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę zakładając, że jest to usługa kompleksowego sprzątnia wraz z serwisem polegającym na dyżurze jednej osoby sprzątającej w godzinach od 7.00 do 22.00 przez 7 dni w tygodniu. Zakres wykonywanej usługi, wynikający z harmonogramu zjazdów aplikantów nie może mieć wpływu na wysokość etatu zatrudnionego pracownika, a każdy pracownik musi otrzymać co najmniej minimalne wynagrodzenie w wysokości określonej odrębnymi przepisami (obecnie 4.242 zł).

Zgodnie z wymaganiami dokumentacji postępowania, osoby wykonujące usługę muszą być zatrudnione na cały okres realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę, a w przypadku rozwiązania umowy o pracę przez którąkolwiek ze stron przed zakończeniem tego okresu, wykonawca będzie zobowiązany do zatrudnienia na to miejsce innej osoby.

Usługa jest także świadczona w niedzielę i inne dni ustawowo wolne od pracy, co związane może być z koniecznością zapłaty pracownikom dodatków za pracę w godzinach nadliczbowych (50% wynagrodzenia w dni robocze i 100% wynagrodzenia za pracę w niedzielę i święta), odpowiednim ułożeniem grafików pracy z uwzględnieniem urlopów, konieczności zapewnienia pracownikom odpowiedniej liczby dni wolnych oraz jednej niedzieli wolnej raz na cztery tygodnie.

Kwota przeznaczona na realizację zadania 2 wynosi 2.678.592,00 zł brutto, natomiast cena wybranej oferty to tylko 2.190.955,50 zł brutto. Różnica wynosi prawie pół miliona. Taka dysproporcja powinna była wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Mając na względzie przede wszystkim wymóg zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę i stosowanie przepisów kodeksu pracy, Zamawiający powinien był zbadać, czy oferta spełnia wszystkie wymagania określone w dokumentach zamówienia i czy ta różnica nie jest przypadkiem związana z niedochowaniem przez wykonawcę wymogów określonych w SWZ lub w przepisach prawa. Jest to szczególnie istotne w przypadku wykonywania usług, takich jak w przedmiotowym postępowaniu, gdzie większa część kosztów związana jest z zatrudnieniem personelu. Przyjęcie oferty z ceną nieadekwatną do opisanego zakresu zamówienia czy też wymogów jego realizacji może skutkować niewłaściwą realizacją samej usługi. Dlatego też sankcją za złożenie oferty z rażąco niską jest odrzucenie takiej oferty. Zamawiający powinien był dochować należytej staranności przy ocenie ofert i zwrócić się o wyjaśnienia w tym zakresie.

W ofercie wykonawcy Ekoenergia sp. z o. o. zastanawiająca jest także cena brutto za sprzątnie i odśnieżanie terenów przyległych (schody i wejście główne) o łącznej wielkości około 126 m². W formularzu oferty w pkt 3.2 poz. lp. 2 kolumna C wskazano, że jedno takie sprzątnie kosztować będzie aż 1.620 zł brutto, co daje około 13 zł brutto za 1 m². Czasowo wykonanie takiej usługi zajmuje około godziny. Jednocześnie w pozycji tabeli dotyczącej sprzątnia całego pokoju o wielkości do 13 m² podano cenę brutto 61,50 zł za cały pokój, czyli około 5 zł za 1 m². Zamawiający nie podjął żadnego wysiłku, aby zbadać skąd aż taka różnica w cenach jednostkowych. Tym bardziej, że stosowane stawki VAT, tj. 8% w przypadku terenów zewnętrznych i 23% dla sprzątnia wewnątrz budynków, jeszcze bardziej uwypuklają ten rozdzwięk cenowy. Jest to bowiem odpowiednio 1.500 zł i 50 zł.

