

Sygn. akt: KIO 3492/22

WYROK

z dnia 11 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 09 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2022r. przez Odwołującego **Monetia sp. z o.o. (ul. Grójecka 5, 02-019 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Rybniku (ul. Tadeusza Kościuszki 17, 44-200 Rybnik)**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Rybniku (ul. Tadeusza Kościuszki 17, 44-200 Rybnik)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Monetia sp. z o.o. (ul. Grójecka 5, 02-019 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego **Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Rybniku (ul. Tadeusza Kościuszki 17, 44-200 Rybnik)** na rzecz Odwołującego **Monetia sp. z o.o. (ul. Grójecka 5, 02-019 Warszawa)** kwotę **11100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, tj. wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 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

Zamawiający Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Rybniku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji, którego przedmiotem jest „Obsługa kasowa Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej w Rybniku z podziałem na zadania: Zadanie nr 1: Obsługa punktu kasowego przy ul. Kościuszki 17 w Rybniku Zadanie nr 2: Obsługa punktu kasowego przy ul. Patriotów 90 w Rybniku.”

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 24 listopada 2022 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00457595/01.

Odwołujący: Monetia Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust.1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, mając na uwadze, że najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny poprzez wybór oferty, która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny,

2) art. 239 ust.1 i 2 Prawo zamówień publicznych poprzez przyznanie Odwołującemu „zero punktów” w kryterium cena, podczas, gdy Odwołujący złożył ofertę zaledwie o 5% wyższą cenowo od oferty wybranej, co nie powinno doprowadzić do przyznania „0 pkt” w kryterium cena, a do przyznania 57,07 pkt i powinno doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego.

3) art. 252 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

4) ewentualnie

art. 255 pkt 6) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności unieważnienia postępowania, gdyż ukształtowane przez Zamawiającego kryteria w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały opisane w błędny sposób i tym samym nie doprowadzają do wyboru oferty najkorzystniejszej, ale do wyboru oferty mniej korzystnej.

Odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem art. 239 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a mianowicie tego, że oferta najkorzystniejsza to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny, wybór oferty Odwołującego, ewentualnie o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na to, że kryteria oceny ofert zostały tak opisane, że nie ma możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej to jest oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny.

W dniu 20.12.2022 roku Zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty BillBird S.A w obu zadaniach - nr 1 i nr 2.

W Rozdziale XXIV zamawiający tak opisał kryteria oceny ofert:

„Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert

1. Przy ocenie ofert Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami:

Kryterium I – Miesięczny ryczałt za wpłaty i wypłaty gotówkowe w okresie obsługi kasowej (C) 60%

Kryterium II – Przyjmowanie wpłat przy użyciu terminalu płatniczego (W) 35%

Kryterium III – Zapewnienie osoby ze znajomością języka migowego (O) 5%

W kryterium I (C) liczba przyznanych punktów dla poszczególnych ofert będzie obliczona w następujący sposób:

C = Miesięczny ryczałt za wpłaty i wypłaty gotówkowe określone w rozdziale VI „Opis przedmiotu zamówienia - Obowiązki Wykonawcy” ... zł brutto x 48 miesięcy = zł

Zakładając, że

Cmin - najniższa wartość w ocenianym kryterium Cmax - najwyższa wartość w ocenianym kryterium Cof - wartość badanej oferty w ocenianym kryterium Pof - ilość punktów dla badanej oferty

punkty przyznaje się następująco:

*$Pof = 60 - (Cof - Cmin) / (Cmax - Cmin) * 60$ pkt*

W kryterium II (W) oceniane będzie przyjmowanie wpłat na rzecz ZGM przy użyciu terminala płatniczego.

Wykonawca, który zadeklaruje przyjmowanie wpłat gotówkowych na rzecz ZGM przy użyciu terminalu płatniczego, na warunkach określonych w SWZ i zgodnie ze złożoną ofertą, otrzymuje 35 pkt. Wykonawca, który nie zadeklaruje takiej gotowości, otrzymuje 0 pkt.

Wykonawca zobowiązany jest złożyć oświadczenie w zakresie przyjmowania wpłat przy użyciu terminala płatniczego w formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ. W przypadku braku zaznaczenia którejkolwiek opcji (pkt 3 ppkt 4 załącznika nr 1 do SWZ) Zamawiający uzna, że Wykonawca nie deklaruje przyjmowania wpłat przy użyciu terminala płatniczego i przyzna w tym kryterium „0” pkt.

W kryterium III (O) oceniane będzie zapewnienie na czas realizacji zamówienia minimum jednej osoby ze znajomością języka migowego.

Wykonawca, który zadeklaruje zatrudnienie do realizacji przedmiotu zamówienia w ZGM w Rybniku co najmniej jedną osobę ze znajomością języka migowego, otrzymuje 5 pkt.

Wykonawca, który nie zadeklaruje takiej gotowości, otrzymuje 0 pkt.

Wykonawca zobowiązany jest złożyć oświadczenie w zakresie zapewnienie na czas

realizacji zamówienia minimum jednej osoby ze znajomością języka migowego w formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ. W przypadku braku zaznaczenia którejkolwiek opcji (pkt 3 ppkt 5 załącznika nr 1 do SWZ) Zamawiający uzna, że Wykonawca nie zapewnia osoby ze znajomością języka migowego i przyzna w tym kryterium „0” pkt.

Ocenie będą podlegać wyłącznie oferty nie podlegające odrzuceniu.

Punktacja przyznawana ofertom w poszczególnych kryteriach będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Maksymalna liczba punktów, możliwych do uzyskania przez Wykonawcę, będąca sumą wszystkich kryteriów wynosi 100.

Każda oferta nieodrzucona zostanie oceniona wg kryteriów opisanych w pkt 1 i otrzyma liczbę punktów (S) obliczoną wg wzoru $S = C + W + O$.

Za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która otrzyma największą liczbę punktów S obliczonych wg wzoru opisanego w pkt 5. Oceny dokonywać będą członkowie komisji przetargowej.”

Z powyższego wynika, że kryteria oceny ofert zostały ukształtowane w sposób następujący: Kryterium cena - 60%, oraz dwa kryteria jakościowe: przyjmowanie wpłat za pomocą terminala (35%) oraz zapewnienie osoby ze znajomością języka migowego - 5%.

Z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że na oba zadania wykonawca BillBird S.A. złożył ofertę z ceną 374 400 złotych. Odwołujący zaś złożył ofertę z ceną 393 600 złotych.

Zamawiający ocenił złożone oferty w następujący sposób:

Nr oferty	Firma (nazwa) lub nazwisko oraz adres	Liczba punktów	Liczba punktów w	Liczba punktów w	Łączna liczba punktów
1.	BillBird S.A.	Zad. 1: 60	Zad. 1: 35	Zad. 1: 0	Zad. 1: 95
		Zad. 2: 60	Zad. 2: 35	Zad. 2: 0	Zad. 2: 95
2.	Monetia Sp. z o.o.	Zad. 1: 0	Zad. 1: 35	Zad. 1: 5	Zad. 1: 40
		Zad. 2: 0	Zad. 2: 35	Zad. 2: 5	Zad. 2: 40

Zamawiający wybrał jako ofertę najkorzystniejszą ofertę BillBird S.A. z siedzibą w Krakowie. W uzasadnieniu dotyczącym wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający wskazał, że: „Wybrana oferta uzyskała najwyższą liczbę punktów zgodnie z formułą oceny ustaloną w rozdziale XXIV specyfikacji warunków zamówienia. W postępowaniu zastosowano następujące kryteria: Miesięczny ryczałt za wpłaty i wypłaty gotówkowe w okresie obsługi kasowej 60 % Przyjmowanie wpłat przy użyciu terminala płatniczego 35 % Zapewnienie

osoby ze znajomością języka migowego 5 % a sposób przyznawania punktów opisano wzorami w specyfikacji warunków zamówienia.”.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego, uznał ocenę Zamawiającego za nieprawidłową i wskazał na następujące okoliczności:

- ze zbiorczego zestawienia ofert można zauważyć, że w ofercie Wykonawcy BillBird S.A. nie zadeklarowano osoby ze znajomością języka migowego, a zatem oferta Odwołującego powinna uzyskać przewagę w wysokości 5 pkt.

- ze zbiorczego zestawienia ofert można zauważyć także, że BillBird S.A. zaoferował cenę 374 400 złotych, a Odwołujący cenę 393 600 złotych. Różnica cenowa pomiędzy ofertami wynosi zaledwie 19 200 złotych, co przekłada się na wartość 5%.

- skoro różnica cenowa pomiędzy ofertami wynosi 5%, niezrozumiałe jest, że przy takiej małej różnicy cenowej pomiędzy ofertami Odwołujący otrzymał w kryterium I 0 pkt, a wybrany wykonawca 60 pkt.

- gdyby liczyć $60 \times 5\%$ wyszłoby 3, a zatem od 60 pkt ofercie Odwołującego winno się odjąć 3 pkt i wtedy oferta Odwołującego powinna dostać 57 pkt,

- w kryterium oceny ofert 60%, oferta wybrana powinna otrzymać 60 pkt, natomiast dla oferty Odwołującego wynik ten będzie wynosił 57,07 pkt,

- najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny – a najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny przedstawia oferta Odwołującego, bo w kryterium jakości (osoba ze znajomością języka migowego) ma przewagę 5 pkt, a w kryterium ceny jest tylko niewiele droższa od oferty wybranego wykonawcy.

- wybrana oferta ma przewagę 3 pkt w kryterium cena, ale oferta Odwołującego ma przewagę 5 pkt w kryterium osoby ze znajomością języka migowego. Zatem, finalnie to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu z przewagą 2 pkt.

- żaden przepis prawa nie wskazuje, że oceny ofert trzeba dokonać na podstawie wzorów matematycznych stworzonych przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że przedmiotowe postępowanie powinno podlegać unieważnieniu, gdyż jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający w błędny sposób skonstruował wzory służące przyznawaniu ocen w kryterium cena.

Na podstawie zastosowanych przez Zamawiającego wzorów uzyskuje się co najmniej dziwne wyniki, natomiast czynności Zamawiającego doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Zaistniała wada doprowadziła do wyboru oferty mniej korzystnej. Zamawiający w takiej sytuacji zobowiązany był unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż doszło do niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę wzór Zamawiającego, nie są w ogóle potrzebne dodatkowe kryteria, bo i tak wygrałby wykonawca, który złożyłby najkorzystniejszą cenowo ofertę. A zatem wzór Zamawiającego prowadzi w rezultacie do sytuacji, że mamy ukształtowane kryterium cena na poziomie 100%. Natomiast zgodnie z przepisem art. 246 ust.1 ustawy Pzp nie jest możliwe, by zamawiający publiczny mógł zastosować co do zasady cenę jako kryterium 100%. Zakład Gospodarki Mieszkaniowej jest jednostką budżetową Miasta Rybnik, a zatem co do zasady nie może ustanowić kryterium cena jako 100%.

W trakcie rozprawy Odwołujący złożył symulację, z której wynika, że w przypadku gdyby została złożona tylko jedna oferta, to nie byłoby możliwe uzyskanie wyniku, gdyż nie jest możliwe działanie, w którym dokonuje się dzielenia przez 0.

Powyższe ewidentnie świadczy o wadzie wzoru opracowanego przez zamawiającego. Na podstawie tak skonstruowanego wzoru nie można wyliczyć prawidłowych wartości w kryterium cena. Jest to zatem wada niemożliwa do usunięcia oraz rzutująca bezpośrednio na zawarcie umowy.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że mamy do czynienia z błędem zamawiającego oraz że doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej, która w tym postępowaniu nie jest najkorzystniejsza.

Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z artykułem 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający przewidział trzy kryteria oceny ofert:

Kryterium I – Miesięczny ryczałt za wpłaty i wypłaty gotówkowe w okresie obsługi kasowej (C) 60%,

Kryterium II – Przyjmowanie wpłat przy użyciu terminalu płatniczego (W) 35%,

Kryterium III – Zapewnienie osoby ze znajomością języka migowego (O) 5%.

W jednym z kryteriów, tj. kryterium Miesięczny ryczałt za wpłaty i wypłaty gotówkowe w

okresie obsługi kasowej ((C) 60%) Zamawiający przewidział zastosowanie następującego wzoru służącego do oceny w ramach tego kryterium:

$$Pof = 60 - (Cof - Cmin)/(Cmax - Cmin) * 60 \text{ pkt.}$$

Powyższy wzór jest nieprawidłowy z uwagi na okoliczność, że nie istnieje możliwość jego zastosowania w przypadku, gdy zostałaby złożona tylko jedna oferta. W takiej sytuacji, przy stosowaniu powyższego wzoru, konieczne byłoby przeprowadzenie działania matematycznego polegającego na dzieleniu przez cyfrę zero, co nie jest działaniem możliwym.

W przypadku, gdy zostały złożone dwie oferty w postępowaniu lub wpłynęłyby więcej ofert niż dwie, wówczas każdorazowo oferta z ceną najkorzystniejszą otrzymałaby 60 punktów, zaś oferta druga pod względem ceny i kolejne otrzymałyby zero punktów. Zastosowanie powyższego wzoru każdorazowo doprowadzi do sytuacji, gdzie jedynie oferta z ceną najniższą otrzyma 60 punktów (co stanowi maximum), zaś pozostałe oferty uzyskają 0 punktów. Powyższe wskazuje na brak możliwości prawidłowego przyznania punktów złożonym ofertom, brak jakiegokolwiek zróżnicowania punktacji.

Ta sytuacja finalnie oznacza również, że jedynym kryterium decydującym o wyborze oferty w postępowaniu jest najniższa cena. W ramach pozostałych dwóch kryteriów ustanowionych przez Zamawiającego, Wykonawcy mogli uzyskać łącznie 40 punktów (35 punktów w ramach kryterium II i 5 punktów w ramach kryterium III). Zamówienie uzyska jednak Wykonawca, który złożył ofertę zawierającą najniższą cenę, gdyż Wykonawca ten otrzymałby 60 punktów w pierwszym kryterium, nawet jeśli nie zaoferował żadnych świadczeń w ramach kryterium II i III.

Sytuacja, gdy w postępowaniu jedynym kryterium decydującym o wyborze oferty jest najniższa cena, jest niezgodna z dyspozycją artykułu 246 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem, Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%. Wprawdzie Zamawiający w niniejszym postępowaniu przewidział dwa dodatkowe kryteria oceny ofert, jednak okoliczność ta nie zmienia tego, że tylko zaoferowana cena (oceniana w ramach kryterium I), decyduje o pozycji oferty w rankingu i wyborze oferty.

Powyższe oznacza, że Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia z naruszeniem art. 246 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższa wada postępowania doprowadziła również do sytuacji, w której oferta Odwołującego nie mogła zostać prawidłowo oceniona. Pomimo, że Odwołujący złożył ofertę, która zawierała cenę niewiele niższą niż oferta Wykonawcy wybranego, otrzymał 0 punktów w ramach kryterium I. Nawet okoliczność, że Odwołujący zaoferował dodatkowe świadczenia

w ramach kryterium II i III, nie wpłynęła na pozycję tego Wykonawcy w postępowaniu. Powyższe jednoznacznie wskazuje na istnienie wady w postępowaniu, której źródłem jest nieprawidłowo skonstruowany wzór oceny ofert w ramach kryterium I w postępowaniu.

Wbrew jednak twierdzeniu Odwołującego, na etapie badania i oceny ofert Zamawiający nie ma możliwości dokonania zmiany treści SWZ. Nie ma zatem możliwości dokonania oceny oferty przy przyjęciu innego wzoru. Zamawiający dokonał oceny oferty Odwołującego zgodnie z przewidzianym w SWZ wzorem w ramach kryterium I, z uwzględnieniem przyznania punktów w ramach kryterium II i III. Z tego względu nie można uznać, aby Zamawiający dokonał oceny oferty Odwołującego niezgodnie z treścią SWZ. Zatem zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust.1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie został uwzględniony. Zamawiający dokonał wyboru oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Odwołujący sformułował jako ewentualny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 255 pkt 6) ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie czynności unieważnienia postępowania, gdyż ukształtowane przez Zamawiającego kryteria w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały opisane w błędny sposób.

Zarzut ten został uwzględniony. Jak wskazano powyżej, nieprawidłowa treść wzoru służącego ocenie ofert w ramach kryterium I powoduje, że w postępowaniu zaistniała wada, która nie pozwala dokonać oceny ofert w sposób prawidłowy (o czym powyżej). Istnienie wady doprowadza do sytuacji, w której Zamawiający nie może przeprowadzić oceny ofert w sposób prawidłowy. Wada ta prowadzi do sytuacji, w której w rzeczywistości jedynie kryterium ceny (kryterium I) decyduje o pozycji oferty w rankingu i wyborze oferty, co oznacza, że Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia z naruszeniem art. 246 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem z naruszeniem ustawy.

Zgodnie z artykułem 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia (...). Skoro Zamawiający z naruszeniem ustawy udziela zamówienia, to jest to podstawa do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. A to z kolei stanowi podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Postępowanie obciążone jest wadą (o czym powyżej). Na obecnym etapie nie jest możliwe usunięcie wady postępowania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b), §7 ust. 1 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), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania, koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Przewodniczący: