

WYROK
z dnia 18 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **AC Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Komendę Wojewódzką Policji w Poznaniu**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „CZA-TA” N. Spółka Jawna w Piotrkowie Trybunalskim**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **AC Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej przez wykonawcę **AC Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Sygn. akt: KIO 3443/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Komenda Wojewódzka Policji w Poznaniu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług utrzymania czystości w 8 obiektach Policji położonych na terenie miasta Poznania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1943 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 24 grudnia 2020 roku wykonawca **AC Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy P.z.p., a mianowicie art. 7 ustawy P.z.p. poprzez niezachowanie zasady przejrzystości podczas przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co przejawiało się w skrajnie nierzetelnym przygotowaniu załącznika nr 1 do projektu umowy, (załącznik 4E i 4I--1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia), co wprowadza w błąd wykonawców w zakresie godzin, w których konieczne jest zapewnienie pracowników, tym bardziej w świetle treści załączników nr I E i IH zgodnie z którymi wymagane godziny zapewnienia pracowników to 7.30-15.30.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie powtórzenia czynności zamawiającego, polegających na ogłoszeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego świadczenia usług utrzymania czystości w 8 obiektach Policji położonych na terenie miasta Poznania. Ewentualnie – unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty **AC Serwis sp. z o.o.**

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w dniu 14 grudnia 2020 r. zamawiający dokonał odrzucenia ofert czterech wykonawców, w tym odwołującego. W przypadku odwołującego zamawiający wskazał niespełnienie warunków określonych w pkt 4 ppkt 3 opisu przedmiotu zamówienia do części nr 5 „KP Poznań — Północ” i nr 8 „BTM KWP Poznań” w powiązaniu z załącznikami 4E i 4H stanowiącymi załącznik nr 1 do projektów umów. W ocenie zamawiającego, wskazanie do wykonania prac dwóch pracowników zatrudnionych na ½ etatu nie daje możliwości wykonania umowy, albowiem czas niezbędny do jej wykonania wynosi ponad 8 godzin w stosunku dziennym, co przekracza dopuszczalny czas pracy.

Z rozstrzygnięciem odwołujący się nie zgodził.

W ocenie odwołującego, dokumenty dotyczące zamówienia publicznego zostały przygotowane w sposób uniemożliwiający ich weryfikację i są skrajnie nieprzejrzyste. W załącznikach 1E i 1H zamawiający wskazał wymóg dyspozycji 1 osoby w dniach od poniedziałku do piątku w godzinach 7.30-15.30, to jest w wymiarze 8 godzin, natomiast w załączniku nr 1 do projektów umów zawarł zapis, iż prace określone w ust. 1 pkt 1 lit. c i q mają być wykonywane po godzinie 16.00. Zamawiający nie oznaczył przy tym, o ust. 1 jakiego dokumentu chodzi, czy miał na myśli ust. 1 któregoś z paragrafów umowy, co tym bardziej istotne, że powołany załącznik nr 1 nie posiada oznaczeń „ustęp” a zawiera jedynie punkty i podpunkty. Takie przygotowanie dokumentów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) narusza przepisy ustawy P.z.p., nie dając wykonawcy możliwości rzetelnego przygotowania oferty.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 stycznia 2020 roku zamawiający wniósł o:

- 1) odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. jako wniesionego po upływie ustawowego

terminu,

ewentualnie, w przypadku dopuszczenia sprawy do rozpoznania, zamawiający wniósł o:

2) oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Zamawiający wskazał, że zarzuty odwołania odnoszą się do treści s.i.w.z. i dotyczą nierzetelnego przygotowania załącznika nr 1 do projektów umowy (załącznik 4E i 41-1 do s.i.w.z.). Wskazał, iż zgodnie z treścią art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p., w przypadku, gdy odwołanie wnoszone jest wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowania prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego — także wobec postanowień s.i.w.z., ogłoszenie wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej — jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne. W analizowanej sprawie zamawiający zamieścił s.i.w.z. na stronie internetowej w dniu 20.10.2020 r. W związku z powyższym, odwołanie wniesione zostało po upływie ustawowego terminu i powinno zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Z ostrożności procesowej, w przypadku dopuszczenia odwołania do dalszego rozpoznania, zamawiający wskazał, iż odwołanie jest całkowicie bezzasadne i wniósł o jego oddalenie w całości.

W ocenie zamawiającego, treść ww. załączników została sformułowana w sposób jasny, przejrzysty, jednoznaczny i niebudzący wątpliwości interpretacyjnych. Podkreślił, iż ustęp stanowi rodzaj jednostki redakcyjnej tekstu prawnego. Jest to jednostka podrzędna względem paragrafu, nadrzędna względem punktu.

Zamawiający wskazał, że kwestionowana przez odwołującego treść załącznika nr 1 do projektu umowy zawiera podział na ustępy, punkty oraz litery zgodnie z przedstawionymi powyżej regułami. W związku z powyższym, w ocenie zamawiającego, nie ulega wątpliwości, iż zapis załącznika nr 1 do projektu umowy NR ZPP.2380.56.5.2020 dla części nr 5 „KP Poznań - Północ”, zgodnie z którym „Prace określone w ust. 1 pkt. 1 lit. c i q należy wykonywać po godz. 16:00” odnosi się do następujących prac:

c) zmiatanie i mycie bieżące pielęgnacyjne z przecieraniem do sucha przy użyciu urządzeń mechanicznych o napędzie elektrycznym lub ręcznie ciągów komunikacyjnych oraz

q) pastowanie i polerowanie podłóg (w tym podłóg szatni) w dniach roboczych uzgodnionych z Zamawiającym.

Analogicznie, zapis załącznika nr 1 do projektu umowy ZPP.2380.56.5.2020 dla części nr 8 „BTM KWP Poznań”, zgodnie z którym „Prace określone w ust. 1 pkt. 1 lit. c i q należy wykonywać po godz. 16:00” odnosi się do następujących prac:

c) zmiatanie i mycie bieżące pielęgnacyjne z przecieraniem do sucha przy użyciu urządzeń mechanicznych o napędzie elektrycznym lub ręcznie ciągów komunikacyjnych oraz

q) pastowanie i polerowanie podłóg (w tym podłóg szatni) w dniach roboczych uzgodnionych z zamawiającym.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie treści s.i.w.z. Nadto odwołujący zdaje się mylić czas świadczenia usługi z czasem pełnienia w ramach tej usługi stałej dyspozycji serwisu dziennego. Stała dyspozycja serwisu dziennego jest elementem świadczonej usługi. Świadczenie usługi składa się z wielu czynności, których ramy czasowe zostały jasno wyartykułowane zarówno w projektach umów jak i w załącznikach nr 1 do projektów umów.

W ocenie zamawiającego, niezrozumiały jest również zarzut, że czas niezbędny do wykonania opisanych usług wynosi ponad 8 godzin w stosunku dziennym, co przekracza dopuszczalny czas pracy. Zamawiający w pkt. V.2.2.5 i V.2.2.8 opisał warunek, w którym wymagał od wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia opisanego dla części nr 5 i 8 dysponowania w każdej z tych części 2 osobami posiadającymi opasane tam między innymi doświadczenie. Przy takim wymogu realizacja przez odwołującego usługi zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem pracy zmianowej 2 osób (przy wymiarze czasu pracy np. 4 godziny jedna osoba i 8 godzin druga osoba), dopuszczonej w przepisach prawa pracy, nie powinna nastręczać żadnych problemów. Tym bardziej, że odwołujący jest podmiotem od dłuższego już czasu profesjonalnie świadczącym tego rodzaju usługi.

Zamawiający zaznaczył, że w kontekście przytoczonych zarzutów całkowicie niezrozumiały jest dla niego wniosek odwołującego dotyczący powtórzenia czynności polegającej na ogłoszeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego świadczenia usług utrzymania czystości w 8 obiektach Policji położonych na terenie miasta Poznania. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż odwołujący złożył ofertę do wszystkich 8 części, a nieprecyzyjność przedmiotowych zapisów miała wyłącznie wpływ na złożenie przez niego niezgodnej oferty wyłącznie w 2 częściach (5 i 8).

Wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „CZA-TA” N. Spółka Jawna w Piotrkowie Trybunalskim, przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt. 4 ppkt. 3 opisu przedmiotu zamówienia dla części nr 55 „KP Poznań - Północ” i nr 8 „BTM KWP Poznań” (załączniki nr 1 E i nr 1 H) zamawiający zawarł wymóg dotyczący stałej dyspozycji serwisu dziennego przez co najmniej 1 osobę w godzinach pracy zamawiającego, tj. od poniedziałku do piątku w godz. 7:30 - 15:30. Natomiast w pkt. 4 załączników nr 1 do projektów umów dla części nr 5 i 8 (projekty umów stanowią załączniki nr 4E i nr 41-1 do s.i.w.z.) zawarł wymóg dotyczący wykonywania prac określonych w ust. 1 pkt. 1 lit. c i q tego załącznika po godz. 16:00.

Odwołujący w swojej ofercie wskazał, że zamierza w częściach nr 5 i 8 powierzyć wykonanie usługi dwóm osobom zatrudnionym na ½ etatu, co daje łączny wymiar jednego pełnego etatu, a więc 8 godzin.

Pismem z dnia 14 grudnia 2020 roku zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego ze względu na to, że treść jego oferty nie odpowiada treści s.i.w.z.

We wskazanym piśmie zamawiający wskazał, że:

Zamawiający w pkt. 11.1 s.i.w.z. poinformował, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony odpowiednio w załącznikach 1A - 1H do s.i.w.z. oraz załącznikach nr 1 do projektów umów (projekty umów stanowią załączniki nr 4A - 4H do s.i.w.z.).

W pkt. 4 ppkt. 3 opisu przedmiotu zamówienia dla części nr 55 „KP Poznań - Północ” i nr 8 „BTM KWP Poznań” (załączniki nr 1 E i nr 1 H) Zamawiający zawarł wymóg dotyczący stałej dyspozycji serwisu dziennego przez co najmniej 1 osobę w godzinach pracy zamawiającego, tj. od poniedziałku do piątku w godz. 7:30 - 15:30. Natomiast w pkt. 4 załączników nr 1 do projektów umów dla części nr 5 i 8 (projekty umów stanowią załączniki nr 4E i nr 41-1 do SIWZ) zawarł wymóg dotyczący wykonywania prac określonych w ust. 1 pkt. 1 lit. c i q tego załącznika po godz. 16:00. Wynika z tego, że łączny wymiar czasu świadczenia usługi, nie licząc czasu niezbędnego na wykonanie prac określonych w ust. 1 pkt. 1 lit. c i q przekracza 8 godzin, czyli wymiar pełnego etatu pracy.

Wykonawca AC SERWIS w swojej ofercie wskazał, że zamierza w części nr 5 powierzyć wykonanie usługi dwóm osobom zatrudnionym na ½ etatu, co daje łączny wymiar jednego pełnego etatu, a więc 8 godzin. Analogiczna sytuacja dotyczy zaferowanego sposobu świadczenia usługi w części nr 8.

Z powyższego wynika, że Wykonawca ten nie będzie w stanie wykonać usługi zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, gdyż czas pracy osób jaki przewidział w swojej ofercie (łącznie 8 godzin) nie pokrywa się z ramami czasowymi wyznaczonymi przez Zamawiającego na wykonanie określonych czynności w trakcie świadczenia usługi: 1) od 7:30 do 15:30 ma zapewnić stałą dyspozycję serwisu dziennego (8 godzin), 2) po 16:00 winien wykonać czynności związane z:

a)zamiataniem i myciem bieżącym pielęgnacyjnym z przecieraniem do sucha przy użyciu urządzeń mechanicznych o napędzie elektrycznym lub ręcznie, ciągów komunikacyjnych - są to czynności, które Wykonawca winien wykonywać codziennie),

b)pastowaniem i polerowaniem podłóg (w tym podłóg szatni) w dniach roboczych uzgodnionych z Zamawiającym.

Izba zważyła, co następuje:

Odwolanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania, w tym w szczególności na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., o co wnosili zamawiający. Odwołanie dotyczy czynności odrzucenia oferty odwołującego, o czym zamawiający poinformował w dniu 14 grudnia 2020 roku. 10-dniowy termin do wniesienia odwołania, wynikający z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. rozpoczął zatem bieg w tym dniu i zakończył się 24 grudnia 2020 roku. Tym samym Izba stwierdziła, że odwołujący dochował terminu do wniesienia odwołania.

Istota sporu dotyczy zapisów zawartych w załączniku nr 1 do projektów umów, z których wynika, że prace określone w ust. 1 pkt 1 lit. c i q mają być wykonywane po godzinie 16.00. Odwołujący wskazał, że zamawiający nie oznaczył przy tym, o ustęp 1 jakiego dokumentu chodzi, czy miał na myśli ust. 1 któregoś z paragrafów umowy, co tym bardziej istotne, że powołany załącznik nr 1 nie posiada oznaczeń „ustęp” a zawiera jedynie punkty i podpunkty.

Izba wskazuje, że co prawda, dokumenty przygotowywane przez zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, nie są powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, ale zamawiający często stosują do nich nomenklaturę i zasady zawarte w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 roku w sprawie zasad techniki prawodawczej (Dz. U. z 2016 r., poz. 283, dalej: rozporządzenie). S.i.w.z. w niniejszej sprawie została opublikowana w dniu 29 października 2020 roku i od tego dnia odwołujący miał możliwość zapoznania się z jej treścią i przyjętymi oznaczeniami poszczególnych jednostek redakcyjnych. Jeżeli miał jakiegokolwiek wątpliwości co do treści s.i.w.z., mógł zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienia w tym zakresie.

Izba stwierdziła, że w istocie, zamawiający w załączniku nr 1 do projektów umów wskazał na ust. 1, nie precyzując, o jaki dokument chodzi. Oczywiście jest zatem, że chodzi o ten dokument, w którym zawarty jest ten zapis (argumentacja *a contrario* z § 158 ust. 1 rozporządzenia). Jednocześnie Izba podziela argumentację zamawiającego wskazaną w odpowiedzi na odwołanie odwołującą się do treści § 57 ust. 2 rozporządzenia, zgodnie z którą ustęp oznacza się cyframi arabskimi z kropką bez nawiasu, z zachowaniem ciągłości numeracji w obrębie danego artykułu, a przy powoływaniu - skrótem „ust.” bez względu na liczbę i przypadek oraz cyframi arabskimi bez kropki. Izba wskazuje, że załącznik nr 1 zawiera trzynastę jednostek redakcyjnych oznaczonych cyfrą arabską z kropką. W ocenie Izby oczywistym jest, iż są to ustępy w rozumieniu wskazanego wyżej przepisu rozporządzenia. Tym samym odesłanie w poszczególnych ustępach do innych ustępów zawartych w tym samym dokumencie nie powinno budzić wątpliwości.

W ocenie Izby w rozpoznawanym przypadku nie mamy do czynienia z niejednoznacznością s.i.w.z. ani z jej wewnętrzną sprzecznością. Orzeczenia Izby wskazane przez odwołującego w treści odwołania nie są zatem adekwatne do ustalonego stanu rzeczy. W ocenie Izby zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego z powodu niezgodności jej treści z treścią s.i.w.z. Podkreślić należy, że s.i.w.z. od momentu jej udostępnienia jest wiążąca zarówno dla zamawiającego, jak i dla wykonawcy. Faktem jest, iż dokumenty w sprawie udzielenia publicznego są nierzadko obszerne i skomplikowane, niemniej jednak stanowią jedną całość i wykonawca nie może usprawiedliwiać nieznamości jej treści brakiem przejrzystości, jeżeli w istocie takie nie miało miejsca. Tylko niejednoznaczność postanowień s.i.w.z. powinna być rozstrzygana na korzyść wykonawcy, a z takie okoliczności w rozpoznawanej sprawie nie wystąpiły.

Tym samym zamawiający zasadnie przyjął, iż w zakresie części 5 i 8 zamówienia odwołujący nie będzie w stanie wykonać usługi zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, z uwagi na zbyt niewłaściwy (zbyt krótki) czas pracy osób jaki przewidział w swojej ofercie. Czynność odrzucenia oferty odwołującego była zatem prawidłowa.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego z uwagi na nieprzedłożenie rachunku, co jest warunkiem przyznania tychże kosztów zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....