Brak wyjaśnień wybranego wykonawcy uniemożliwia ocenę rzetelności złożonej oferty i może rodzić podejrzenia, że wykonawca stosuje zaniżone ceny w niektórych pozycjach, poniżej kosztów świadczenia usług, jednocześnie zawyżając nieadekwatnie wartość innych pozycji. Do obowiązku zamawiającego należy odrzucenie oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp).

Treść zobowiązania stanowiąca ofertę wykonawcy powinna zostać wnikliwie zbadana przez Zamawiającego. Stanowi ona bowiem podstawę przyszłej umowy i ma bezpośrednie przełożenie na jakość realizacji zamówienia. Zamawiający powinien był przeanalizować przedstawione przez Odwołującego wątpliwości w odniesieniu do wybranej oferty, a nie tylko dokonać jej mechanicznej, odtwórczej oceny. Stawiając wykonawcom wysokie wymagania dotyczące sposobu realizacji zamówienia Zamawiający powinien był również na etapie oceny ofert rozważyć, czy te wymagania mają szansę być zrealizowane w kontekście oferty i innych dokumentów składanych przez wybranego wykonawcę.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – pismo z dnia 18 marca 2024 r. - wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie Odwołującego kosztami zastępstwa procesowego Zamawiającego.

[badanie doświadczenia osób skierowanych do wykonania zamówienia]

Zamawiający stwierdził, że zarzuty odwołania związane weryfikacją – na podstawie wykazu osób – spełnienia przez wykonawcę Ekoenergia sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu dot. doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia (rozdz. 6 ust. 2 pkt 4 lit. c i d SWZ) są chybione. Zarzuty w tym zakresie sprowadzają się w zasadzie do zasygnalizowania niedosytu informacyjnego Odwołującego, jeśli chodzi o doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia, jednak te zastrzeżenia w żaden sposób nie korespondują z dokumentami

zamówienia i ich wzorami opracowanymi przez Zamawiającego oraz stanowiącymi załączniki do SWZ.

Rzeczony wadliwość złożonego przez Ekoenergia sp. z o.o. wykazu osób, Odwołujący upatruje w niewskazaniu w nim nazw obiektów hotelarskich, w których wspomniane osoby nabywały referencyjne doświadczenie. Tymczasem, wykonawca Ekoenergia sp. z o.o. w wykazie osób złożonym w dniu 17 lutego 2024 r. podał wszystkie istotne z punktu widzenia przedmiotowych warunków informacje, które pozwalają – bazując na oświadczeniu tego wykonawcy - na jednoznaczne potwierdzenie ich spełnienia, a zakres podanych informacji i stopień ich szczegółowości nie jest niezgodny z wzorem wykazu osób stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ.

Wykonawca Ekoenergia sp. z o. o., w celu wykazania odpowiednio:

1) spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 6 ust. 2 pkt 4 lit. c SWZ, wskazał: imiona i nazwiska osób skierowanych do realizacji zamówienia, zakres czynności każdej z osób (bezpośrednie czynności sprzątnięcia), liczbę miesięcy doświadczenia każdej z osób, oświadczył, że doświadczenie w podanym okresie opiewało na bezpośrednie czynności sprzątnięcia w obiektach świadczących usługi hotelarskie w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach hotelarskich oraz usługach pilotów wycieczek i przewodników turystycznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1944);

2) spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 6 ust. 2 pkt 4 lit. d SWZ wskazał: imiona i nazwiska wszystkich osób skierowanych do realizacji zamówienia, zakres czynności każdej z osób (koordynatorzy), liczbę miesięcy doświadczenia każdej z osób, oświadczył, że doświadczenie w podanym okresie opiewało na koordynację prac osób wykonujących bezpośrednie czynności sprzątnięcia w obiektach świadczących usługi hotelarskie w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach hotelarskich oraz usługach pilotów wycieczek i przewodników turystycznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1944), z minimum 50 pokojami z miejscami noclegowymi.

Treść opisanego wyżej doświadczenia literalnie potwierdza spełnienie spornych warunków i odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Zamawiający nie żądał, aby wykonawcy w treści wykazu osób podawali nazwy obiektów hotelarskich – takie wymaganie nie zostało określone w SWZ ani w załączniku nr 9 do SWZ. Zgodnie z wzorem wykazu osób określonym w załączniku nr 9 do SWZ, wykonawcy wypełnić mieli tabelę, opracowaną przez Zamawiającego.

Wykonawcy mieli więc stosunkowo dużą dowolność w opisanu posiadanego przez swoje zasoby osobowe doświadczenia i nie sposób obecnie czynić zarzutu z tego, że wykonawca wybrał jeden z takich sposobów. Jeśli Zamawiający nie określi wprost w SWZ określonego zakresu informacji, jakich podania wymaga w treści podmiotowego środka dowodowego, to sposób przedstawienia tych informacji (o ile opiewa na oświadczenie potwierdzające spełnienie warunków) pozostawiony jest do uznania wykonawców, co potwierdza orzecznictwo Izby (np. wyrok z dnia 6 kwietnia 2022 r. o sygn. akt KIO 759/22).

Wbrew twierdzeniom odwołania, Zamawiający nie wymagał też wskazania w wykazie osób, które z osób skierowanych do wykonania zamówienia spełniają wymagania kryterium oceny ofert określonego w rozdz. 14 ust. 2 pkt 2 SWZ (Aspekt społeczny). Jak bowiem wyraźnie zastrzeżono w tym postanowieniu SWZ, ocena oferty w ramach przedmiotowego kryterium dokonana zostanie na podstawie informacji zawartych w formularzu ofertowym (załącznik numer 1 do SWZ), a nie w wykazie osób. Zamawiający stwierdził na marginesie, że odwołanie w tym zakresie sprowadza się *de facto* do zakwestionowania zakresu informacji, jakich wymagał Zamawiający opracowując dokumenty zamówienia (wzór wykazu osób). Tego rodzaju zarzut, na obecnym etapie postępowania, należy uznać za spóźniony.

W świetle powyższego, ocena oferty wykonawcy Ekoenergia sp. z o.o. w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu była prawidłowa i brak jest podstaw, aby w sposób uzasadniony domagać się wzruszenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czy żądania od wspomnianego wykonawcy wyjaśnienia lub uzupełnienia złożonego wykazu osób.

[badanie ceny oferty]

Zamawiający wskazał, że w przypadku zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny oferty, obowiązują podstawowe reguły dowodowe, o czym niejednokrotnie wyrażała się Krajowa Izba Odwoławcza (patrz: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 grudnia 2021 r. sygn. akt KIO 3449/21). W ocenie Zamawiającego, Odwołujący wspomnianemu ciężarowi nie sprostał, a przedstawiona przez niego argumentacja nie stanowi dowodu, iż cena oferty wykonawcy Ekoenergia sp. z o.o., bądź jej istotne elementy składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Odwołujący w zasadzie nie przedstawił żadnej argumentacji, która mogłaby przemawiać za jakimkolwiek rażącym zaniżeniem ceny oferty wykonawcy Ekoenergia sp. z o.o. ani nie poddał nawet w uzasadnioną wątpliwość prawidłowości kalkulacji tej ceny.

Odwołujący w treści odwołania (s. 7, akapit 1 i 2) przytoczył konsekwencje zastrzeżenia przez Zamawiającego wymagania zatrudnienia osób skierowanych do realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę, jednak nie podniósł tam nawet żadnych twierdzeń, zgodnie z którymi, cena oferty wykonawcy Ekoenergia sp. z o.o. tego wymagania nie

uwzględnia albo nie pozwala na zrealizowanie zamówienia z uwzględnieniem tego wymagania. Sama tylko różnica – na którą zwrócił uwagę Odwołujący (s. 7 akapit 3) – pomiędzy kwotą jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a wartością oferty wykonawcy Ekoenergia sp. z o.o. nie stanowi żadnego uzasadnionego powodu, dla którego brak wezwania do wyjaśnień ceny ww. oferty miałby być uznany za naruszenie przepisów ustawy.

