

Sygn. akt KIO 2170/19

POSTANOWIENIE
z dnia 13 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 13 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2019 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: **Firma Handlowo Usługowa Wikant E. M., Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe WOL-PRIM P. W., Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe GRAB-BUD Sp. z o.o. z Łodzi** (ul. Popiełuszki 27/8, 94-052 Łódź) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi** (al. Tadeusza Kościuszki 47 90-514 Łódź)

przy udziale wykonawcy: **Zakład Remontowo-Budowlany „Mal-Tap” S.W. z Piotrkowa Trybunalskiego** (ul. Armii Krajowej 33/12, 97-300 Piotrków Tryb.) - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

1. **Odrzucić odwołanie;**
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: **Firma Handlowo Usługowa Wikant E. M., Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe WOL-PRIM P. W., Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe GRAB-BUD Sp. z o.o. z Łodzi** (ul. Popiełuszki 27/8, 94-052 Łódź) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
3. Nie uwzględnia wniosku zamawiającego - **Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi** (al. Tadeusza Kościuszki 47 90-514 Łódź) o zasądzenie na jego rzecz kosztów w kwocie 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi „Na roboty ogólnobudowlane, naprawy główne, naprawy bieżące, konserwacje, usuwanie awarii oraz usuwanie skutków zimy oraz inne roboty nie wymienione w cenniku robót związane z przedmiotem zamówienia w nieruchomościach stanowiących zasoby Zarządu Lokali Miejskich”. Numer DZP.26.1.308.2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22 października 2019 r. w BZP. Także Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w tej dacie opublikowana została na stronie internetowej Zamawiającego. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Firma Handlowo Usługowa Wikant E.M., Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe WOL-PRIM P. W., Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe GRAB-BUD Sp. z o.o. z Łodzi – podał, że odwołanie zostało wniesione wobec czynności Zarządu Lokali Miejskich z siedzibą w Łodzi polegającej na opublikowaniu w dniu 22 października 2019 r. treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - dalej SIWZ w której określono jako jedyne kryterium oceny ofert cenę, której waga stanowi de facto 100 %, przy jednoczesnym braku określenia w opisie przedmiotu zamówienia standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz braku wykazania w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu ich życia. Zaskarżonej czynności wykonawcy zarzucili naruszenie: art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2a w zw. art. 2 pkt 5 lit. a w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na określenie kryterium oceny ofert w ten sposób, że de facto wadze kryterium ceny została nadana wartość 100 % przy jednoczesnym braku określenia w opisie przedmiotu zamówienia standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz braku wykazania w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia. Mając przytoczone wyżej zarzuty na uwadze wniósł o 1) uwzględnienie odwołania w całości; 2. nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ w ten sposób, by w opisie przedmiotu zamówienia wprowadził standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykazał w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia.

Odwołujący wskazał, że posiada legitymację uprawniającą do wniesienia odwołania określoną w art. 179 ust. 1 Pzp i w szczególności wskazując na orzecznictwo i doktrynę zamówień publicznych, podał, że (...) w przedmiotowej sprawie Odwołujący ma interes w

uzyskaniu zamówienia i interes ten jest kwalifikowaną szkodą jaka zostanie przez niego poniesiona wskutek naruszenia przepisów Pzp przez Zamawiającego. Skutkiem zaskarżonych czynności i zaniechań Zamawiającego jest przygotowanie i prowadzenie niniejszego postępowania bez zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz bez poszanowania zasad proporcjonalności i przejrzystości. Powyższe przejawia się w tym, że zastosowanie przez Zamawiającego procedury udzielenia zamówienia publicznego określonego w PZP ma na celu wyłonienie oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich ofert złożonych w danym postępowaniu. Celowi temu ma służyć dobór przez Zamawiającego odpowiednich kryteriów oceny ofert. Z kolei definicję najkorzystniejszej oferty zawiera art. 2 pkt 5 Pzp, W myśl tego przepisu ofertą najkorzystniejszą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo oferta z najniższą ceną. Mając przytoczone przepisy na uwadze, należy wskazać, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kryterium ceny ofert zostało określone nieprawidłowo. Podział kryterium cena na podkryterium stawka netto za roboczo godzinę z narzutami, w którym przyporządkowano wagę 40 % nie gwarantuje wyboru oferty zawierającej najniższą cenę za wykonanie zamówienia. Dokonanie odpowiednich przesunięć w poszczególnych pozycjach formularza może bowiem doprowadzić do przyznania najwyższej liczby punktów ofercie, która nie będzie ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 PZP, gdyż nie gwarantuje Zamawiającemu uzyskania świadczenia w zamian za najniższą cenę. Natomiast takie działanie niewątpliwie naruszy konkurencję i równe traktowanie wykonawców, w tym i Odwołującego, co doprowadzi do szkody w postaci niemożliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp przystąpił wykonawca - Zakład Remonto-Budowlany „Mal-Tap” S. W. z Piotrkowa Trybunalskiego wnosząc o uwzględnienie odwołania. Wskazał, że m.in. że (...) *Postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zostały sformułowane niezgodne z prawem, naruszając zasady udzielania zamówień publicznych, co uniemożliwia Przystępującemu ubieganie się o przedmiotowe zamówienie i uzyskanie zamówienia na zgodnych z prawem warunkach*”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (w piśmie z dnia 31 października 2019 r.) wniósł o odrzucenie odwołania w całości na podstawie art. 189 ust.2 pkt 6 i ust. 3 w związku z art. 180 ust.2 ustawy prawo zamówień publicznych. Także o zasądzenie od odwołujących się solidarnie zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3600 zł. W uzasadnieniu wniosku o odrzucenie wskazał na następujące okoliczności: (...) *Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty ogólnobudowlane, naprawy*

główne, naprawy bieżące, konserwacje, usuwanie awarii oraz usuwanie skutków zimy oraz inne roboty nie wymienione w cenniku robót związane z przedmiotem zamówienia w nieruchomościach stanowiących zasoby Zarządu Lokali Miejskich, nr DZP.26.1.308.2019. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Sformułowane w odwołaniu zarzuty nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust. 2 pkt 1-6 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi podstawę wniesienia odwołania. Zarzuty odwołującego się nie dotyczą - wbrew przywołanej w odwołaniu podstawie prawnej - opisu przedmiotu zamówienia, a treść odwołania nie wskazuje na jakiegokolwiek nieprawidłowości w tym zakresie”.

Izba mając na uwadze ustalony stan faktyczny zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust.2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust.2 ustawy Pzp.

W tym postępowaniu wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Przedmiotowe zamówienie (na drobne roboty ogólnobudowlane, naprawy główne, naprawy bieżące, konserwacje, usuwanie awarii oraz usuwanie skutków zimy oraz inne roboty nie wymienione w cenniku robót związane z przedmiotem zamówienia w nieruchomościach stanowiących zasoby Zarządu Lokali Miejskich) składa się z pięciu części, a jego wartość określona została przez Zamawiającego na kwotę netto 5.860.070,66 zł. Odwołanie natomiast dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp: „2. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) określenia warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego; 5) opisu przedmiotu zamówienia; 6) wyboru najkorzystniejszej oferty”.

Odwołanie - stosownie do postanowień art. 180 ust. 3 Pzp (...) powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania”.

Mając na uwadze poglądy orzecznictwa i doktryny dotyczące wykładni art. 180 ust. 2 Pzp Izba stwierdza, że tylko od podejmowanych przez zamawiającego działań (lub zaniechań) wskazanych wprost w punktach od 1 do 6 w postępowaniu „podprogowym” (o wartości

mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp) wykonawca może skutecznie odwoływać się o ile w jego przekonaniu zostały podjęte lub zaniechane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Tym samym od innych czynności bądź zaniechań nie wymienionych w ust.2 wskazanego artykułu, w tym związanych z określeniem kryteriów oceny ofert, odwołanie nie przysługuje. I w takim przypadku do odwołania ma zastosowanie wskazany art. 189 ust.2 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzuty podnoszone w odwołaniu odniósł niewątpliwie – wbrew twierdzeniom wykonawcy - do kryteriów oceny ofert wskazując (jako okoliczności faktyczne), że odwołanie dotyczy czynności związanej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w której określono jako jedyne kryterium oceny ofert cenę, której waga stanowi de facto 100 %, przy jednoczesnym braku określenia w opisie przedmiotu zamówienia standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz braku wykazania w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu ich życia. Zaskarżonej czynności (okoliczność prawna) Odwołujący zarzucił naruszenie: art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2a w zw. art. 2 pkt 5 lit. a w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na określenie kryterium oceny ofert w ten sposób, że de facto wadze kryterium ceny została nadana wartość 100 % przy jednoczesnym braku określenia w opisie przedmiotu zamówienia standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz braku wykazania w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia.

Kluczowy zarzut dotyczy zatem naruszenia art. 91 ust.1 Pzp zgodnie z którym: „1. *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*”. Także dalsze przepisy, które w związku z tym zarzutem wskazał wykonawca (art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art 36 ust. 1 pkt 12 i 13 oraz art. 2 pkt 5 Pzp) referują do kryteriów oceny ofert.

Na marginesie, mając na uwadze tylko doświadczenie życiowe, nie jest zrozumiała dla Izby argumentacja wykonawcy, że Zamawiający nie do wszystkich elementów przedmiotu zamówienia zastosował ustalone standardy jakościowe oraz, że nie są one łatwe do zdefiniowania dla przeciętnego klienta, a ponadto że do niektórych elementów opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający ustalił standard indywidualnie, co powoduje, że nie może być z samej istoty standardem, o którym mowa w art. 91 ust. 2a Pzp. W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że wskazane w odwołaniu (zdaniem Odwołującego przykładowo) pozycje z załącznika nr 1.1 Kosztorys nakładczy do części 1, w poz. 1, 28, 56, 59, 67, 69, 72, (których obmiary i nakłady zostały ustalone przez Zamawiającego w oparciu o analizę indywidualną –

wg twierdzeń wykonawcy) dotyczą takich prac jak: czyszczenie kielni, rynien z liści, sprzątnięcia i wyniesienia nieczystości do kosza na śmieci, zamontowanie nawiewnika w ramie (...), awaryjne otwarcie drzwi (...), wymiana skrzynki na listy z opisem modułu i z wymaganą normą i RBH, odmrażanie i udrożnianie koszy zlewowych, dorobienie klucza, dojście na teren nieruchomości - to nie przykładowe, ale wszystkie pozycje, co do których odnoszą się takie adnotacje jak „analiza indywidualna” lub „wycena wykonawcy”. Izba zwraca też uwagę, że każde zamówienie publiczne jest dedykowane do profesjonalnego przedsiębiorcy. W tym przypadku do wykonawcy potrafiącego sprostać pracom z zakresu robót ogólnobudowlanych, napraw głównych, napraw bieżących, konserwacji, usuwania awarii oraz usuwania skutków zimy oraz innych robót nie wymienionych w cenniku robót związanych z przedmiotem zamówienia w nieruchomościach stanowiących zasoby Zarządu Lokali Miejskich, co do którego postawiono opisane w specyfikacji wymagania (wymagania co do doświadczenia firmy i osób skierowanych do realizacji prac). Tym samym przykładowo awaryjne otwarcie drzwi czy dorobienie klucza, odmrażanie koszy zlewowych czy wyniesienie nieczystości do kosza na śmieci nie wymaga, zdaniem Izby, pogłębionych analiz (szczegółowego ustalenia standardów jakościowych przez tego Zamawiającego) niezbędnych dla przedstawienia stawki roboczogodziny przez przedsiębiorcę.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972). Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego w kwocie 3.600 zł (pomimo korzystnego na jego rzecz rozstrzygnięcia) mając na uwadze treść przedłożonej faktury. W opisie usługi wskazano bowiem, że to wynagrodzenie dotyczy przede wszystkim obsługi prawnej wydziału zamówień publicznych, której nabywcą jest Miasto Łódź, a odbiorcą Zarząd Lokali Miejskich i przy takim opisie usługi Izba uznała, że nie można uznać obsługi wydziału za uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w postępowaniu odwoławczym przez KIO z racji zastępowania adwokata z Kancelarii Adwokackiej Adwokat M.S.. na podstawie substytucji (o innym zakresie) przez innego adwokata.

.....