

Wrocław, dnia 3 października 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02– 676 Warszawa

Odwołujący:

Konsorcjum:

Optima Cleaning Sp. z o.o. – lider konsorcjum

ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław

KRS: 0000588001; NIP: 8943069512; REGON: 363068270

Impel Facility Services Sp. z o. o.

ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław

KRS: 0000005901; NIP: 9542250979; REGON: 276153155

reprezentowane przez pracownika

Katarzyna Grabek

numer telefonu: **510 013 153**

adres poczty elektronicznej: **k.grabek@impel.pl**

adres do doręczeń – jak dla Lidera Konsorcjum

Zamawiający:

Specjalistyczny Psychiatryczny

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Suwałkach

ul. Szpitalna 62; 16 - 400 Suwałki

KRS: 00056947; NIP: 844-12-47-165 ; REGON: 790244055

tel.: 87 562 64 02

e-mail: przetargi@spzoz.pl

adres strony internetowej Zamawiającego:

www.spspzoz.pl

adres strony internetowej, na której jest prowadzone postępowanie:

<https://ezamowienia.gov.pl/mcclient/search/list/ocds>

identyfikator postępowania na Platformie e-Zamówienia:

ocds-148610- -f6001bd5-4bb5-11ee-a60c-9ec5599dddc1

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 ust. 1 i 2 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 poz. 1129 t. j. z dnia 2021.06.24 ze zm.) – dalej: *Ustawa lub pzp*, składamy odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: *Świadczenie usług sprzątnia i utrzymania czystości wraz ze stałą dostawą materiałów eksploatacyjnych oraz inne usługi*. (znak postępowania: ZP/2/PN/2023).

- I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):
1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00382900/01 z dnia 06.09.2023 r..
 2. Nazwa postępowania opublikowana w Biuletynie Zamówień Publicznych: *Świadczenie usług sprzątnia i utrzymania czystości wraz ze stałą dostawą materiałów eksploatacyjnych oraz inne usługi*. Numer referencyjny: ZP/2/PN/2023 .

- II. Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz zwięzłe przytoczenie zarzutów:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 224 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny ofertowej, mimo, że cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę:
 - a) nie pokrywa kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzenia za pracę oraz minimalnych dodatkowych elementów cenotwórczych
oraz
 - b) wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i 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 poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej sprzecznie z przepisami Ustawy;
- 3) art. 239 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny i nie powinna zostać oceniona jako najkorzystniejsza w postępowaniu oraz zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, która jest ofertą ważną i niepodlegającą odrzuceniu a nadto zawiera najkorzystniejszy bilans z oceny kryteriów ustalonych w postępowaniu.

- III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie i uchylene czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny ofertowej tj. wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 Ustawy;
- 3) nakazanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;
- 4) nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

IV. Wskazanie interesu Odwołującego

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, gdyż jest Wykonawcą ubiegającym się o udzielenie niniejszego zamówienia, ma możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż w razie uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego jako niepodlegająca odrzuceniu oferta i złożona przez Wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu, będzie ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazuje ponadto, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż wadliwa, naruszająca zasadę uczciwej konkurencji i w konsekwencji niezgodna z Ustawą ocena ofert, złożonych w postępowaniu, a w rezultacie wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, doprowadziły bezpośrednio do narażenia Odwołującego na brak możliwości pozyskania zamówienia i w konsekwencji na szkodę w postaci utraty zysku, który Odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty (uznania oferty za najkorzystniejszą i zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego).

W przypadku uwzględnienia niniejszego Odwołania oferta złożona przez Odwołującego może zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą oraz może doprowadzić do zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazuje również, że ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, gdyż jest Wykonawcą ubiegającym się o udzielenie niniejszego zamówienia a uwzględnienie odwołania spowoduje, że może uzyskać zamówienie.

V. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia przestania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwoty, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 Ustawy.

Zamawiający w dniu 28.09.2023 roku opublikował i przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Wpis od odwołania w wysokości 7 500 zł. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) został wniesiony na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, tj. rachunek bankowy o numerze: 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000 prowadzony przez NBP O/Okr. w Warszawie.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Świadczenie usług sprzątnania i utrzymania czystości wraz ze stałą dostawą materiałów eksploatacyjnych oraz inne usługi.*

Zamawiający w dniu 28.09.2023 r. przekazał i opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podnosi, że ww. czynność jest niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych i skutkuje bezpodstawnym i wadliwym oferty wyborem najkorzystniejszej, a nadto pozbawia Odwołującego wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i w konsekwencji możliwości zawarcia umowy i tym samym skutkuje stratą dla Odwołującego.

1. W zakresie zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny ofertowej.

1.1. Odwołujący podnosi, że w postępowaniu istnieją poważne wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia na warunkach (cenie) zaoferowanej przez wybranego wykonawcę. Cena wybranego wykonawcy budzi wątpliwości, które to wątpliwości zostały szczegółowo opisane i wymienione w poniższej części odwołania oraz załącznikach.

1.2. Okoliczności przywołane poniżej nie wzbudziły żadnych wątpliwości po stronie Zamawiającego, który dokonał wyboru oferty złożonej przez wybranego, bez przeprowadzenia odpowiedniej procedury wyjaśniającej. Odwołujący podnosi więc, że Zamawiający zaniechał czynności wyjaśniających sposobu kalkulacji ceny przez wybranego wykonawcę.

1.3. W ocenie Odwołującego, czynności dokonane przez Zamawiającego są bezpodstawne i dokonane zostały z naruszeniem prawa, gdyż złożona w postępowaniu oferta wybranego Wykonawcy, zawiera co najmniej podejrzenie rażąco niskiej ceny i nie pokrywa minimalnych kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia.

1.4. W postępowaniu zostały złożone poniżej wskazane oferty:

Numer	Nazwa (firma) i adres wykonawcy	Cena
1.	Konsorcjum firm: Optima Cleaning Sp. z o.o. Impel Facility Services Sp. z o.o.	2 087 207,46 zł brutto
2.	FUDEKO S.A.	3 416 048,75 zł brutto
3.	Konsorcjum firm: DGP Clean Partner Sp. z o.o.	

4 OP sp. z o.o. CTG Sp. z o.o. MEDICAL CLEANING Sp. z o.o.	1 950 735,01 zł brutto
--	------------------------

- 1.5. Na potrzeby niniejszego odwołania i wyłącznie w celu sprawdzenia wyliczenia ceny ofertowej Wybranego Wykonawcy, które potwierdzają, iż cena jest rażąco niska i nie pokrywa wszystkich, wymaganych przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej kosztów.
- 1.6. Odwołujący podkreśla, iż przedmiotowa oferta była składana po opublikowaniu Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz.U. z 15 września 2022 r. poz. 1952). W związku z tym, iż przedmiotowe postępowanie zakładało zawarcie umowy na 12 m-cy a Zamawiający w odpowiedziach potwierdził, iż wykonawcy powinni liczyć stawki już znane na rok 2024, Wykonawcy zobligowani byli do skalkulowania w cenie oferty wzrostu wynagrodzeń w roku 2024. Z obliczeń wynika, iż Konsorcjum DGP nie przewidziało tak wysokich wzrostów wynagrodzeń dla pracowników od stycznia 2024 oraz od lipca 2024 jakie ustalił Ustawodawca. Odwołujący do sporządzenia kalkulacji przyjął, że osoby realizujące zamówienie będą zatrudniane wg stawek minimalnych w czasie obowiązywania umowy.
- 1.7. Odwołujący podnosi, że cena za wykonania zamówienia, zaoferowana przez Wybranego Wykonawcę nie pokrywa podstawowego kosztu jakim są koszty pracy (koszty zatrudnienia osób realizujących zamówienie).

3 m-ce: 3 600,00 (/X/XII/XII.2024)	uśredniona wysokość wynagrodzenia: 4.096,00
6 m-cy: 4 242,00 (I/II/III/IV/V/VI.2024)	
3m-ce: 4 3000,00 (VII/VIII/IX.2023)	

Zamawiający określił w SWZ minimalną liczbę pracowników niezbędnych wykonania zamówienia, co do których konieczne jest zatrudnienie na podstawie umów o pracę, minimum 16 osób jednak w odpowiedziach (poprzednie unieważnione postępowanie) Zamawiający potwierdził ponadto, iż obecnie do prawidłowego wykonania umowy jest wymagana ilość osób 23.

Istotnym jest również, że wymogi co do dostępności pracowników wykonawcy i wskazanych w SWZ, godzin świadczenia usługi na obiekcie w połączeniu 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 dostępności ustalonym w SWZ.

1.8. Odwołujący zaznacza również, że koszty realizacji zamówienia oprócz minimalnego wynagrodzenia za pracę, powinny uwzględniać również rezerwy na choroby pracowników oraz urlopy. Wysokość tychże rezerw powinna odpowiadać obowiązującej stawce jednej roboczogodziny. 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 pozwalający finansować ww. zastępstwa. Jak wykazano w załącznikach do niemniejszego odwołania Wybrany Wykonawca takiej rezerwy nie zachował.

1.9. W świetle powyższych wymogów, bezsporne jest, aby każdy wykonawca przewidział w swojej ofercie co najmniej:

- 1) zatrudnienie na podstawie umowy o pracę na pełny etat co najmniej 23 osób
- 2) skalkulował wynagrodzenie osób, o których mowa w pkt 1, jako nie niższe niż średnia równowartość minimalnego wynagrodzenia za pracę, w wysokości obowiązującej w okresie X-XII.2023, I-VI.2024, VII-IX.2024 tj. **4.096,00 zł brutto** płacone pracownikom oraz pozostałe koszty, takie jak:
 - a. ZUS pracodawcy
 - b. koszty urlopowe i chorobowe
 - c. Fundusz Socjalny (ZFŚS)
 - d. ekwiwalent BHP
 - e. medycyna pracy
 - f. obsługa kadrowo - płacowa
 - g. dodatki za pracę w porze nocnej

w wyniku, których **koszt jednego etatu określa się na poziomie: 5. 539,21 zł.**

Same koszty wynagrodzeń pracowników w okresie trwania umowy wyniosą:

- **1 528 821,96** (127 401,83 zł. m-cznie)

Wybrany wykonawca zaoferował realizację usługi za kwotę :

- **1 950 735,01** (162 561,25 zł. m-cznie)

1.10. Praktyką jest iż wykonawcy uwzględniają w swoich wyliczeniach kwoty dofinansowań do zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Odwołujący wskazuje, że koszt wykonania zamówienia, nie może być wytłumaczony przez wybranego wykonawcę zadeklarowaniem, iż będzie

otrzymywał dofinansowanie do wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych. Zadeklarowanie otrzymywania ww. dofinansowania w żaden sposób nie oznacza, że pomoc publiczna została przyznana wybranemu wykonawcy do realizacji niniejszego zamówienia dla osób wskazanych do wykonania 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.

- 1.11. Wynagrodzenie pracowników oraz związane z nim pochodne składają się na większą część kalkulowanej ceny ofertowej, nie są jednakże jedyne. Zamawiający w SWZ i załącznikach postawił wiele innych wymagań, które musi spełnić Wykonawca, a tym samym doliczyć je do swojej oferty.

Odwołujący w szczegółowy sposób wskazuje „koszty które występują co miesiąc na kontrakcie wraz ze wskazaniem załączników (załącznik nr 4 do umowy) który przedstawia wymagane ilości materiałów wymaganych co miesiąc przez Zamawiającego oraz załącznik nr 5. Wśród pozostałych kosztów, na które będzie składała się usługa wymienić należy

- uzupełnianie na bieżąco naczyń w kuchenkach oddziałowych
- zmywarki do nauczyć 3 szt.
- narzędzia i sprzęt ręczny, mopy, dozowniki,
- narzędzia i sprzęt do obsługi terenów zewnętrznych na lato i zimę, łącznie do obsługi 47 000 m²
- środki chemiczne
- środki dezynfekcyjne + dodatkowo co miesiąc 4000 l płynu dezynfekcyjnego
- środki higieniczne
- środki ochrony osobistej
- odzież robocza
- worki foliowe

- szkolenia personelu
- badania mikrobiologiczne
- najem pomieszczeń i media
- program monitorujący poziom higieny szpitalnej
- mycie okien
- zabezpieczenie środkiem konserwującym powierzchni

1.12. Deklaracja wybranego Wykonawcy w zakresie realizacji niniejszego zamówienia za powyższą cenę grozi Zamawiającemu nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Kalkulacja wynagrodzenia na takim poziomie stanowi bezspornie czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003r. nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Przepis ten stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Ponadto działaniem spełniającym przesłanki uznania danego działania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jeżeli działania podejmowane przez przedsiębiorcę nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

1.13. Odwołujący pozwala sobie również zaznaczyć, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO przyjmuje się, że „ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku.” (sygn. akt: KIO 560/12 z dnia 12 kwietnia 2012 r.). Ponadto, innym czynnikiem pozwalającym klasyfikować zaoferowaną przez ww. Wykonawców cenę jako rażąco niską jest „cena (...) która uniemożliwia realizację zamówienia. (sygn. akt: KIO 676/12 z dnia 20 kwietnia 2012 r.).

Z uwagi na stan faktyczny sprawy w postępowaniu istnieją poważne wątpliwości co do możliwości i prawdziwego zamiaru realizacji zamówienia na warunkach opisanych przez wybranego wykonawcę w ofercie. Cena wybranego wykonawcy jest nieracjonalna i zaniżona, gdyż koszt wykonania zamówienia został ustalony w odniesieniu do nierzeczywistych kosztów

realizacji zamówienia i nie pokrywa minimalnych kosztów pracy, które pracodawca zobowiązany jest ponosić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Niezależnie od powyższego podkreślenia wymaga także fakt, iż Zamawiający udzielając zamówienia publicznego, a więc *de facto* dysponując środkami publicznymi, działa w celu zaspokojenia potrzeb ludności i zobligowany jest mieć pewność, że wybrany Wykonawca daje rękojmię należytego, wykonania zamówienia a złożona przez niego oferta jest ofertą realistyczną, gwarantującą świadczenie usługi zgodnie ze standardem wskazanym w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Niedopuszczalnym jest, więc, w ocenie Odwołującego, nie tylko z uwagi na treść i znaczenie podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, ale również z uwagi na ww. cel, któremu służyć ma prawidłowe procedowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zaniechanie przez Zamawiającego, jakiegokolwiek czynności wskazanej w Ustawie służącej wyborowi oferty najkorzystniejszej a w konsekwencji narażenie Zamawiającego na ponoszenie wszelkich negatywnych skutków uzyskania świadczenia o niewłaściwej jakości.

- 1.14. Odwołujący podkreśla jednocześnie, że jako Wykonawca świadczący podobne usługi, oraz świadczący usługę u Zamawiającego posiada wiedzę pozwalającą jednoznacznie twierdzić, że ryzyka związane z wykonywaniem przedmiotu zamówienia, wycenione zostały przez ww. Wykonawcę rażąco poniżej poziomu, który powinien być zakładany, jako realistyczny, a tym samym gwarantujący prawidłowe wykonanie umowy o zamówienie publiczne.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

- 1) informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej;
- 2) informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego;
- 3) pełnomocnictwo do złożenia odwołania;
- 4) dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
- 5) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.