Odwołujący nie wyjaśnił, w jaki sposób różnica w cenach pomiędzy jedną pozycją formularza ofertowego wykonawcy Ekoenergia sp. z o.o. (tj. sprzątnięcie i odśnieżanie terenów przyległych (schody i wejście główne) - pkt 3.2 poz. lp. 2 kolumna C formularza ofertowego), a drugą (tj. sprzątnięcie całego pokoju - pkt 3.3 poz. lp. 2 kolumna C formularza ofertowego), miałyby prowadzić do konieczności powzięcia wątpliwości przez Zamawiającego, że cena przedmiotowej oferty może być rażąco zaniżona. Te pozycje cenowe nie są ze sobą w żaden sposób powiązane, a wartość jednej nie ma żadnego przełożenia na wartość drugiej (takiej zależności nie wykazał zresztą sam Odwołujący). Zamawiający podkreślił, że ceny zaoferowane przez wykonawcę Ekoenergia sp. z o.o. w tych dwóch pozycjach są znacznie wyższe niż ceny zaoferowane przez Odwołującego, co dodatkowo przemawia też o bezzasadności podniesionego zarzutu. Referowanie do cen, na które zwrócił uwagę Odwołujący nie może więc w żaden uzasadniony sposób kwestionować prawidłowości ceny zaoferowanej przez wykonawcę Ekoenergia sp. z o.o., a co najwyżej podawać w wątpliwość należyte skalkulowanie ceny przez Odwołującego. Odwołujący nie przedstawił też żadnej argumentacji potwierdzającej jego gołosłowne przypuszczenia, że wykonawca Ekoenergia sp.

z o. o. zaoferował wykonanie poszczególnych usług poniżej kosztów ich świadczenia.

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

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

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

Zarzut naruszenia art. 16, art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez nieuzasadnione uznanie, że wykonawca Ekoenergia sp. z o. o. spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający opisał w SWZ m.in. następujące warunki udziału w postępowaniu dla części 2 zamówienia:

- rozdział 6 pkt 2 ppkt 4 lit. c:

„W zakresie części 2 (Dom Aplikanta Kraków): Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca dysponuje osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, tj. minimum piętnastoma (15) osobami wykonującymi bezpośrednio czynności sprzątnięcia, z których każda posiada co najmniej roczne doświadczenie w wykonywaniu bezpośrednich czynności sprzątnięcia w obiektach świadczących usługi hotelarskie w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach hotelarskich oraz usługach pilotów wycieczek i przewodników turystycznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1944).

Ocena spełnienia tego warunku będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia w oparciu o oświadczenie Wykonawcy zawarte w JEDZ (załącznik nr 4 do SWZ) oraz na podstawie wykazu osób złożonego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ.”

- rozdział 6 pkt 2 ppkt 4 lit. d:

„W zakresie części 2 (Dom Aplikanta Kraków): Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca dysponuje minimum dwoma (2) osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia w charakterze koordynatora, które posiadają co najmniej 2-letnie doświadczenie (każda) w koordynacji prac osób wykonujących bezpośrednio czynności sprzątnięcia w obiektach świadczących usługi hotelarskie w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach hotelarskich oraz usługach pilotów wycieczek i przewodników turystycznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1944), z minimum 50 pokojami z miejscami noclegowymi. Osoby te mogą jednocześnie koordynować prace oraz wykonywać bezpośrednio czynności sprzątnięcia jeżeli spełnią również wymagania określone w lit. c).

Ocena spełnienia tego warunku będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia w oparciu o oświadczenie Wykonawcy zawarte w JEDZ (załącznik nr 4 do SWZ) oraz na podstawie wykazu osób złożonego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ.”

W załączniku nr 9 do SWZ Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług Zamawiający podania informacji: imię i nazwisko, Zakres wykonywanych czynności, funkcja stanowisko, doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia publicznego doświadczenie odpowiadające wymogom Zamawiającego postawionym w rozdziale 6 ust. 2 pkt 4 lit. c i d SWZ oraz informacji o podstawie do dysponowania osobą (np.: zasoby własne wykonawcy, umowa o prace, o dzieło, zlecenie, osobiste wykonanie). W kolumnie tabeli dotyczącej doświadczenia Zamawiający zawarł wzór oświadczenia o treści „co najmniej roczne doświadczenie w wykonywaniu bezpośrednich czynności sprzątnięcia w obiektach świadczących usługi hotelarskie (ile):” oraz w odniesieniu do osoby koordynatora „co najmniej 2-letnie doświadczenie w koordynacji prac osób wykonujących bezpośrednio czynności sprzątnięcia w obiektach świadczących usługi hotelarskie

(ile):.....”.

Z treści powyższych postanowień wynika, że w zakresie wymaganych informacji co do doświadczenia Zamawiający wymagał wypełnienia formularza poprzez podanie odpowiednio - ilości lat doświadczenia wskazanych w wykazie osób.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 stycznia 2024 r. wykonawca Ekoenergia Sp. z o. o. przedłożył wykaz osób, który następnie w dniu 17 lutego 2024 r. został uzupełniony na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 lutego 2024 r. Jak potwierdził sam Odwołujący w treści odwołania, poprawiony przez ww. wykonawcę ww. dokument, odpowiada treści wzoru załączonego do SWZ.

Wykonawca Ekoenergia sp. z o. o., w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 6 ust. 2 pkt 4 lit. c SWZ oraz w rozdz. 6 ust. 2 pkt 4 lit. d SWZ w wykazie osób podał wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje na potwierdzenie spełniania ww. warunków udziału w postępowaniu, które potwierdzają ich spełnienie. Zakres podanych informacji i stopień ich szczegółowości jest zgodny z wzorem wykazu osób stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ. Treść doświadczenia wykonawcy Ekoenergia sp. z o.o. złożonego w dokumencie JEDZ również potwierdza spełnienie ww. warunków.

Podkreślić należy, że Zamawiający nie żądał w SWZ, aby wykonawcy w treści wykazu osób podali nazwy obiektów hotelarskich lub innych szczegółowych informacji dotyczących doświadczenia osób wskazanych do realizacji zamówienia. Zgodnie z wzorem wykazu osób, określonym w załączniku nr 9 do SWZ, wykonawcy byli zobowiązani wypełnić tabelę obejmującą wykaz osób, wskazując ilość lat określonego doświadczenia. Zamawiający nie wymagał podania w treści wykazu osób informacji, które ze skierowanych do wykonania zamówienia osób - spełniają wymagania kryterium oceny ofert określonego w rozdz. 14 ust. 2 pkt 2 SWZ (Aspekt społeczny), zgodnie z którym, ocena oferty w ramach ww. kryterium miała być dokonana na podstawie informacji zawartych w formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SWZ).

Podkreślenia wymaga, że treść warunków udziału w postępowaniu, określonych w dokumentach zamówienia (SWZ i załącznikach do SWZ) przez Zamawiającego jest niewzruszalna na etapie badania i oceny ofert. Sformułowane przez Zamawiającego wymagania wiążą zarówno Zamawiającego, jak i wykonawców w toku czynności badania i oceny ofert. Zarzuty w tym zakresie powinny zostać podniesione przez Odwołującego na etapie ogłoszenia treści SWZ.

W świetle powyższego, Izba stwierdziła, że dokonana przez Zamawiającego czynność oceny oferty wykonawcy Ekoenergia sp. z o.o. w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest prawidłowa. Jednocześnie Izba zważyła, że Odwołujący nie wykazał okoliczności, iż wskazane przez wykonawcę Ekoenergia sp. z o.o. osoby nie posiadają wymaganego doświadczenia, a jedynie podnosił „brak wskazania konkretnego miejsca, w którym nabyte zostało doświadczenie może sugerować, że personel nie posiada tej kwalifikacji.” Zarzut naruszenia art. 17 ust. 1, art. 128 ust. 4 oraz art. 223 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty złożonej przez Ekoenergia sp. z o.o.

Biorąc pod uwagę, że wykonawca Ekoenergia sp. z o.o. wykazał spełnienie ww. warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim było to wymagane przez Zamawiającego, zgodnie z postanowieniami SWZ, Zamawiający nie miał podstaw do wezwania wykonawcy Ekoenergia sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 lub art. 128 ust. 4 Pzp. W powyższym zakresie nie nastąpiło także naruszenie art. 17 Pzp, poprzez niezwyfikowanie przez Zamawiającego wszystkich okoliczności wymaganych w treści warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia, czy oferta wykonawcy Ekoenergia sp. z o.o. nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W danym stanie faktycznym Zamawiający nie miał podstaw do wezwania wykonawcy Ekoenergia sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień pod kątem rażąco niskiej ceny oferty, na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp.

Wskazać należy, że Odwołujący podkreślał w ramach niniejszego zarzutu różnicę wysokości ceny oferty wykonawcy w stosunku do szacowanej wartości przedmiotu zamówienia w części 2. Odwołujący podnosił, że Zamawiający przewidział kwotę 2.678.592,00 zł brutto na sfinansowanie zamówienia w części 2, w której złożone zostały 2 oferty:

- oferta wykonawcy Ekoenergia Sp. z o. o., z ceną– 2.190.955,50 zł;
- oferta Odwołującego z ceną– 2.289.100,00 zł.

W tym zakresie Izba zważyła, że, jak słusznie zauważył Zamawiający, Odwołujący i wykonawca Ekoenergia sp. z o.o. przed wszczęciem postępowania złożyli Zamawiającemu oferty na potrzeby szacowania przez Zamawiającego wartości zamówienia. Obie oferty były wówczas znacznie wyższe niż oferty złożone następnie przez ww. wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Na podstawie znacznie wyższych ofert Zamawiający oszacował wartość zamówienia, co wskazuje, że dysproporcja ceny oferty wykonawcy Ekoenergia sp. z o.o. na poziomie ok. 500 tys. zł w stosunku do wartości zamówienia nie budziła jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego w kontekście rażąco niskiej ceny, w tym

odnośnie zgodności oferty z przepisami dotyczącymi kosztów pracy - dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Odwołujący w toku postępowania nie przedstawił żadnej argumentacji na poparcie swoich twierdzeń ani nie uprawdopodobnił zasygnalizowanych jedynie wątpliwości, które w jego ocenie powinna budzić cena oferty wykonawcy Ekoenergia sp. z o.o., przy czym ciężar dowodu, iż Zamawiający powinien powziąć uzasadnione wątpliwości, aby wezwać wykonawcę do wyjaśnień zaoferowanej ceny, spoczywał na Odwołującym, zgodnie z art. 6 k.c. Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodowemu, co potwierdza, że stanowisko Odwołującego wynikało jedynie z subiektywnej oceny Odwołującego.

Odwołujący podnosił także, że brak wyjaśnień wybranego wykonawcy uniemożliwia ocenę rzetelności złożonej oferty i może rodzić podejrzenia, że wykonawca ten stosuje zaniżone ceny w niektórych pozycjach, poniżej kosztów świadczenia usług, jednocześnie zawyżając nieadekwatnie wartość innych pozycji. Odwołujący nie przedstawił jednak uzasadnienia swojego stanowiska w tym zakresie, w tym w kontekście wykazania przesłanek określonych w art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 17 ust. 2 oraz art. 239 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Ekoenergia sp. z o.o., jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie części 2 zamówienia, zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w dokumentach zamówienia.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

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 § 8 ust. 2 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: