

**POSTANOWIENIE**

Warszawa, dnia 16.01.2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 2 stycznia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP Clean Partner Sp. z o. o., 7 MG Sp. z o. o., CTG Sp. z o.o., MEDICAL CLEAN Sp. z o. o. z siedzibą lidera w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 2. Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP Clean Partner Sp. z o. o., 7 MG Sp. z o. o., CTG Sp. z o.o., MEDICAL CLEAN Sp. z o. o. z siedzibą lidera w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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: .....

### **Uzasadnienie**

2. Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu, dalej jako: „Zamawiający” – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest *sprzątanie Kontenerowego Wojskowego Szpitala Polowego*, numer referencyjny: INFR/490A/2023.

Wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 29 listopada 2023 r. pod numerem 2023/S 230-724407.

W dniu 2 stycznia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP Clean Partner Sp. z o. o., 7 MG Sp. z o. o., CTG Sp. z o.o., MEDICAL CLEAN Sp. z o. o. z siedzibą lidera w Warszawie (dalej jako: „Odwołujący”) wobec czynności i zaniechań zamawiającego, tj. wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy B. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą JAROS B. S. oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 17 Pzp w zw. z art. 239 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy mimo, iż jest ofertą niezgodną z warunkami zamówienia, postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) jak i Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) w szczególności postanowieniami załącznika nr 3 do SWZ pn. formularz ofertowy treść tabeli zawarta w kolumnie dwa pod nazwą „Przedmiot zamówienia” wiersze 2 i 3, jak również postanowieniami OPZ stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ str. 7 część zatytułowana „Uwaga” pkt 2, poprzez:
  - a. przewidzenie do realizacji zamówienia (zgodnie z treścią udzielonych wyjaśnień ceny) w zakresie sprzątania powierzchni wewnętrznych w kontenerach mieszkalnych i sprzątania powierzchni wewnętrznych w kontenerach sanitarnych tj. łącznie do realizacji ww. całego zakresu przedmiotu zamówienia 4 pracowników w wymiarze łącznie 4 etatów, przy wymogu Zamawiającego, iż wykonawca ma obowiązek zatrudniać w sposób

nieprzerwany przy realizacji zamówienia pracowników na podstawie umowy o pracę jak również wobec wyraźnego postanowienia Zamawiającego, iż sprzątanie powierzchni ma odbywać się 7 dni w tygodniu 24h/ dobę. Zamawiający wskazał bowiem w przywołanych powyżej postanowieniach SWZ i OPZ określone wymagania określające zakres przedmiotu zamówienia, warunki realizacji zamówienia w tym zakres czynności w poszczególnych pomieszczeniach, częstotliwości ich wykonania, ramy czasowe i przestrzenne wykonywania czynności objętych opisem przedmiotu zamówienia, które przekładają się na minimalne wymagania w zakresie organizacji pracy a w konsekwencji wymaganej minimalnej ilości osób i etatów. Wykonawca przedłożył ofertę, która w swej treści merytorycznej z uwagi na zaoferowaną, a wskazaną w wyjaśnieniach ceny, ilość osób i etatów na poziomie 4 osób w wymiarze 4 etatów nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego, nie obejmuje wyceny całego przedmiotu zamówienia, albowiem minimalna ilość etatów przy założeniach wyraźnie wskazanych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia to 4,35 etatu;

- b. nie ujęcie pełnych kosztów zatrudnienia wymaganej ilości osób, nie ujęcie kosztów wymaganych przepisami prawa w zakresie konieczności zapewnienia pracownikom praw pracowniczych, jak i kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Wykonawca miał obowiązek zapewnić minimalną odpowiednią ilość osób zapewniającą kompleksowe, należyte i staranne wykonanie usługi a w ofercie otrzymał wycenę, która nie uwzględnia tych wymogów, tj. Wykonawca wskazał, iż będzie zatrudniał 4 osoby w wymiarze 4 etatów, nie zapewnił odpowiedniej ilości osób na sprzątanie powierzchni (w minimalnej ilości 4,35 etatu), nie ujął pełnych kosztów zatrudnienia wymaganej ilości osób, nie ujął kosztów wymaganych przepisami prawa tj. dodatku za pracę w porze nocnej, na zbyt niskim poziomie przewidział koszty zastępstw urlopowych i zastępstw chorobowych, nie ujął w ogóle kosztów PPK; Innymi słowy Zamawiający otrzymał wycenę, która nie jest wyceną dokonaną zgodnie z SWZ i warunkami zamówienia opisanymi w dokumentach zamówienia; cena przedstawiona w formularzu ofertowym nie obejmuje pełnego zakresu zamówienia, a więc i pełnego zakresu przyszłego zobowiązania umownego,

- 2. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i ust. 6 Pzp, w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 239 Pzp w zw. art. 16 Pzp w zw. z art. 17 Pzp poprzez:

- a. błędną ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę i błędnym uznaniu, iż: przedłożone wyjaśnienia, spełniają wymagania określone w ustawie Pzp oraz odpowiadają na konkretne i precyzyjnie wątpliwości Zamawiającego wyrażone w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 12 grudnia 2023r., a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę w sytuacji, gdy: złożone wyjaśnienia są wybiórcze, niewystarczające, nierzetelne, co więcej zawarte w nich treści wprost wskazują na okoliczność zaoferowania przez Wykonawcę rażąco niskiej ceny w szczególności poprzez:
- i. nieuwzględnienie wszystkich kosztów związanych z wyceną wymagań określonych w SWZ i załącznikach, przewidują niedoszacowanie ceny oferty i jej części składowych m.in. z uwagi na nieujęcie w cenie oferty:  
(1) kosztów zatrudnienia odpowiedniej wymaganej zgodnie z postanowieniami dokumentów zamówienia ilości osób (Wykonawca nie ujął pełnych kosztów zatrudnienia wymaganej minimalnej ilości osób tj. 4,35 etatu), (2) wszystkich kosztów pracy (kosztów pracowniczych, wynikających z konieczności zapewnienia praw pracowniczych) bądź przyjęcie ich na zbyt niskim poziomie m.in. nie ujęcie w ogóle kosztów dodatku za pracę w porze nocnej, nie ujęcie w ogóle kosztów PPK, przyjęcie na zbyt niskim poziomie kosztów zastępstw urlopowych i zastępstw chorobowych,
  - ii. ponadto w treści wyjaśnień nie odpowiedział na jednoznacznie wyartykułowanie w treści wezwania z dnia 12 grudnia 2023 r. zapytanie Zamawiającego w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, zgodności z przepisami z zakresy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, poprzez brak odniesienia się do kwestii konieczności ponoszenia i uwzględnienia w cenie oferty kosztów PPK, kosztów dodatku za pracę w godzinach nocnych, bądź przewidzenie na zbyt niskim poziomie kosztów zastępstw urlopowych, kosztów zastępstw chorobowych, jak również poprzez wyraźne przewidzenie do realizacji zamówienia zbyt niskiej ilości osób (ilości etatów),
- b. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę w sytuacji, gdy Wykonawca nie skalkulował pełnego zakresu przedmiotu zamówienia (a więc i pełnego zakresu przyszłego zobowiązania umownego) i nie jest on w stanie

wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w szczególności z uwagi na: zakres przedmiotu zamówienia – wymiar czasowy świadczonej usługi, powierzchnie i rodzaj czynności do wykonania zgodnie z OPZ, konieczność zapewnienia pracownikom praw pracowniczych, uwzględnienia wynikających z SWZ kosztów pracowniczych i innych elementarnych składników ceny. Wykonawca miał obowiązek zapewnić odpowiednią ilość osób, materiałów, sprzętu, zapewniającą kompleksowe, należyte i staranne wykonanie usługi, a w ofercie Zamawiający otrzymał wycenę która nie uwzględnia tych wymogów, Wykonawca nie ujął m.in.: (1) kosztów zatrudnienia odpowiedniej wymaganej zgodnie z postanowieniami dokumentów zamówienia ilości osób (Wykonawca nie ujął pełnych kosztów zatrudnienia wymaganej minimalnej ilości osób tj. 4,35 etatu), (2) wszystkich kosztów pracy (kosztów pracowniczych, wynikających z konieczności zapewnienia praw pracowniczych) bądź przyjął je na zbyt niskim poziomie m.in. nie ujął w ogóle kosztów dodatku za pracę w porze nocnej, nie ujął w ogóle kosztów PPK, przyjął na zbyt niskim poziomie koszty zastępstw urlopowych i zastępstw chorobowych.

Wykonawca nie kalkulował w ramach podanych cen za usługę wszelkich kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, w szczególności kosztów związanych z kalkulacją najistotniejszej części składkowej ceny kosztów pracowniczych, objętego wyceną w formularzu ofertowym, a w konsekwencji:

- zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę mimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w szczególności zawiera cenę nie uwzględniającą wszystkich części składowych ceny; mimo, iż Wykonawca nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru wykazania i udowodnienia, iż cena oferty nie jest rażąco niska w szczególności wykazania, iż zawiera wszystkie części składowe ceny,

– wybór oferty Wykonawcy mimo, iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę, w stosunku do przedmiotu zamówienia; mimo, iż Wykonawca nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru wykazania i udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 224 ust. 6 Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, mimo iż Wykonawca nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie wzruszył domniemania, że cena oferty jest rażąco niska,

– przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się jak opisano powyżej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na badaniu, ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę;
- dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w tym: a) odrzucenie oferty Wykonawcy, b) wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania, a także, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, że kopię odwołania przekazano wykonawcom w dniu 02.01.2024 r. za pośrednictwem strony internetowej postępowania. Nie nastąpiło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 4 stycznia 2024 r. do akt sprawy wpłynęło pismo Zamawiającego, w którym oświadczył on, że *„uwzględnia odwołanie złożone w dniu 02.01.2024 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na sprzętanie Kontenerowego Wojskowego Szpitala Polowego. W związku z powyższym Zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty, przystąpił do ponownego badania ofert i wybrał ofertę Odwołującego”*.

**Mając powyższe na uwadze, Izba zważyła i ustaliła, co następuje:**

Izba zważyła, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku zgłoszenia jakichkolwiek przystąpień, postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy PZP. Przepis ten stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden

wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 1 ustawy PZP umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 ustawy PZP.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy PZP oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a 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 2020r., poz. 2437 ze zmianami), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....