

WYROK
z dnia 21 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2017 r. przez wykonawcę **T. Ż.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Firma Marketingowo-Handlowa Markus, T. Ż. w Krakowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Infrastruktury i Transportu w Krakowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sigma sp. z o.o. w Poznaniu** oraz **Neo Group sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego,**
2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Infrastruktury i Transportu w Krakowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **T. Ż.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Firma Marketingowo-Handlowa Markus, T. Ż. w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **179 zł 10 gr** (słownie: stu siedemdziesięciu dziewięciu złotych dziesięciu groszy), poniesioną przez odwołującego tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie Izby,
 - 2.2. zasądza od **Zarządu Infrastruktury i Transportu w Krakowie** na rzecz wykonawcy **T. Ż.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Firma**

Marketingowo-Handlowa Markus, T. Ż. w Krakowie kwotę **11.279 zł 10 gr** (słownie: jedenastu tysięcy dwustu siedemdziesięciu dziewięciu złotych dziesięciu groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Infrastruktury i Transportu w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „bieżące utrzymanie publicznych toalet wolnostojących na terenie miasta Krakowa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 17 stycznia 2017 r., poz. 9542.

2 marca 2017 r. zamawiający przesłał wykonawcy T. Ź., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Firma Marketingowo-Handlowa Markus, T. Ź. w Krakowie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sigma sp. z o.o. w Poznaniu oraz Neo Group sp. z o.o. w Warszawie, zwanych dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności odrzucenia oferty odwołującego,
 - 2) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
- odwołujący wniósł 7 marca 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”,
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie w sposób wadliwy czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej - z uwagi na bezpodstawne pominięcie oferty odwołującego, która była ofertą najkorzystniejszą,
- 3) art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez wskazanie w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty punktacji przyznanej ofertom w kryterium oceny ofert, które nie jest zgodne z kryterium oceny ofert jakie zostało określone w SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności zamawiającego w zakresie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 4) wykonania czynności wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że nie zgadza się z rozstrzygnięciem zamawiającego, który odrzucił ofertę złożoną przez odwołującego wskazując, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Wywiódł, że przez „treść oferty” należy rozumieć oświadczenie woli wykonawcy, w którym zobowiązuje się on do wykonania przedmiotu zamówienia publicznego (oznaczonego świadczenia) na rzecz zamawiającego, jeżeli oferta złożona przez wykonawcę wybrana została jako najkorzystniejsza i z wykonawcą tym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Argumentował, że nie można odrzucić oferty tylko z tego powodu, że nie spełnia wymagań formalnych, wskazanych przez zamawiającego w SIWZ (a do takich należy zaliczyć przygotowany przez zamawiającego cennik usług utrzymania toalet, który miał być wypełniony według załącznika nr 9, który udostępnił zamawiający). Co istotne, załącznik ten został przekazany zamawiającemu przez odwołującego w dniu 27.01.2017 r. Podniósł, że oferta zawierała niezbędne dane merytoryczne wymagane przez zamawiającego do wyłonienia wykonawcy najkorzystniejszego. Wszelkie niezbędne elementy składające się na ofertę odwołującego (essentialia negotii tejże oferty), były zawarte na pierwszej stronie formularza ofertowego odwołującego. Wywiódł, że ofertę należy rozumieć w pierwszej kolejności tak jak w art. 66 § 1 k.c., zgodnie z którym oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Informacje podane przez odwołującego w formularzu ofertowym są wystarczające do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, bowiem zawierają istotne postanowienia przyszłej umowy (vide: § 7 ust. 1 i 2 IPU), w tym wysokość wynagrodzenia, którego wartość nie przekroczy kwoty wskazanej w treści oferty tj. 475 000 złotych brutto, oraz wskazanie w jaki sposób będą rozliczane usługi świadczone na podstawie umowy (tj. że miesięczna cena brutto za realizację tego zamówienia wynosi 26 388,89 złotych).

Odwołujący wskazał, że wzór umowy udostępniony przez zamawiającego nie zawiera nawet postanowień dotyczących zasad dokonywania rozliczeń świadczonych usług w miesięcznych okresach rozliczeniowych z wyszczególnieniem na wskazane toalety, tym bardziej więc dane te są dla zamawiającego irrelevantne i nieistotne. Wywodził, że w IPU brak jest nawet miejsca do wpisania kwot za obsługę dla danej toalety. Możliwe jest tam jedynie wpisanie wartości za całość świadczenia oraz wpisanie wynagrodzenia w ramach rozliczenia miesięcznego za realizację tego zamówienia.

Odwołujący argumentował, że zamawiający jest niekonsekwentny, gdyż z jednej strony wskazuje, iż odrzuca ofertę odwołującego, bowiem załącznik nr 9 do SIWZ (tj. wykaz toalet z wyszczególnieniem kosztów obsługi każdej toalety) jest w opinii zamawiającego „bezwzględnie niezbędny” do tego aby dokonać rozliczenia należnego wykonawcy wynagrodzenia ze względu na przyjęty przez zamawiającego sposób rozliczenia w IPU, ale z drugiej strony w tychże IPU jest zawarte jedynie ogólne całościowe, miesięczne rozliczenie

za czas realizacji zamówienia (bez wyszczególniania konkretnych toalet). Podanie w treści załącznika nr 9 do SIWZ cen brutto dla poszczególnych toalet nie ma żadnego znaczenia dla postępowania, bowiem zgodnie z treścią SIWZ (część VIII), wykonawca miał podać całkowitą cenę ofertową (brutto) obejmującą realizację całego zamówienia w złotych polskich (PLN), wraz z podaniem stawki podatku VAT, oraz miesięczną cenę brutto za realizację tego zamówienia. Gdyby zamawiający wskazał natomiast, że zgodnie z SIWZ wykonawca winien był sporządzić swoją ofertę w oparciu o treść załącznika nr 9 do SIWZ, tj. z wyszczególnieniem cen dla poszczególnych toalet i na tej podstawie następowałaby wypłata wynagrodzenia, tj. wynagrodzenie płatne miesięcznie za każdą z wyszczególnionych toalet (rozliczanych oddzielnie), wtedy załącznik ten można byłoby uznać za niezbędną.

Odwołujący wywodził również, że analiza przytoczonych postanowień SIWZ dotyczących sposobu ustalonego między stronami rozliczenia umowy pozwala na stwierdzenie, że zastosowano rodzaj wynagrodzenia ryczałtowego. Charakter przewidzianego wynagrodzenia jest również bezsporny między stronami, sam zamawiający bowiem w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego wskazał, że cena oferty stanowi kwotę nieprzekraczającą wartości wskazanej w formularzu ofertowym.

Odwołujący argumentował, że wobec ustanowienia przez zamawiającego w SIWZ ryczałtowego charakteru wynagrodzenia należy uznać, że załączony do oferty cennik usługi utrzymania toalet ma jedynie charakter pomocniczy i nie służy do obliczenia ceny oferty (nie stanowi nawet załącznika do IPU). Dodatkowo, o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia świadczy postanowienie § 3 ust. 3 IPU, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, gdzie zamawiający postanowił, że „wynagrodzenie obejmuje wszystkie koszty prawidłowego utrzymania toalet, w tym opłaty za energię elektryczną, wodę, ścieki oraz koszty ujęte w załączniku nr 2 do niniejszej umowy, a także koszty eksploatacji i środków czystości i higieny koniecznych do utrzymania toalet określonych w załączniku nr 3 do niniejszej umowy”. Strony umawiają się zatem na z góry określone wynagrodzenie za całość zamówienia, bez względu na rozmiar poniesionych nakładów, choćby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztów prac (por.: art. 632 k.c). W cytowanych powyżej załącznikach przykładowo brak jest nawet wskazania ilości środków czystości wykorzystywanych do realizacji tego zamówienia. W żadnym z postanowień SIWZ, w tym we wzorze umowy, nie mówi się o tym, że rozliczenie usługi będzie następowało w oparciu o załącznik nr 9 do SIWZ.

Odwołujący wywodził, że zamawiający we wzorze umowy wprost wskazał, że rozliczenie usług będzie następowało na podstawie faktur VAT wystawionych przez wykonawcę w miesięcznym okresie rozliczeniowym (vide: § 3 ust. 2 IPU), a więc na podstawie wynagrodzenia określonego w ofercie, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku, gdy umowa będzie obejmowała niepełny miesiąc, wynagrodzenie zostanie proporcjonalnie

naliczone do ilości dni w trakcie których świadczone były usługi w danym miesiącu (vide. § 3 ust. 2 IPU). Odwołujący podniósł, że należy każdorazowo badać, jaki realny wpływ ma ten brakujący dokument na treść oferty rozumianej jako zakres przyszłego świadczenia wykonawcy. W niniejszej sprawie, jak wskazano powyżej, cennik usług był jedynie dokumentem pomocniczym, który nie ma decydującego wpływu na wycenę oferty, a zatem - w niniejszym stanie faktycznym - dokument ten nie był bezwzględnie konieczny.

W ocenie odwołującego, w okolicznościach niniejszej sprawy, działanie zamawiającego cechuje się zbyt daleko idącym formalizmem. Nadmierny formalizm postępowania nie może być celem samym w sobie. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić, gdy nie ma wątpliwości co do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W dalszej części odwołania odwołujący wywiódł, że gdyby zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób prawidłowy i zgodny z ustawą Pzp oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. W kryterium „cena brutto” odwołujący uzyskałby 60 pkt, zaś w kryterium „wysokość kwoty jaką wykonawca zamierza odprowadzić do zamawiającego z tytułu potencjalnych dochodów uzyskanych od osób korzystających z szaletów miejskich za okres miesięczny” odwołujący uzyskałby 40 pkt. Oferta odwołującego byłaby więc ofertą najkorzystniejszą zgodnie z postanowieniami części IX SIWZ.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że z treści przekazanej przez zamawiającego informacji wynika wprost, że jako najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę nr 1, bowiem zgodnie z uzasadnieniem dokonanego wyboru jest ona najkorzystniejsza w przyjętych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert. Pierwszym kryterium była cena brutto oferty, zaś drugim kryterium była wysokość kwoty, jaką wykonawca zamierza odprowadzić do zamawiającego z tytułu potencjalnych dochodów uzyskanych od osób korzystających z szaletów miejskich za okres miesięczny. Z kolei z dalszej części tej informacji (zob.: informacja o wyborze z dnia 02.03.2017 r., s. 1) wynika, że zamawiający dokonując oceny oferty numer 1, wziął pod uwagę następujące kryteria oceny ofert: kryterium pierwsze - cena brutto oferty, za którą przyznał wykonawcy, który złożył ofertę nr 1 - 60 pkt oraz drugie kryterium oceny ofert - proponowaną wysokość dochodów, jaką wykonawca zamierza odprowadzić do zamawiającego za okres 18-miesięcy (kryterium niezgodne z treścią SIWZ - w treści SIWZ wskazano okres miesięczny), za które przyznał 40 pkt. Niezgodność powyższa jest o tyle istotna, że w praktyce powoduje, że niemożliwym jest dokonanie przez odwołującego analizy tego, co w rzeczywistości oceniał zamawiający wyłaniając tego konkretnego wykonawcę (konsorcjum). Kryterium bowiem winno być zgodne z SIWZ. W przypadku, gdy dochodzi do przyznania punktacji za kryterium, które nie podlega ocenie w toku badania treści oferty, zamawiający w takiej sytuacji zobowiązany jest do

przyznania za to kryterium 0 punktów. Dokonana przez zamawiającego ocena jest nieprawidłowa i niezgodna z SIWZ.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Sigma sp. z o.o. w Poznaniu oraz Neo Group sp. z o.o. w Warszawie. Wnieśli o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę złożoną przez odwołującego, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego z 2 marca 2017 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sigma sp. z o.o. w Poznaniu oraz Neo Group sp. z o.o. w Warszawie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została odrzucona, zaś jego oferta była ofertą korzystniejszą od oferty wybranej. Odwołujący domagał się nakazania

zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi polegającej na bieżącym utrzymaniu publicznych toalet wolnostojących na terenie Miasta Krakowa. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą zakresu rzeczowego (zał. 6 do SIWZ) oraz wykazu lokalizacji i czasu pracy miejskich, publicznych toalet wolnostojących na terenie miasta Krakowa (zał. 7 do SIWZ), wykazu środków czystości i higieny niezbędnych do utrzymania szaleatów (zał. 8 do SIWZ) (część 1, pkt 1 b SIWZ).

W części 1 pkt 2 SIWZ wskazano, że termin wykonania zamówienia wynosi 18 miesięcy od dnia podpisania umowy.

W części 4 pkt 4 d SIWZ wskazano, że do oferty należy załączyć m.in. *podpisany przez Wykonawcę cennik usługi utrzymania toalet – wg zał. 9.*

W części VIII SIWZ (opis sposobu obliczenia ceny) znajdowały się m.in. następujące postanowienia.

- 1. Na druku oferty (zał. 1 do SIWZ) należy podać całkowitą cenę ofertową (brutto) obejmującą realizację całego zamówienia w złotych polskich (PLN), wraz z podaniem stawki podatku VAT, oraz miesięczną cenę brutto za realizację tego zamówienia. Dodatkowo w formularzu oferty należy podać proponowaną kwotę jaką Wykonawca zamierza odprowadzić do Zamawiającego z tytułu potencjalnych dochodów uzyskanych od osób korzystających z 9 szaleatów miejskich za okres miesięczny oraz wyszczególnienie kwoty „dochodu” za 1 toaletę.*
- 2. W cenie ofertowej należy uwzględnić podatek VAT oraz wszystkie wymagania określone w niniejszej specyfikacji, np. koszty transportu, środków czystości i inne. Cena brutto podana w ofercie (załącznik nr 1 do niniejszej SIWZ) winna zawierać wszystkie koszty bezpośrednio, koszty pośrednie oraz zysk i powinna uwzględniać wszelkie uwarunkowania zawarte w OPZ. W cenie powinny być również uwzględnione wszystkie podatki, opłaty celne, ubezpieczenia, opłaty transportowe itp. Podana cena jest obowiązująca w całym okresie ważności oferty.*

W części IX SIWZ (Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert) znajdowały się następujące postanowienia:

Przy wyborze oferty zamawiający będzie się kierował następującym kryterium (...)

C - cena brutto - 60%

K – wysokość kwoty jaką Wykonawca zamierza odprowadzić do Zamawiającego z tytułu potencjalnych dochodów uzyskanych od osób korzystających z szaletów miejskich za okres miesięczny – 40%

$$N = C + K$$

gdzie:

N - łączna ilość punktów badanej oferty

C - ilość punktów badanej oferty w kryterium cena

K - ilość punktów badanej oferty w kryterium - wysokość kwoty jaką Wykonawca zamierza odprowadzić do Zamawiającego z tytułu potencjalnych dochodów uzyskanych od osób korzystających z szaletów miejskich za okres miesięczny

I Kryterium (C) - Cena brutto

Wykonawca, który zaproponuje najniższą cenę spośród ofert spełniających wymagania, otrzyma 60 punktów, natomiast pozostali wykonawcy – odpowiednio mniej punktów, według poniższego wzoru:

$$C = \frac{\text{cena minimalna}}{\text{cena badanej oferty}} \times 60 \text{ pkt}$$

II Kryterium (K) - wysokość kwoty jaką Wykonawca zamierza odprowadzić do Zamawiającego z tytułu potencjalnych dochodów uzyskanych od osób korzystających z szaletów miejskich za okres miesięczny

Wykonawca, który zaproponuje najwyższą kwotę spośród ofert spełniających wymagania, otrzyma 40 punktów, natomiast pozostali wykonawcy – odpowiednio mniej punktów, według poniższego wzoru:

$$K = \frac{\text{kwota badanej oferty}}{\text{najwyższa kwota ze wszystkich ofert}} \times 40 \text{ pkt}$$

Za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ oraz otrzyma największą liczbę punktów we wszystkich kryteriach łącznie.

W załączniku nr 1 do SIWZ – formularz oferty - zamawiający przewidział, że wykonawcy powinni podać m.in. następujące informacje:

- a) cenę całkowitą brutto,
- b) cenę miesięczną za realizację usługi,
- c) wysokość proponowanej kwoty jaką wykonawca zamierza odprowadzić do zamawiającego z tytułu potencjalnych dochodów uzyskanych od osób korzystających z 9 szaletów miejskich za cały okres realizacji zamówienia

W załączniku nr 7 do SIWZ (wykaz, lokalizacja i czas pracy publicznych toalet wolnostojących na terenie miasta Krakowa) zamawiający wymienił 9 toalet, znajdujących się w 8 lokalizacjach, z czego 6 toalet było toaletami pojedynczymi, a 3 toaletami DUO. Wskazał, że powinny być czynne 24 h, dodając, że w razie niskiej temperatury (ok -15 stopni) toalety mogą być zamknięte za zgodą zamawiającego.

W załączniku nr 9 do SIWZ (cennik usługi utrzymania toalet za 1 miesiąc) zamawiający wymienił w formie tabelarycznej 9 toalet znajdujących się w 8 lokalizacjach i przewidział rubrykę do wypełnienia zatytułowaną „cena za 1 miesiąc brutto” w odniesieniu do każdej z toalet. Dodatkowo znajdowała się rubryka służąca do podania łącznej kwoty miesięcznej za realizację usługi. Wreszcie należało podać kwotę za realizację całego zakresu realizacji usługi mnożąc ją przez 18 miesięcy.

W załączniku nr 2 do SIWZ (wzór umowy) znajdowały się m.in. następujące postanowienia.

§1 ust. 1

Zamawiający zleca, a wykonawca zgodnie z ofertą przetargową, sporządzoną na podstawie materiałów otrzymanych od zamawiającego w ramach specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wynikiem postępowania, przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (...) przyjmuje do realizacji zadania pod nazwą „Bieżące utrzymanie bezobsługowych toalet wolnostojących na terenie miasta Krakowa”.

§ 2 ust. 2

Dokumentem potwierdzającym prawidłowe i terminowe wykonanie przedmiotu umowy będzie protokół odbioru, podpisany przez obie strony umowy.

§ 3 ust. 1

Strony ustalają, że za wykonywanie niniejszej umowy wynagrodzenie nie przekraczające kwoty złotych brutto.

§ 3 ust. 2

Rozliczenie usług świadczonych na podstawie niniejszej umowy będzie następować w miesięcznych okresach rozliczeniowych na podstawie faktur VAT wystawionych przez wykonawcę. Wynagrodzenie w miesięcznym okresie rozliczeniowym wynosi złotych

brutto. W przypadku, gdy umowa będzie obejmowała niepełny miesiąc, wynagrodzenie zostanie proporcjonalnie naliczone do ilości dni w trakcie których świadczone były usługi w danym miesiącu.

§ 3 ust. 3

Wynagrodzenie określone w ust. 1 obejmuje wszystkie koszty prawidłowego utrzymania toalet, w tym opłaty za energię elektryczną, wodę, ścieki oraz koszty ujęte w załączniku nr 2 do umowy, a także koszty eksploatacji i środków czystości i higieny koniecznych do utrzymania toalet określonych w załączniku nr 3 do niniejszej umowy.

§ 3 ust. 6

Wynagrodzenie będzie przekazywane na konto wykonawcy wskazane w fakturze VAT wystawionej po protokolarnym odbiorze wykonanych prac dokonywanym przez zamawiającego. (...).

§ 3 ust. 11

W przypadku konieczności usunięcia większych awarii wykraczających poza zakres bieżącego utrzymania toalet określonego w załącznikach do niniejszej umowy i nie spowodowanych działaniami wykonawcy lub jego zaniedbaniem, usługi te będą rozliczone za zgodą zamawiającego w oparciu o następujące założenia (...).

§ 9 ust. 6

Wykaz załączników stanowiących integralną część umowy:

- 1) załącznik nr 1 – lokalizacja oraz czas pracy toalet wolnostojących,*
- 2) załącznik nr 2 – zakres prac oraz opis wymaganego wyglądu obiektu,*
- 3) załącznik nr 3 – wykaz środków czystości i higieny niezbędnych do utrzymania toalet,*
- 4) załącznik nr 4 – kserokopia dowodu wniesienia zabezpieczenia.*

Do upływu terminu składania ofert oferty złożyło 3 wykonawców, w tym odwołujący i przystępujący.

Odwołujący w swym formularzu ofertowym oświadczył, że oferuje wykonanie zadania za cenę całkowitą 475.000 zł brutto, w tym podatek VAT, tj. miesięczna cena brutto za realizację zamówienia wynosi 26.388,89 zł brutto.

Ustalono także, że odwołujący nie załączył do swej oferty wypełnionego załącznika nr 9 do SIWZ (cennik usługi utrzymania toalet za 1 miesiąc).

Ustalono również, że pismem z 27 stycznia 2017 r., po terminie składania ofert, odwołujący przesłał zamawiającemu wypełniony załącznik nr 9 do SIWZ, w którym ujawnił stawki za utrzymanie toalet za 1 miesiąc w rozbiu na poszczególne toalety.

Ustalono ponadto, że 2 marca 2017 r. zamawiający przesłał odwołującemu zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego a także o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia zamawiający wskazał, że *oferta została odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Zgodnie z zapisem części IV pkt 4 lit. D SIWZ do oferty należało dołączyć podpisany przez wykonawcę cennik usługi utrzymania toalet (wg zał nr 9 do SIWZ), którego wykonawca nie załączył. Ze względu na przyjęty przez zamawiającego w istotnych postanowieniach umownych sposób miesięcznego rozliczania za czas realizacji zamówienia – do łącznej wysokości kwoty nieprzekraczającej ceny oferty, jest to dokument niezbędny do rozliczenia należnego wynagrodzenia wykonawcy. Przedmiotowy dokument nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.*

W tym samym piśmie zamawiający zawiadomił także, że wybrano jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego, która jest jedyną niepodlegającą odrzuceniu ofertą złożoną w postępowaniu, która uzyskała łącznie w obu kryteriach maksymalną ilość punktów. Wskazano przy tym, że przy wyborze oferty stosowano dwa kryteria. Pierwszym kryterium była cena brutto oferty – 60% , zaś drugim kryterium była wysokość kwoty, jaką wykonawca zamierza odprowadzić do Zamawiającego z tytułu potencjalnych dochodów uzyskanych od osób korzystających z szaletów miejskich za okres miesięczny – 40%.

Z kolei z dalszej części tej informacji wynikało, że Zamawiający dokonując oceny oferty numer 1, wziął pod uwagę następujące kryteria oceny ofert: kryterium pierwsze - cena brutto oferty, za którą przyznał ofercie przystępującego - 60 pkt oraz drugie kryterium oceny ofert - proponowaną wysokość dochodów, jaką wykonawca zamierza odprowadzić do Zamawiającego za okres 18 miesięcy, za które przyznał 40 pkt.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uwzględniła odwołanie, gdyż potwierdziły się wszystkie zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że odwołujący nie dołączył do swej oferty wypełnionego załącznika nr 9 do SIWZ, obejmującego wykaz toalet w którym należało skazać miesięczne stawki za utrzymanie toalet w rozbiciu na poszczególne lokalizacje.

Od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia można oczekiwać staranności w przygotowaniu oferty, w szczególności przeanalizowania SIWZ pod kątem

wymagań w niej sformułowanych. Niezłożenie dokumentu, którego zamawiający wymagał jest dowodem na brak należytej staranności przy kompletowaniu dokumentów, co niewątpliwie obciąża odpowiednie służby odwołującego i wskazuje na brak ich profesjonalizmu. Jednakże powyższe nie zmienia faktu, że skutki niezłożenia każdego dokumentu żądanego przez zamawiającego zawsze należy oceniać biorąc pod uwagę okoliczności danej sprawy i charakter brakującego dokumentu.

Nie ulegało wątpliwości, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z powodu sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, odnosi się do merytorycznej sprzeczności pomiędzy obu dokumentami, na co wskazuje użyte dwukrotnie w tym przepisie przez ustawodawcę słowo „treść”.

Wzięto pod uwagę, że spośród informacji, jakie należało ujawnić w brakującym załączniku nr 9, wykonawca nie podał zamawiającemu wraz z ofertą jedynie rozbicia kwoty miesięcznego wynagrodzenia na realizację usługi na poszczególne lokalizacje toalet. Informacje na temat łącznej wartości wynagrodzenia w całym 18 miesięcznym okresie realizacji usługi, jak i informacje na temat łącznego miesięcznego wynagrodzenia za usługę utrzymania 9 toalet zostały bowiem podane przez wykonawcę w formularzu ofertowym.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że z punktu widzenia kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, brakujące informacje nie miały żadnego znaczenia. Kryterium ceny, z którym łączy się omawiane zagadnienie, opisane w części IX SIWZ, referowało bowiem do wartości oferty brutto za cały okres realizacji zamówienia.

Sporne pomiędzy stronami było natomiast to, czy w świetle SIWZ brakujące informacje mogą mieć znaczenie dla ustalania wysokości wynagrodzenia czy rozliczania usługi realizowanej przez wykonawcę, jak utrzymywał zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia i w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia powoływał się na przewidziany we wzorze umowy sposób miesięcznego rozliczania na realizację zamówienia, do łącznej wysokości nieprzekraczającej kwoty oferty. Ponadto, w odpowiedzi na odwołanie, oraz w trakcie rozprawy powoływał się na postanowienia załączników nr 6, 7 do SIWZ i wywodził, że z powodu sygnalizowanych w SIWZ okoliczności, takich jak awarie (załącznik nr 6), warunki atmosferyczne (załącznik nr 7) usługa może nie być realizowana w pełnym zakresie, w odniesieniu do całości, ale także odniesieniu do części lokalizacji. Wywodził, że w tej sytuacji jego intencją było wypłacanie wykonawcy wynagrodzenia za rzeczywiście zrealizowane w danym miesiącu usługi, na co miały wskazywać postanowienia wzoru umowy.

W ocenie Izby, z postanowień SIWZ, na które wskazywał zamawiający nie można było wywieść, aby brakujące informacje miały mieć jakiegokolwiek znaczenie dla rozliczania usługi lub ustalania wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Rzeczywiście w § 3 ust. 1 wzoru umowy przewidziano wpisanie kwoty wynagrodzenia, ujmowanego jako maksymalnego, co mogło świadczyć o możliwości jego obniżania. Jednakże zapis ten można było interpretować jako łączący się z bezpośrednio znajdującym się pod nim postanowieniem § 3 ust. 2. Z postanowienia § 3 ust. 2 wzoru umowy trzecie zdanie wynikał jedyny mechanizm pomniejszenia miesięcznego wynagrodzenia, jaki przewidział zamawiający. W postanowieniu tym wskazano jedynie, że jeżeli umowa będzie obejmowała niepełny miesiąc, wynagrodzenie zostanie proporcjonalnie naliczone do ilości dni w trakcie których świadczone były usługi w danym miesiącu. Postanowienie to referowało zatem wyłącznie do dni, których umowa nie będzie obejmowała w danym miesiącu. Zapis ten uprawniał zatem zamawiającego do pomniejszenia wynagrodzenia tylko wtedy, gdy w konkretnych dniach usługa nie była świadczona. Na konieczność takiej interpretacji wskazuje także opis sposobu pomniejszenia wynagrodzenia zapisany w tym samym postanowieniu. Zamawiający przewidział jedynie, że nastąpi to „proporcjonalnie do ilości dni” w trakcie których usługi były świadczone. Z punktu widzenia tego zapisu bez znaczenia pozostawały zatem miesięczne stawki wynagrodzenia za świadczenie usług w poszczególnych lokalizacjach, jak starał się wywodzić zamawiający. Proporcjonalne obniżenie wynagrodzenia o ilość dni, których miała nie obejmować umowa w danym miesiącu możliwe będzie natomiast w oparciu o łączną kwotę miesięcznego wynagrodzenia, którą wykonawca podał w formularzu ofertowym.

Dostrzeżenia wymagało także, że w żadnym z pozostałych postanowień SIWZ, w tym również postanowień, które przywołał zamawiający, nie przewidziano w sposób jednoznaczny, że zamawiający będzie płacił wykonawcy jedynie za rzeczywiście wykonane zakres prac. Faktu tego nie można było ustalić na podstawie postanowień, zgodnie z którymi faktury będą wystawiane po podpisaniu miesięcznych protokołów odbioru. Zapis ten można było interpretować jako formalny wymóg uprawniający do przedstawienia faktury, będący wyrazem akceptacji przez zamawiającego jakości wykonanych prac.

Rzeczywiście z załącznika nr 7 do SIWZ wynikało, że wykonawca w porozumieniu z zamawiającym może zamknąć na pewien czas niektóre lub wszystkie toalety, jeżeli temperatura spadnie poniżej minus 15 stopni. Z kolei z załącznika nr 6 do SIWZ wynikało, że toalety mogą być zamykane w razie awarii. Jednakże nie opisano konsekwencji takich czasowych, częściowych zamknięć dla ustalania wynagrodzenia wykonawcy. W szczególności, z żadnego postanowień przytoczonych przez zamawiającego nie wynikało, że będzie płacił za rzeczywiście wykonane usługi (za jedynym wyjątkiem wynikającym z § 3 ust. 2 wzoru umowy). W postanowieniach tych zabrakło odesłań, z których wynikałoby jasne i wyraźne wskazanie, że stawki z wypełnionego załącznika nr 9 znajdują jakiegokolwiek przełożenie na sposób rozliczenia kontraktu. Wzięto również pod uwagę, że wypełniony załącznik nr 9 do SIWZ nie został uznany za załącznik do umowy (§ 9 ust. 6 wzoru umowy).

Być może taki sposób rozliczenia, jak zamawiający prezentował w trakcie rozprawy, był objęty jego zamiarem. Jednakże, w ocenie Izby, ewentualne intencje zamawiającego nie znalazły odzwierciedlenia w treści SIWZ, która była jedynym źródłem, na podstawie którego Izba mogła ocenić charakter brakujących informacji. W konsekwencji należało przyznać rację odwołującemu, że wypełniony załącznik nr 9 do SIWZ miał jedynie charakter pomocniczy i informacyjny i nie stanowił treści oferty. Biorąc pod uwagę taki charakter dokumentu, skutki jego niezłożenia wraz z ofertą nie mogły być kwalifikowane jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wobec bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający naruszył także przepis art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty odwołującego, która – w świetle kryteriów oceny ofert - była oferta korzystniejszą od oferty przystępującego.

W ocenie Izby zamawiający naruszył także przepis art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż wybrał ofertę najkorzystniejszą stosując kryterium oceny ofert nieznanne treści SIWZ.

W informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający poinformował, że dokonując oceny oferty przystępującego, wziął pod uwagę następujące kryteria oceny ofert: kryterium pierwsze - cena brutto oferty, za którą przyznał wykonawcy, który złożył ofertę nr 1 - 60 pkt oraz drugie kryterium oceny ofert - proponowaną wysokość dochodów, jaką wykonawca zamierza odprowadzić do zamawiającego za okres 18-miesięcy, za które przyznał 40 pkt. Rzeczywiście owo drugie kryterium oceny ofert, okazało się niezgodne z SIWZ, w której w pkt IX wskazano, że oferty będą oceniane na podstawie proponowanej wysokości dochodów, jaką wykonawca zamierza odprowadzić do zamawiającego w okresie miesięcznym. Dostrzeżenia wymagało przy tym, że w sytuacji gdy oceniana była tylko jedna oferta (wskutek odrzucenia dwóch z trzech ofert), uchybienie to samo przez się nie miało wpływu na wynik postępowania.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.*

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.* W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.* W analizowanej sprawie, odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił w całości zamawiający, dlatego to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, oraz koszty dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 179 zł 10 gr na podstawie

rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

Przewodniczący: