

Sygn. akt: KIO 3406/22

WYROK
z dnia 2 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2022 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Biuro Handlowo-Usługowe VIGOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Czernichowska 28, 61-334 Poznań, **VIGOR Edukacja Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa**, ul. Czernichowska 28, 61-334 Poznań, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Poznaniu**, ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy i nakazuje powtórzyć czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz koszty Odwołującego w wysokości 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy);
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11.100 zł 00 gr. (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania i wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., 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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Poznaniu, w trybie podstawowym bez negocjacji na świadczenie kompleksowej usługi stałego utrzymania czystości w budynkach oraz terenów wokół budynków siedzib KOWR OT w Poznaniu wraz z zapewnieniem środków i artykułów czystości (sygn. postępowania: POZ.WOP.260.46.2022), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21.10.2022 r., nr 2022/BZP 00403733/01, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na część 1 zamówienia (REH-MED. Wyszzyński Mirosław i ANERI Sp. z o.o.) i odrzucenia oferty własnej, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – Biuro Handlowo-Usługowe VIGOR Sp. z o.o., VIGOR Edukacja Sp. z o.o. sp. k., wnieśli w dniu 19.12.2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 3406/22).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji gdy oferta Odwołującego była zgodna z warunkami zamówienia, a tym samym przeprowadzeniu postępowania w sposób sprzeczny z zapewnieniem zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także zasadą przejrzystości;
2. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 107 ust. 2 w zw. z art. 266 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Ustawy Pzp przez brak wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych – wykazu środków oraz artykułów czystości (zgodnie z załącznikiem nr 5 do swz), który zdaniem Zamawiającego był niekompletny, ewentualnie poprawienia lub uzupełnienia jeśli zdaniem Zamawiającego ww. wykaz był innym dokumentem i był niekompletny lub zawierał błędy, a w konsekwencji niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji gdy w realiach niniejszej sprawy Zamawiający zobowiązany był wezwać Odwołującego o ile taką niekompletność lub brak by stwierdził, a tym samym przeprowadzeniu postępowania w sposób sprzeczny z zapewnieniem zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także zasadą przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1, czynności odrzucenia oferty Odwołującego na część 1, nakazanie dokonania czynności badania i oceny ofert w zakresie części 1, ewentualnie wezwania Odwołującego do uzupełnienia wykazu środków oraz artykułów czystości, poprzez uwzględnienie w wykazie poza dotychczas złożonymi środkami oraz artykułami czystości, co do których dostarczone zostały próbki, także pozostałych

środków oraz artykułów czystości, z których Odwołujący będzie korzystał na etapie realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący odniósł się do podstawy uznania przez Zamawiającego złożonej oferty za niezgodną z warunkami zamówienia, a tą było złożenie wykazu środków czystości jedynie w zakresie próbek, bez uwzględnienia pozostałych środków czystości, z których wykonawca miał korzystać na etapie realizacji umowy.

Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, który w ocenie Odwołującego miał uwzględniać wyłącznie te środki, których dotyczyły próbki i które były oceniane w kryterium oceny ofert w kryterium jakościowym. Zgodnie z zapisem działu VII pkt 5 swz, jak i wzorem załącznika nr 5, znaczenie miały wyłącznie środki i artykuły czystości oceniane w kryterium, a pozostałe wskazane w dziale VII pkt 5 Odwołujący rozumiał również, jako środki co do których jeszcze nie zostały złożone próbki. Interpretacja tego postanowienia wskazana przez Zamawiającego, w ocenie Odwołującego była niedozwolona, jako sprzeczna z regułami wykładni, logiki oraz doświadczenia zawodowego.

Ponadto, jeżeli Zamawiający uznał, iż złożony dokument był niekompletny to zobowiązany był wezwać Wykonawcę do jego uzupełnienia, zgodnie z postanowieniem działu VII pkt 11 swz i na podstawie art. 107 ust. 2 Ustawy, ewentualnie art. 128 ust. 1 Ustawy.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków nie formułowano w pismach procesowych, jak i na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym zapisy swz, oraz uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy.

Izba ustaliła i zważyła.

Przedmiotem zamówienia jest kompleksowa usługa stałego utrzymania czystości w budynkach oraz terenów wokół budynków siedzib Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Poznaniu wraz z zapewnieniem środków i artykułów czystości.

Zamawiający w dziale VII swz opisał podmiotowe i przedmiotowe środki dowodowe. Wykonawcy składali wraz z ofertą wykaz środków oraz artykułów czystości, sporządzony według załącznika nr 5 do swz. W pkt 5 Zamawiający wskazał:

*Wykonawca załącza wykaz środków oraz artykułów czystości, zarówno tych które zostały dostarczone jako próbki oraz pozostałych, z których Wykonawca będzie korzystał na etapie realizacji zamówienia – zgodnie z załącznikiem nr 5 do SWZ. **Wykaz stanowi element oferty przetargowej. Należy złożyć do każdej części na którą składa się ofertę oddzielny wykaz z zaznaczeniem których części dotyczy. Wyprecyzowane w wykazach środki i artykuły czystości muszą odpowiadać złożonym próbkom.***

W załączniku nr 5 Zamawiający wymagał podania rodzaju, nazwy produktu, producenta oraz charakterystyki i właściwości produktu (w zakresie niezbędnym do potwierdzenia wymagań określonych dla danego środka). Pierwsze cztery pozycje wykazu dotyczyły produktów wskazanych we wzorze i ocenianych w kryterium jakościowym oceny ofert: papier toaletowy, ręczniki papierowe, mydło w płynie, płyn do mycia naczyń. Pozostałe trzy pozycje tabeli były pozostawione do wypełnienia w każdej z kolumn, a pod tabelą Zamawiający zamieścił uwagę, iż w przypadku niewystarczającej ilości pozycji należy tabelę powielić.

Jako przedmiotowe środki dowodowe wskazane zostały próbki środków utrzymania czystości i artykułów czystości, składane w terminie przewidzianym do składania ofert. Próbki dotyczyć miały czterech asortymentów, tj.:

- a) próbka mydła w płynie (1 opakowanie o pojemności minimum 250 ml),
- b) próbka papieru toaletowego (1 rolka o średnicy 12 cm),
- c) próbka ręczników papierowych (1 opakowanie po minimum 100 ręczników),
- d) próbka płynu do naczyń (1 opakowanie o pojemności minimum 250 ml).

Zamawiający w uwagach wskazał:

UWAGA 2: Dostarczone próbki środków utrzymania czystości i artykułów czystości, stanowią część oferty i będą służyły do oceny ofert w kryterium jakości, o którym mowa w Dziale XVI SWZ. Jeżeli wykonawca nie złożył próbek lub złożone próbki są niekompletne, Zamawiający nie będzie wzywał do ich złożenia lub uzupełnienia a oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP tj. treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

UWAGA 3: Dostarczenie próbek środków utrzymania czystości i artykułów czystości innych niż wyżej określone, spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP tj. treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

UWAGA 4: Wykonawcy, z którymi zostaną zawarte umowy, w zakresie poszczególnych części, zobowiązani będą do wykonywania usługi sprzątania przy użyciu środków i artykułów czystości m. in. których próbki dostarczyli do oceny ofert i które jednocześnie zadeklarowali w załączniku nr 5 do SWZ.

W dziale XVI swz Zamawiający opisał kryteria oceny ofert, w tym kryterium jakościowe, w którym oceniane miały być próbki środków i artykułów czystości, w sposób opisany w pkt 1.2. Łącznie za cztery asortymenty możliwe było uzyskanie 30 pkt według sposobu ich przyznawania wskazanego w tabeli.

Załącznikiem nr 3 do wzoru umowy jest wykaz środków i artykułów czystości wraz z ich orientacyjnym miesięcznym zużyciem, w którym Zamawiający wskazał rodzaje środków i ich orientacyjne ilości, obejmujące również produkty, dla których wymagała złożenia próbek. Orientacyjne zużycie miesięczne jest jednocześnie minimalną ilością miesięczną, jaką wykonawca zobowiązany jest zapewnić do realizacji zamówienia.

Zamawiający w projekcie umowy na poszczególne części (załączniki nr 4A, 4B, 4C, 4D) wskazał w § 2 na obowiązek wykonawcy zapewnienia artykułów czystości określonych w załączniku nr 3 do umowy zgodnie z próbkami, które stanowiły jedno z kryteriów wyboru oferty. Ponadto, wykonawca zobowiązany będzie zapewnić na własny koszt środki i artykuły czystości w ilościach niezbędnych do realizacji zamówienia, jednak nie mniejszych niż ilości orientacyjne wskazane w załączniku nr 3 do umowy.

Odwołujący złożył ofertę na część 1 zamówienia i dla tej część wypełnił załącznik nr 5 – wykaz środków i artykułów utrzymania czystości w zakresie pierwszych czterech pozycji dotyczące środków, dla których złożone zostały próbki i które oceniane były w kryterium jakościowym.

Na część 1 zamówienia złożone zostały trzy oferty, w których wykazy zawierały opis dodatkowych środków i artykułów czystości.

Zamawiający w piśmie z 14.12.2022 r. poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy, a w uzasadnieniu wskazał:

Niezgodność oferty z Działem VII pkt. 5 SWZ: „Wykonawca załącza wykaz środków oraz artykułów czystości, zarówno tych które zostały dostarczone jako próbki oraz pozostałych, z których Wykonawca będzie korzystał na etapie realizacji zamówienia – zgodnie z załącznikiem nr 5 do SWZ. Wykaz stanowi element oferty przetargowej. Należy złożyć do każdej części na którą składa się ofertę oddzielny wykaz z zaznaczeniem których części dotyczy. Wyspecyfikowane w wykazach środki i artykuły czystości muszą odpowiadać złożonym próbkom”. Wykonawca załączył wykaz środków czystości jedynie w zakresie

próbek. Wykaz nie zawierał pozostałych środków czystości, z których wykonawca miałby korzystać na etapie realizacji zamówienia.

Izba uwzględnia odwołanie w całości, uznając iż braki w wykazie środków oraz artykułów czystości, który to dokument należało traktować, jako przedmiotowy środek dowodowy, podlegały uzupełnieniu na podstawie art. 107 ust. 2 Ustawy. Zamawiający w dziale VII *Podmiotowe i przedmiotowe środki dowodowe*, w pkt 5 wskazał na wykaz środków oraz artykułów czystości, stanowiący załącznik nr 5 do swz. W pkt 11 działu VII Zamawiający wskazał, iż wezwie wykonawcę, jeżeli nie złożył oświadczenia, o którym mowa w pkt 1 niniejszego działu, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w niniejszym dziale lub są one niekompletne lub zawierają błędy, do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia.

W ocenie składu orzekającego postanowienia pkt 5 mogły wprowadzać wykonawcę w błąd w zakresie ustalenia, jakie środki i artykuły czystości należy wskazać w załączniku nr 5, który stanowi element oferty przetargowej. W szczególności ostatnie zdanie (podkreślone): *Wyspecyfikowane w wykazach środki i artykuły czystości muszą odpowiadać złożonym próbkom*, wskazywać mogło wyłącznie na te środki, których dotyczyły próbki żądane do złożenia wraz z ofertą, a nie wszystkich, jakich wykonawca zamierza użyć przy realizacji zamówienia. Próbki dotyczyć miały wyłącznie czterech pozycji ocenianych w kryterium oceny ofert – zgodnie z działem XVI swz. Również pozostałe zapisy swz dotyczące chociażby sposobu oceny ofert w kryterium jakościowym, w tym uwagi dotyczące składania próbek, wskazywały na znaczenie tych środków i artykułów czystości dla stwierdzenia ich zgodności z wymaganiami zamówienia. Zamawiający poza określeniem orientacyjnej ilości środków i artykułów czystościowych w załączniku nr 3 do wzoru umowy, nie sprecyzował żadnych wymagań co do pozostałego asortymentu, który wykonawca zobowiązany będzie wykorzystać przy świadczeniu usługi. Istotną treścią oferty podlegającą ocenie w kryterium były wyłącznie wskazane w pozycjach od 1 do 4 wykazu, środki i artykuły czystości i w tym zakresie nie było podstaw do uznania, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia. Oświadczenie dotyczące ewentualnie dalszych środków, które wykonawca miał wskazać w załączniku nr 5 do swz, nie stanowiło treści oferty podlegającej ocenie merytorycznej na etapie ofertowania.

Ponieważ wykaz obejmował zarówno środki oraz artykuły, które zostały dostarczone, jako próbki oraz pozostałe – co do których Zamawiający nie ustalił szczególnych wymagań, należało ten dokument traktować w sposób jednolity, jako przedmiotowy środek dowodowy podlegający uzupełnieniu na podstawie art. 107 Ustawy. Ponieważ nie zachodziło wyłączenie z ust. 3, stanowiące, iż *Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy*

środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę do uzupełnienia wykazu w zakresie pozostałych środków oraz artykułów czystości. Pozostali wykonawcy w wykazach wskazywali również inne środki i artykuły czystości, jednak zapisy swz nie były precyzyjne w tym zakresie, tak co do określenia rodzaju asortymentu, jak i potrzeby ich sprecyzowania w treści oferty.

Uwzględniając powyższe Izba podzieliła zarzuty Odwołującego, które mają uzasadnienie w konieczności zapewnienia przez Zamawiającego jasności i jednoznaczności postanowień swz, w szczególności tych kształtujących treść oferty. Stanowi to wyraz przestrzegania zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady przejrzystości wynikającej z zasady równego traktowania wykonawców. Wyrażona w art. 16 pkt 3 Ustawy zasada przejrzystości oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełnienia przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk (wyrok TSUE z 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 *Saferoad Grawil et Saferoad Kabex*, wyrok z 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15). W swoim wyrok Trybunał odnosił się do znaczenia zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców wskazując, iż obowiązek przejrzystości *obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia.*

Przenosząc powyższe na stan badanej sprawy, ponownie należy podkreślić, iż to braki wykazu wynikające z niejasności postanowień swz, co do konieczności wskazania pozostałych środków, stanowią o niezgodności oferty Odwołującego z swz, w której nie było żadnych wymagań co do środków czystości, dla których nie było żądane złożenie próbek.

Ponieważ zapisy swz były niepełne w opisie potrzeby załączenia wykazu wszystkich artykułów i środków czystości (brak wytycznych co do ich rodzaju i specyfikacji), nie było możliwym faktycznie przypisanie dla pozostałych środków znaczenia determinującego ocenę oferty pod względem merytorycznym. Zgodnie z swz wykonawca ma zapewnić środki i artykuły czystości. Skoro Zamawiający w załączniku nr 3 do umowy określił orientacyjne

zużycie miesięczne stanowiące jednocześnie minimalną ilość miesięczną, jaką wykonawca zobowiązany jest zapewnić do realizacji zamówienia, to element ten został wprost narzucony wykonawcom na etapie realizacji umowy. W świetle postanowień załącznika nr 3 do wzoru umowy nie ma znaczenia wskazanie nazwy produktu, jego specyfikacji i producenta, gdyż Zamawiający w żaden sposób nie mógł oceniać produktów, poza wskazanymi w kryterium oceny ofert. Zatem, nawet przyjmując, iż pozostałe artykuły i środki czystości miały zostać opisane w załączniku nr 5 – to nie można pominąć, iż ten brak był możliwy do uzupełnienia w oparciu o art. 107 ust. 2 Ustawy, ewentualnie art. 128 ust. 1 Ustawy.

Niezgodność oferty z swz wskazana przez Zamawiającego nie była możliwa do stwierdzenia inaczej, niż przez sam brak pozostałych pozycji środków i artykułów czystości, tzn. nie można było odnieść jej do innych wymaganych przez Zamawiającego parametrów zamówienia. Charakterystyka i właściwości produktu wskazywane w załączniku nr 5 były wymagane *w zakresie niezbędnym do potwierdzenia wymagań określonych dla danego środka*. Takie wymagania zostały przez Zamawiającego wskazane wyłącznie dla czterech pozycji ocenianych w kryterium oceny ofert.

Powyższe uzasadniało stwierdzenie, iż Wykonawca mógł inaczej odczytać intencję Zamawiającego co do potrzeby wskazania w wykazie nr 5 również innych środków i artykułów czystości, co nie miało zasadniczo znaczenia dla oceny oferty w świetle kryterium jakościowego, a tym samym nie mogło zaburzyć czynności oceny ofert i wskazania oferty najkorzystniejszej. Nie ma zatem podstaw do przyjęcia argumentów Zamawiającego, iż dopuszczenie do oceny oferty Odwołującego mogło prowadzić do nierównego traktowania wykonawców.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 7 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości 7.500,00 zł. oraz koszty Odwołującego poniesione w wysokości 3.600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący: