

Sygn. akt: KIO 2300/22

WYROK
z dnia 16 września 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2022 roku przez Wykonawcę **S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **2. Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą we Wrocławiu,**

przy udziale **Wykonawcy ABC-Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od Odwołującego S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz Zamawiającego – 2. Wojskowego Oddziału Gospodarczego z siedzibą we Wrocławiu kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 546,00 zł (słownie: pięćset czterdzieści sześć złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 roku 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający – 2. Wojskowy Oddział Gospodarczy – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, mające za przedmiot „Sprzątanie i utrzymanie czystości w budynkach kompleksów wojskowych na terenie Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 3 we Wrocławiu”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 czerwca 2022 roku pod nr 2022/S 114-321508.

W dniu 2 września 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wniesione przez Wykonawcę S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołujący złożył odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

1. niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę ABC-Service Sp. z o.o., bez jej wyjaśnienia w trybie art. 223 ust.1 i art. 224 ust.1 ustawy, a tym samym, bez zweryfikowania czy nie ma podstaw do jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5, 8 i 10 ustawy Pzp w związku z okolicznościami, które budzą uzasadnione wątpliwości, co do:
 - a) zgodności oferty z warunkami zamówienia w zakresie obowiązku kalkulacji ceny wg zadeklarowanych w ofercie czynników cenotwórczych dla celów kalkulacyjnych oferty;
 - b) możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikających z odrębnych przepisów.
2. zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności wezwania wykonawcy ABC-Service Sp. z o.o. do wyjaśnienia oferty, zaoferowanej w niej ceny, kosztów i ich istotnych części składowych, do których Zamawiający był zobowiązany przepisami art. 223 ust.1 i art. 224 ust.1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie wyrażonych w nich zasad;
2. art. 224 ust. 1 i art. 223 ust.1 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust.1 pkt 5, 8 i 10 ustawy Pzp wobec dokonania wadliwej oceny oferty złożonej przez Wykonawcę ABC-Service Sp. z o.o. poprzez:
 - a) błędne uznanie, że cena, koszty i ich istotne części składowe, są poprawnie

obliczone wg czynników cenotwórczych dla celów kalkulacyjnych oferty, zadeklarowanych w ofercie ww. wykonawcy, nie wydają się one rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budzą wątpliwości:

- co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów oraz
- co do poprawności ich wyliczenia zgodnie z czynnikami cenotwórczymi dla celów kalkulacyjnych oferty, zadeklarowanymi przez ww. wykonawcę;

b) zaniechanie wezwania Wykonawcy ABC-Service Sp. z o.o. do udzielenia:

- wyjaśnień ceny, kosztu i ich istotnych części składowych,
- wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, celem wykluczenia podstaw do odrzucenia ww. oferty na podstawie art. 226 ust.1 pkt 8, 5 i 10 ustawy Pzp;

3. art. 239 ustawy w związku z ww. zasadami udzielania zamówień publicznych poprzez dokonanie czynności wyboru oferty sprzecznie z przepisami ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. wezwania Wykonawcy ABC-Service Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz do udzielenia wyjaśnień ceny, kosztów i ich istotnych części składowych (w szczególności Tabeli A), w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, kosztów i ich istotnych części składowych w świetle zaoferowanych przez ww. wykonawcę czynników cenotwórczych dla celów kalkulacyjnych oferty, których Zamawiający wymagał w dokumentach zamówienia, poprzez zażądanie szczegółowej kalkulacji sporządzonej wg zadeklarowanych czynników cenotwórczych, zawierającej m.in.:

- koszty osobowe tj. koszty pracy z uwzględnieniem oferowanej przez Wykonawcę ABC-Service Sp. z o.o. liczby osób zatrudnionych na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, w tym koszty płac, koszty z tyt. zastępstwa pracowników przebywających na urlopie, koszty z tyt. utrzymania pracowników, koszty nadzoru, koszty utrzymania nadzoru itp.,

- koszty środków czystości i materiały związane z technologią sprzątnia (płyny do

mycia i konserwacji, worki na śmieci, sprzęt gospodarczy, środki ochrony osobistej, itp.), a także środki higieniczne do sprzątaných toalet (mydło, ręczniki papierowe, środki zapachowe i dezynfekcyjne, papier toaletowy itp.);

- koszty zakupu i naprawy sprzętu niezbędnego do wykonania ww. usługi,
- koszty amortyzacji,
- koszty paliwa,
- koszty administracyjne (księgowość, telefony, obsługa kadrowa, prawna itp),
- koszty zabezpieczenie należytego wykonania umowy,
- koszty ubezpieczenie OC,
- koszty ogólnozakładowe i inne;

3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;

4. ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych, niepodlegających odrzuceniu.

Argumentując ww. zarzuty Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący przedstawił następująco stan faktyczny sprawy.

„Zamawiający prowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na sprzątanie i utrzymanie czystości w budynku kompleksów wojskowych na terenie Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 3 we Wrocławiu. (...). W niniejszym postępowaniu złożone zostały 4 oferty. Najniższą cenę brutto zaoferowała firma ABC Service Sp. z o.o. w wysokości 4.122.670,56 zł. Cena ta jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o ok. 25%. Wszystkie oferty złożone w niniejszym postępowaniu, z wyłączeniem oferty Abc Service Sp. z o.o., przekraczają kwotę 5 mln zł.

W świetle Informacji z otwarcia ofert, oferta Abc Service Sp. z o.o.:

- jest tańsza o ponad 894 tys. zł od oferty wykonawcy 2 w rankingu
- jest niższa o ponad 1 mln 373 tys. zł od średniej arytmetycznej wszystkich ofert.

Zamawiający w SIWZ przedstawił sposób obliczania ceny oferty (pkt. 17 SWZ), który ma być zgodny z FORMULARZEM OFERTOWYM stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ.

Cena oferty musi zawierać wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia opisanego w opisie przedmiotu zamówienia i wzorze umowy.

Przedmiotem zamówienia jest usługa sprzątanania i utrzymania czystości w okresie od 01.01.2023 r. do 31.12.2025 r. w budynkach na terenie kompleksów wojskowych Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 3 we Wrocławiu o łącznej powierzchni wewnętrznej 43 625,58 m² w następujących lokalizacjach:

Kompleks symbol	Lokalizacja powierzchni	Ilość budynków
2323	Wrocław ul. Trzmielowicka 20	15
2037	Wrocław ul. Graniczna 13	24
4575	Pietrzykowice ul. Radarowa 15	5

Formularz ofertowy podzielony został na TABELĘ A - USŁUGI BIEŻĄCE oraz TABELĘ B - USŁUGI OKRESOWE LUB NA ZLECENIE.

Zgodnie z Załącznik nr 1 do SWZ „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA” podstawowe (bieżące) czynności /Tabela A/ to:

1. Zamiatanie, ścieranie na wilgotno, mycie, odkurzanie podłóg i posadzek klatek schodowych, schodów, ciągów komunikacyjnych, pomieszczeń i pokoi, toalet - z zastosowaniem odpowiedniego sprzętu i środków.

2. Odkurzanie wykładzin dywanowych.

3. Sprzątanie i dezynfekcja łazienek i toalet, mycie glazury, armatury, sanitariatów, luster środkami do tego przeznaczonymi.

4. Sprzątanie pomieszczeń kuchni i stołówek, mycie posadzek, glazury, blatów kuchennych, przecieranie na mokro mebli, stołów, krzeseł, środkami do tego przeznaczonymi.

5. Sprzątanie pomieszczeń gabinetów lekarskich, zabiegowych, izby chorych, mycie posadzek, glazury, blatów kuchennych, przecieranie na mokro mebli, stołów, krzeseł, środkami do tego przeznaczonymi.

6. Odkurzanie/przecieranie na wilgotno blatów stołów, powierzchni mebli biurowych w pomieszczeniach biurowych.

7. Czyszczenie wycieraczek znajdujących się przed wejściami i wewnątrz budynku.

8. Wycieranie na mokro oszklonych drzwi wejściowych zewnętrznych do budynków i wewnątrz budynku, w razie potrzeby czyszczenie tablic informacyjnych przy wejściach do budynku.

9. Opróżnianie i przecieranie na mokro koszy na śmieci, pojemników na odpady preselekcyjne, pojemników niszczonek do dokumentów wraz z wymianą foliowych worków oraz wynoszenie i segregacja odpadów komunalnych do oznaczonych pojemników ustawionych przez Zamawiającego w miejscach składowania odpadów na kompleksie. Zakup worków na śmieci i do niszczonek, dostosowanych do pojemników w poszczególnych lokalizacjach wykonywania usługi leży po stronie Wykonawcy.

10. Uzupełnianie środków higienicznych w sanitariatach (mydło w płynie, ręczniki papierowe, papier toaletowy, kostki do wc, odświeżacze powietrza).

Jak wskazał Zamawiający w dokumentach przetargowych, częstotliwość i zakres świadczonych usług powinny zapewnić utrzymanie czystości i porządku w obsługiwanych pomieszczeniach. Częstotliwość nie może być mniejsza niż wyszczególniona w Opisie przedmiotu zamówienia oraz w Zestawieniu powierzchni wewnętrznych budynków SOI 3.

Tabela B Formularza ofertowego dotyczy natomiast usług okresowych lub na zlecenie w terminie ustalonym przez Kierownika SOI 3. Tym samym nie wszystkie prace z niniejszej tabeli muszą być zrealizowane przez wykonawcę w trakcie trwania umowy, bowiem zależą od bieżących potrzeb Zamawiającego.

W związku z powyższym z uwagi, że część prac z Tabeli B może, jednak nie musi wystąpić, cena za realizację usługi bieżącej (tabela A) nie może nosić znamion rażąco niskiej ceny i musi uwzględniać wszystkie koszty realizacji usługi - bowiem to ona jest istotną częścią składową oferty.

Prace bieżące (tabela A) zostały wycenione przez firmy biorące udział w sposób następujący:

1. „ABC-Service” Sp. z o.o. - 83.354,98zł brutto/mc
2. S&A Service sp. z o.o. - 135.726,20zł brutto/mc
3. Konsorcjum DGP Clean Partner Sp. z o. o., 4 OP Sp. z o. o., CTG Sp. z o. o. - 169.028,94 zł brutto/mc
4. Gotz - Gebaudeservice Sp. z o.o.- 119.451,30 brutto/mc”.

Odwołujący wskazał, że kwota zaproponowana przez Wykonawcę ABC-Service w zakresie prac stałych jest znacznie niższa od pozostałych cen zaproponowanych przez pozostałych Wykonawców ubiegających się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego fakt ten powinien spowodować wątpliwości co do rzetelności wyceny dokonanej przez Wykonawcę ABC-Service Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, że „(...) Zaniżenie ceny lub kosztu części oferty może mieć istotny wpływ na ocenę, czy cena ofertowa jest rażąco niska”.

Odnosząc się do oferty złożonej przez Wykonawcę ABC-Service Sp. z o.o. Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, czy zaoferowana przez ww. Wykonawcę cena w zakresie prac bieżących (Tabela A) pokryje wszystkie koszty realizacji zamówienia i zapewni mu osiągnięcie chociażby minimalnego zysku.

Odwołujący podniósł następujące okoliczności jako istotne:

1. Zamawiający wymaga, aby czynności objęte zakresem realizacji zamówienia wykonywane były przez pracowników w ramach stosunku pracy, zawiązanego pomiędzy tymi pracownikami a Wykonawcą.

2. Zamawiający nie dopuścił do zatrudnienia pracowników na innej podstawie niż Umowa o pracę również w przypadku np. zastępstw:

Pytanie nr 5

Wnosimy o wyrażenie zgody na zatrudnienie pracowników na umowę zlecenie w przypadku nagłych i niespodziewanych nieobecności, pracownika zatrudnionego na umowę o pracę, wynikających z przyczyn losowych (m.in. zwolnienia lekarskie, urlopu na żądanie). Uzasadnienie: Konieczność zachowania wymogu zatrudnienia wyłącznie na umowę o pracę w sytuacjach losowych, zdarzeniach niemożliwych do przewidzenia jest nierealne. Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć ile osób będzie w danym okresie czasu np. na zwolnieniu lekarskim. Zatrudnienie na umowę o pracę poprzedzane jest spełnieniem szeregu wymagań m. in. wykonaniem i dostarczeniem badań lekarskich z zakresu medycyny pracy, czy szkoleń BHP, co w sytuacjach nagłych jest nierealne i wymaga dodatkowego czasu. W związku z powyższym wnosimy jak na wstępie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody, ponieważ czynności sprzątanania i utrzymania czystości są wykonywane w sposób określony art. 22 § 1 ustawy dnia 26 czerwca 1974 r. niezależnie od tego, czy są wykonywane za osobę, która nie może ich wykonywać z przyczyn losowych.

3. Zamawiający wskazał wielkość zatrudnienia:

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że obecnie usługa jest świadczona na powierzchni 43 625 m² będącej przedmiotem niniejszego postępowania, optymalna ilość osób wykonujących czynności sprzątanania i utrzymania czynności wynosi 10 osób w tym 1 osoba w Pietrzykowicach.

4. Wszystkie prace wykonywane będą pod nadzorem przedstawiciela Wykonawcy - koordynatora. Osoba ta jest zobowiązana do stałego przebywania na terenie w trakcie wykonywania prac objętych umową.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że na każdym kompleksie powinna być wyznaczona osoba nadzorująca, z wyjątkiem kompleksu w Pietrzykowicach, który znajduje się pod nadzorem osoby odpowiedzialnej za kompleks przy ul. Granicznej 13.

5. Wykonawca zobowiązuje się dostarczać środki higieniczne spełniające następujące wymagania:

- Papier toaletowy biały - celulozowy, min. 2-warstwowy, w rolkach standard, dzielonych na listki min. 230 listków - ilość 152 000 rolek,
- Ręczniki: - składane ZZ (celulozowy, min. 2-warstwowe) - ilość 9 000 000 listków,
- Mydło antybakteryjne w płynie do mycia rąk - do dozowników, a w przypadku ich braku w odpowiednim opakowaniu z dozownikiem - ilość 9 500 litrów,
- Kostka do WC - kostka WC do toalet, (nie mniejsza niż 35 g) - posiadająca w składzie: węglan wapnia - ilość 16 100 sztuk,

- *Odświeżacz powietrza - żelowy, w sprayu, elektryczny (wkład do odświeżacza elektrycznego), w formie zawieszki zapachowej (w zależności od zainstalowanych urządzeń) - ilość 2 500 sztuk*

6. Mopy i ścierki nie mogą mieć oznak całkowitego zużycia, w tym celu wykonawca zobowiązuje się do ich wymiany co najmniej 1 raz na miesiąc.

7. Wykonawca w celu realizacji przedmiotu umowy zabezpiecza we własnym zakresie profesjonalny, dopuszczony do powszechnego użytku, sprzęt, urządzenia, środki czystości, środki konserwująco-dezynfekujące i środki higieniczne, tj. papier toaletowy, ręczniki papierowe, mydło w płynie, kostki do wc, odświeżacze powietrza, worki na śmieci.

8. Wykonawca zobowiązuje się na swój koszt dostarczyć do wymiany pojemniki na mydło w płynie, podajniki na papier toaletowy w rolkach lub wieszaki na ręczniki papierowe w rolkach oraz szczotki do WC z pojemnikiem. Demontaż uszkodzonego urządzenia oraz montaż nowego jest będzie wykonywany na zlecenie Zamawiającego. Po zakończeniu umowy powyżej opisane urządzenia stanowią własność Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że cena zaoferowana przez Wykonawcę ABC-Service Sp. z o.o. powinna wykazać możliwość realizacji usługi podstawowej przy uwzględnieniu wszystkich kosztów realizacji tej usługi. Odwołujący wskazał, że wartość usługi bieżącej za 1 miesiąc w wysokości 67.768,28 plus podatek VAT jest w jego ocenie niewystarczająca na pokrycie wszystkich kosztów usługi. Odwołujący podniósł, że „(...) Przy założeniu zatrudnienia, wynikającego z dokumentacji przetargowej, chociażby w ilości 10 os. + 2 koordynatorów (z doświadczenia Odwołującego na niniejszym zasobie wynika, iż ta ilość jest niewystarczająca) oraz przewidzianych godzin na realizację usługi, zakładając tylko płacę minimalną obowiązującą w roku 2022 (realizacja usługi rozpocznie się od roku 2023), w wysokości 3010 zł brutto (zarówno dla personelu porządkowego jak i koordynatorów) wraz z wszystkimi kosztami wynikającymi z przepisów Kodeksu pracy, koszty płacy pracowników przekraczają kwotę 50 tys. złotych. Poziom kosztów pracowniczych ponoszonych przez Wykonawcę, wg stawki minimalnej stanowi kwotę ok. 3672 zł dla jednego etatu. Dodatkowo wykonawca winien prawidłowo wyliczyć koszt zastępstw urlopowo-chorobowych. Koszt pracownicze, przy założeniu 10 os. personelu porządkowego oraz 2 os. koordynatorów wynoszą: $(12 \cdot 3672) + (12 \cdot 3672 \cdot 12,32\%) = 49.492,68 \text{ zł}$. Dodatkowo zauważyć należy, iż w przedmiotowym wyliczeniu brak jest ujęcia pozostałych kosztów związanych z zatrudnieniem pracownika takich jak koszty badań lekarskich, koszty odzieży ochronnej, środków ochrony osobistej, szkoleń, kosztu dojazdów koordynatora pomiędzy Wrocławiem a Pietrzykowicami, czy też koszt środków higienicznych do toalet, środki do utrzymania czystości, sprzętu, kosztów polisy OC, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty administracyjne itd.

Właściwe wyliczenie kosztów płacy pracowników jest istotnym elementem całej kalkulacji, z uwagi na ich proporcjonalnie wysoki udział w całości kosztów zamówienia, jednakże zaproponowana cena winna oprócz kosztów pracowniczych pokryć również pozostałe koszty usługi, które według doświadczenia Odwołującego przy realizacji usługi na SOI3 stanowią wartość wyższą niż 18 tys. zł”.

W ocenie Odwołującego w okolicznościach zaistniałych w niniejszej sprawie Zamawiający zobowiązany jest do zbadania istotnych części składowych ceny zaoferowanej przez Wykonawcę ABC-Service Sp. z o.o., które są „wyraźnie niższe od cen wyliczonych w oparciu o wskazane w ofercie czynniki cenotwórcze, czy też niższe od cen rynkowych, albo kosztów wynikających z odrębnych przepisów, aby wyeliminować możliwość zaoferowania cen nierealnych, które mogą wpływać negatywnie na ostateczną realizację przedmiotu zamówienia. Jeżeli jeden lub kilka istotnych składników ceny sprawiają wrażenie zaniżonych, to Zamawiający ma obowiązek wezwać Wykonawcę do wyjaśnień. Nie ma przy tym znaczenia, że całościowa cena nie jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia czy też średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nienależytą ocenę oferty złożonej przez Wykonawcę ABC-Service Sp. z o.o. i w konsekwencji zaniechanie wezwania ww. Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 14 września 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

.Pismem z dnia 15 września 2022 r. stanowisko w sprawie zaprezentował Wykonawca ABC-Service Sp. z o.o. zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpatrzeniu na rozprawie odwołania, z uwzględnieniem treści złożonej do akt sprawy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na piśmie oraz na rozprawie – odnotowanych w protokole rozprawy, ustaliła, co następuje i rozstrzygnęła, jak wskazano w sentencji wyroku, kierując się poniżej przedstawionymi motywami.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po

stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność Zamawiającego.

Izba uznała, że Odwołujący, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, natomiast w sytuacji potwierdzenia zarzutów postawionych w odwołaniu oraz nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonania ponownego badania i oceny ofert, oferta złożona przez Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Izba uznała w tym zakresie za chybione stanowisko zaprezentowane przez Wykonawcę ABC-Service Sp. z o.o. (Przystępującego), wyrażające się w twierdzeniu, że nie jest możliwe wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości wystąpienia szkody po stronie Odwołującego w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy w sytuacji, gdy oferta Odwołującego znajduje się na trzecim miejscu rankingu ofert, natomiast Odwołujący nie zaskarżył oferty złożonej przez Wykonawcę zajmującego drugie miejsce w rankingu ofert. Izba w tym zakresie ustaliła, że – jak wynika z protokołu postępowania – druk ZP-PN – Zamawiający w toku przedmiotowego postępowania zastosował procedurę, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem z uwagi na fakt, że oferta złożona przez Wykonawcę zajmującego drugie miejsce w rankingu ofert nie została oceniona w sposób ostateczny, nie można było wykluczyć realnej możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego w sytuacji uwzględnienia odwołania przez Izbę.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca ABC-Service Sp. z o.o., dalej jako „Przystępujący”.

Izba ustaliła oraz przyjęła następujące okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Izba stwierdziła, że okoliczności stanu faktycznego przytoczone w treści odwołania, odnoszące się do przytoczonych postanowień dokumentacji postępowania, odpowiadają rzeczywistości jej brzmieniu, zatem nie zostaną one ponownie przytoczone.

Zgodnie z § 5 ust. 12 Projektowanych Postanowień Umowy stanowiących załącznik nr 4 do SWZ:

Wykonawca w ciągu 10 dni od daty zawarcia umowy sporządzi i przedstawi do akceptacji w formie papierowej Kierownikowi SO1 nr 3 wykonane dla każdego budynku w danym kompleksie dokumenty:

- Harmonogram realizacji usług miesięcznych, zgodnie z wzorem zawartym w załączniku nr 6a do umowy,

- Harmonogram realizacji usług okresowych, zgodnie z wzorem zawartym w załączniku nr 6b do umowy, sporządzone na podstawie Opisu przedmiotu zamówienia i Zestawienia powierzchni wewnętrznych budynków SOI 3.

Zamawiający na pytanie do treści SWZ oznaczone numerem 3 udzielił następującej odpowiedzi (pismo z dnia 13 lipca 2022 r.):

Pytanie nr 3

Zamawiający w § 9 pkt 7 wzoru umowy zapisał:

„Wykonawca ma obowiązek - na wniosek Zamawiającego odnośnie żądania zmiany pracownika/ków niewłaściwie wykonującego/cych usługę - dokonać wnioskowanych zmian przy zachowaniu wszystkich wymagań umowy dotyczących zatrudniania (w tym: ilości osób, formy zatrudnienia, wymiaru etatu lub czasu pracy itp.). Pisemny wniosek Zamawiającego w tym zakresie wymaga uzasadnienia”. W związku z powyższym, wykładnia powyższego świadczy o tym, że umowa wymaga zatrudnienia konkretnej :

-ilości osób, - wymiaru etatu, - czasu pracy.

Wnosimy o udzielenie informacji, ile Zamawiający wymaga pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, w jakim wymiarze etatu oraz czasu pracy pracowników. Jeśli Zamawiający nie określa z góry tych informacji, wnosimy o wykreślenie tego zapisu jako wprowadzającego w błąd wykonawców w zakresie wymogu zatrudniania pracowników.

Takie zapisy pojawiają się również w innych zapisach wzoru umowy w tym :

§ 9 pkt 6. „W przypadku:

1) rozwiązania stosunku pracy (bez względu na stronę składającą oświadczenie w tym zakresie) z osobą zatrudnioną/osobami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę, o których mowa w ust. 1, przed zakończeniem realizacji umowy

2) nieobecności osoby/osób zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę, o których mowa w ust. 1,

- wykonawca zobowiązany jest do zatrudnienia lub wskazania na to miejsce innej osoby/na te miejsca innych osób w taki sposób, aby liczba etatów sprzątających była stała, po uprzednim pisemnym powiadomieniu Zamawiającego o dokonanej zmianie podając odpowiednie dane personalne tej osoby.” (...)

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie zapisu. Zamawiający wymaga, aby czynności sprząwania i utrzymania czystości były wykonywane przez osoby zatrudnione na umowę o pracę, ponieważ są one wykonywane w sposób określony art. 22 § 1 ustawy dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy, jednocześnie Zamawiający nie narzuca Wykonawcy sposobu organizacji pracy w zakresie liczby pracowników i wymiaru czasu pracy.

Przystępujący złożył ofertę, w której w pozycji „cena jednostkowa netto za 1 m² w miesiącu [zł]” w tabeli A „Usługi bieżące” Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ, jako sumę cen wskazał kwotę 67.768,28 zł. Całkowitą wartość oferty za rok 2023, 2024 i 2025) skalkulował na poziomie 4.122.670,56 zł brutto.

Pismem z dnia 23 sierpnia 2022 r. Zamawiający poinformował o wyniku przedmiotowego postępowania – jako oferta najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez Przystępującego – Wykonawcę ABC-Service Sp. z o.o.

Izba zważyła, co następuje.

Mając na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz orzekając w granicach podniesionych w treści odwołania zarzutów Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie wykazał, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, działając na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, że rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp i art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwej oceny oferty złożonej przez Wykonawcę ABC-Service Sp. z o.o.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z przepisem 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.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 3 stycznia 2018 r. (sygn. akt XXIII Ga 1547/17) wydanym na gruncie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp2004, ale zachowującym aktualność na gruncie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, „(...) Ustawodawca nie wyjaśnia znaczenia zwrotu „istotna część składowa”, chodzi więc o jego językowe rozumienie, tj. część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy. Obowiązek wyjaśniania ceny istotnego składnika zamówienia powstaje zawsze, gdy budzi ona

wątpliwości. W odróżnieniu od ceny całkowitej nie ma jednak zastosowania przepis o 30-procentowej różnicy od takich wartości w ofertach innych wykonawców”.

Izba wskazuje, że okolicznością bezsporną jest, iż w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zaistniała podstawa do wezwania Przystępującego do wyjaśnienia treści oferty uregulowana w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. Natomiast Odwołujący zarzuty naruszenia przepisów art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 ustawy Pzp podniósł w oparciu o te same okoliczności faktyczne przywołane poniżej.

Z treści odwołania wynika, że kwestionowaną przez Odwołującego czynnością jest zaniechanie wyjaśnienia treści oferty złożonej przez Przystępującego w zakresie możliwości wykonania zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego w treści SWZ oraz w zakresie poprawności zawartej w niej kalkulacji. Odwołujący podniesione zarzuty uzasadnił okolicznością, że po pierwsze Przystępujący zaoferował zrealizowanie usługi ujętej w Tabeli A – Usługi bieżące – w perspektywie miesiąca w cenie 83.354,98 zł brutto, co stanowi najniższą spośród stawek zaoferowanych w tej pozycji przez Wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia (w odniesieniu do tej grupy usług doszło do przekroczenia progu 30% różnicy wartości w odniesieniu do pozostałych ofert). Ponadto usługa ta stanowi istotną część składową oferty. Po drugie, Odwołujący wskazał, że wartość usługi bieżącej za 1 miesiąc skalkulowana przez Przystępującego na poziomie 67.768,28 zł netto jest niewystarczająca do pokrycia wszystkich kosztów usługi. W celu wykazania ww. twierdzenia Odwołujący przedstawił kalkulację sporządzoną przy założeniu zatrudnienia 10 pracowników i 2 koordynatorów w wymiarze pełnego etatu. Odwołujący wskazał także, że zaoferowana cena powinna uwzględniać również pozostałe koszty realizacji usługi (inne niż koszty pracownicze) – w tym zakresie Odwołujący powołując się na własne doświadczenia podniósł, że przekraczają one kwotę 18.000 zł.

Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, by w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy cena oferty złożonej przez Przystępującego – Wykonawcę ABC-Service Sp. z o.o. wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub by mogła budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia – Odwołujący nie wykazał zatem, by ziszcila się przesłanka do wezwania Przystępującego Wykonawcy ABC-Service Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, o których mowa w przepisie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący w tym zakresie powołał się na te same okoliczności faktyczne w odniesieniu do wszystkich postawionych w odwołaniu zarzutów.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie określił modelu organizacyjnego, w oparciu o który

ma być realizowana usługa objęta przedmiotowym zamówieniem – w szczególności nie zastrzegł sposobu organizacji pracy w odniesieniu do liczby pracowników oraz wymiaru etatu koniecznego do realizacji przedmiotowej usługi (odpowiedź udzielona na pytanie oznaczone numerem 3. – pismo z dnia 13 lipca 2022 r.).

W odniesieniu do powyższego należy uznać, że argumentacja podniesiona przez Odwołującego oparta jest na błędnych ustaleniach faktycznych oraz niewykazanych twierdzeniach. Odwołujący bowiem twierdzenie o niewystarczającym do pokrycia wszystkich kosztów usługi poziomie ceny zaoferowanej przez Przystępującego, sprowadza do przedstawionej kalkulacji własnej sporządzonej w oparciu o założenie zatrudnienia w pełnym wymiarze czasu pracy 12 osób (10 osób personelu porządkowego i 2 koordynatorów). Tymczasem Zamawiający w treści SWZ nie narzucił wykonawcom ubiegającym się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia liczby osób koniecznych do realizacji przedmiotowego zamówienia, wymiaru zatrudnienia ani modelu organizacyjnego. Jednocześnie także Odwołujący nie wykazał, by koniecznym do zrealizowania przedmiotowego zamówienia było zatrudnienie 12 pracowników w wymiarze pełnego etatu każdy. Tym samym argumentację Odwołującego oraz twierdzenia przedstawione na potrzeby sporządzenia kalkulacji Izba uznała za niewykazane, natomiast przedstawioną kalkulację za niewiarygodną i nieadekwatną do okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy. Brak jest bowiem podstaw, by narzucać Przystępującemu – Wykonawcy ABC-Service Sp. z o.o. przyjęcie założenia zatrudnienia pracowników skierowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia w wymiarze pełnego etatu. Jednocześnie założenia przyjęte przez Odwołującego są odmienne od tych, które przedstawił Przystępujący w stanowisku procesowym, a których prawidłowości Odwołujący skutecznie nie zakwestionował.

Odnosząc się natomiast do pozostałych kosztów realizacji przedmiotowej usługi – innych niż koszty pracownicze – Izba uznała, że twierdzenia przedstawione przez Odwołującego nie zostały udowodnione. W tym zakresie Odwołujący ograniczył się do przytoczenia postanowień SWZ kształtujących obowiązki wykonawcy oraz do odwołania się do własnego doświadczenia.

W tym miejscu należy wskazać, że jak wynika z brzmienia art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Oznacza to, że strony, jak i uczestnicy postępowania odwoławczego są zobowiązane do wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tym samym w ocenie Izby Odwołujący, który podnosi zarzut zaniechania wezwania Wykonawcy ABC-Service Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp powinien wykazać i udowodnić okoliczności, które czyni podstawą stawianych zarzutów. Jest to tym bardziej istotne w sytuacji, gdy Zamawiający w toku badania i oceny ofert nie stwierdził podstaw do zastosowania ww. przepisów.

Złożone przez Odwołującego dowody na okoliczność wykazania różnic procentowych w zakresie wyceny usług bieżących dokonanej przez Przystępującego oraz pozostałych Wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia w ocenie Izby nie dowodzą, że zaoferowana przez Przystępującego cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba wzięła pod uwagę, że – jak wynika z przytoczonego wyżej wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – w odniesieniu do wyjaśniania ceny istotnego składnika cenowego oferty na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp2004 – na gruncie którego został wydany przywołany wyrok), nie ma zastosowania zasada dotycząca trzydziestoprocentowej różnicy od wartości tej samej pozycji wyceny sporządzonej przez innych wykonawców. Jednocześnie Odwołujący nie uzasadnił podnoszonych twierdzeń argumentami dowodzącymi niepoprawność kalkulacji sporządzonej przez Przystępującego, nie zakwestionował także skutecznie możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę w sposób zgodny z warunkami zamówienia.

Izba uznała podaną przez Odwołującego argumentację za niewystarczającą do skutecznego wykazania omawianego zarzutu. W ocenie Izby twierdzenia zawarte w odwołaniu nie pozwalają na wykazanie zaistnienia podstawy do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp i art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 ustawy Pzp w kwestionowanym zakresie.

Wobec braku odrębności zarzutu naruszenia przepisu art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp należało uznać, że Zamawiający swoim działaniem nie naruszył ww. przepisów w kwestionowanym w odwołaniu zakresie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 239 ustawy Pzp, mając na uwadze, że nie potwierdziły się wyżej omówione zarzuty oraz wobec braku odrębności zarzutu naruszenia art. 239 ustawy Pzp, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając

w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: