Sygn. akt: KIO 99/20

WYROK

z dnia 30 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2020 r. przez R. S. i K. S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą TRONIX s.c. R. S., K. S. z siedzibą w Warszawie przy ul. Jana Olbrachta 58a/173 (01-111 Warszawa) w postępowaniu, w którym zamawiającym jest Miasto Stołeczne Warszawa z siedzibą przy Placu Bankowym 3/5 (00-950 Warszawa) w imieniu, którego działa Zarząd Zieleni m. st. Warszawy z siedzibą przy ul. Hożej 13a (00-528 Warszawa)

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża R. S. i K. S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą TRONIX s.c. R. S., K. S. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od R. S. i K. S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej

pod nazwą TRONIX s.c. R. S., K. S. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego - Miasta Stołecznego Warszawy w imieniu, którego działa Zarząd Zieleni m. st. Warszawy kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 99/20

U z a s a d n i e n i e

Miasto Stołeczne Warszawa w imieniu, którego działa Zarząd Zieleni m. st. Warszawy zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp”, pn.: Świadczenie usług polegających na czynnościach serwisowych, niezbędnych do utrzymania w należytym stanie sanitarnym i technicznym toalet miejskich zlokalizowanych na terenie m.st. Warszawy w 2020 r (numer sprawy: 151/PN/2019), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 grudnia 2019 r., pod numerem 2019/S 233- 571825.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 20 stycznia 2020 r. R. S. i K. S. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą TRONIX s.c. R. S., K. S. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej: „odwołującym”) wnieśli odwołanie wobec zaniechania przez zamawiającego unieważnienia postępowania, a w konsekwencji czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy - M. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: M. D. Firma Usługowa M.A.D. Service (zwanego dalej: „M.A.D. Service”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób godzący w zasadę równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji;

2) art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

3) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 2 pkt 5 Pzp przez przeprowadzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego;

4) art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2) Pzp oraz w zw. z § 6 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może. żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - przez ich niezastosowanie przez zamawiającego i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty M.A.D. Service pomimo, że wykonawca ten nie przedstawił referencji spełniających wymogi wskazane przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”).

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

- unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w całości;

względnie w przypadku braku podstaw do unieważnienia postępowania:

- przeprowadzenie ponownego badania ofert przy jednoczesnym odrzuceniu oferty złożonej przez M.A.D. Service, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp;

- dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ przysługuje mu legitymacja do wniesienia odwołania, gdyż zgodnie z treścią przepisu art. 179 ust. 1 Pzp ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego Pzp. Odwołujący wyjaśnił, że jego interes w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez zamawiającego w postępowaniu, gdyż zamawiający naruszając przepisy Pzp niesłusznie zaniechał unieważnienia postępowania pomimo, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji - w ocenie odwołującego - zamawiający niesłusznie dokonał wyboru oferty złożonej przez M.A.D Service jako najkorzystniejszej. W przypadku uwzględniania odwołania zamawiający byłby zmuszony przeprowadzić kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym

odwołujący mógłby ubiegać się o jego udzielenie. Ponadto odwołujący stwierdził, że ewentualnie w przypadku uznania przez Izbę, iż brak jest przesłanek do unieważnienia postępowania w całości, odwołujący wskazał, iż wskutek czynności zamawiającego utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz osiągnięcie zysku, który zamierzał osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia. Zdaniem odwołującego, jego oferta - poza ofertą M.A.D Service-w przypadku uwzględnienia odwołania, zostanie ofertą najkorzystniejszą w świetle kryterium oceny ofert w postępowaniu.

W uzasadnieniu do postawionych zarzutów odwołujący wskazał, że w jego ocenie rozstrzygnięcie zamawiającego o wyborze oferty M.A.D. Service, zostało dokonane z rażącym naruszeniem przepisów Pzp. W szczególności wskazał na zaniechania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo że

postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z SIWZ oraz wzorem umowy o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ, zamawiający przewidział możliwość rozszerzenia zamówienia, przy wykorzystaniu prawa. I tak zgodnie z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prawo opcji zostało opisane m.in. w Rozdziale III, pkt 3 SIWZ oraz we wzorze umowy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że co istotne, we wzorze formularza ofertowego (załącznik nr 6 do SIWZ), zamawiający wymagał podania wyłącznie ceny za zamówienie podstawowe, jak poniżej:

CENA JEDNOSTKOWA BRUTTO MIESIĆCZNEJ OBSŁUGI	ILOŚĆ TOALET	ILOŚĆ MIESIĘCY	SUMA (cena jednostkowa miesięcznej obsługi x ilość toalet x ilość miesięcy)
	23	12	

Przy czym - jak zauważył odwołujący - w żadnym; miejscu formularza ofertowego zamawiający nie odniósł się do prawa opcji zlecenia dodatkowych usług. W szczególności zamawiający nie przewidział w formularzu ofertowym miejsca na podanie ceny za prawo

opcji.

Następnie odwołujący wskazał, że pomimo, tego iż oferty wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie zawierały oświadczeń w przedmiocie prawa opcji, zamawiający w trakcie czynności związanych z oceną i badaniem ofert, dokonywał czynności tak jakby oświadczenia te zostały złożone. Zamawiający dał temu pośrednio wyraz z piśmie z dnia 7 stycznia 2020 r. dotyczącym unieważnienia czynności wyboru oferty z dnia 23 grudnia 2019 r. W uzasadnieniu ww. pisma zamawiający podniósł, że w toku badania ofert zamawiający powinien był uwzględnić cenę całkowitą, tj. cenę zamówienia podstawowego oraz prawa opcji i taką kwotę porównać do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Powołał się jednocześnie przy tym na wyrok KIO 1920/18.

Zdziwienie odwołującego wzbudził fakt powoływania się przez zamawiającego na wartość prawa opcji, w sytuacji gdy żaden z wykonawców nie złożył w tym przedmiocie wiążącego oświadczenia woli. W ocenie odwołującego, w niniejszej sytuacji doszło w rzeczywistości do arbitralnych czynności zamawiającego, niemających umocowania w oświadczeniach wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Trudno bowiem inaczej oceniać czynności zamawiającego, w postaci samodzielnego

wyliczania prawa opcji dla poszczególnych wykonawców, sumowania tych wartości z ofertami podstawowymi i dalej oceniania czy w postępowaniu mamy do czynienia z rażąco niską ceną, zaoferowaną przez któregoś z wykonawców.

Na marginesie odwołujący poniósł, że przywołane powyżej orzeczenie, nie stanowiło uzasadnienia dla czynności podejmowanych przez zamawiającego. W sprawie, na kanwie której zapadł powyższy wyrok, wykonawca składający odwołanie wskazywał na rozbieżności pomiędzy ceną wybraną za prawo opcji a średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert za prawo opcji. W tej sytuacji Krajowa Izba Odwoławcza jasno stwierdziła, że Cena za prawo opcji nie jest z pewnością ceną "całkowitą" za wykonanie przedmiotu zamówienia, o której mowa w powołanym przepisie.

Niezależnie od braku podstaw do samodzielnego wyliczania prawa opcji przez zamawiającego, odwołujący zwrócił uwagę na uchybienia zamawiającego, towarzyszące szacowaniu wartości zamówienia. W tym zakresie powoła się na informacje wynikające z wniosku o wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z zawartych tam szacunków zamawiającego wynika, że na potrzeby szacowania wartości zamówienia, zamawiający przyjął dwie różne kwoty, tj.:

- miesięcznie, na jedną toaletę w ramach zamówienia podstawowego, zamawiający zamierzał przeznaczyć 2 460 zł brutto [(764 000 zł - 212 000 zł) / 12 / 23 x 1,23]

- miesięcznie, na jedną toaletę w ramach prawa opcji, zamawiający zamierzał przeznaczyć 1 552,14 zł brutto [212 000 zł/ 12/ 14 x 1,23].

Z drugiej strony odwołujący zwrócił uwagę na treść § 6 ust. 2 wzoru umowy.

Opierając się na powyższych założeniach, trudno w ocenie odwołującego wytłumaczyć dlaczego zamawiający z jednej strony zamierza się posługiwać podstawową ceną jednostkową podaną przez wykonawcę, z drugiej natomiast, sam w trakcie szacowania wartości zamówienia, nie podaje wartości prawa opcji w wysokości odpowiadającej zamówieniu podstawowemu. Z powyższego wynika, że wartość utrzymania jednej toalety w ramach prawa opcji wynosi 60% wartości usługi utrzymania toalety w zamówieniu podstawowym. Nie wykluczył, że rozbieżności te biorą się z uwagi na czas przez jaki być może zamawiający będzie korzystał z prawa opcji, co jednak stanowiłoby naruszenie art. 34 ust. 5 Pzp, który stanowi że przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Rozbieżność ta pozostaje także w przeciwieństwie do wyliczeń wartości prawa opcji, dokonywanej samodzielnie przez zamawiającego, gdzie zamawiający brał pod uwagę prawdopodobnie okres 12 miesięcy.

Z ostrożności, na wypadek nie podzielania przez Izbę argumentacji w przedmiocie zaniechania unieważnienia postępowania przez zamawiającego, odwołujący zwrócił uwagę na uchybienia M.A.D. Service dotyczące wymogów referencji zakreślonych przez zamawiającego. Zgodnie ze SIWZ zamawiający wymagał referencji potwierdzających, że wykonawca, wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy-w tym okresie, przez okres kolejnych co najmniej 12 miesięcy - prace polegającą na kompleksowej obsłudze technicznej i konserwacji toalet.

W tym miejscu odwołujący wskazał, że zgodnie z przedstawionymi przez M.A.D. Service referencjami M.A.D. Service nie wykazał, że prowadził prace polegające na kompleksowej obsłudze technicznej i konserwacji toalet, lecz w ramach umowy jednej toalety i jednego szaletu miejskiego. W ocenie odwołującego zasadniczą różnicą jest utrzymanie jednej toalety, a konserwacja i kompleksowa obsługa techniczna kilku toalet, albowiem wskazana jak wyżej różnica w zakresie realizacji przedmiotu umowy wymaga od wykonawcy zasadniczo innych umiejętności, wiedzy oraz doświadczenia, w tym logistyki nad realizacją przedmiotu umowy.

Zdaniem odwołującego referencje przedłożone przez M.A.D. Service nie spełniają założeń wskazanych w SIWZ, przez co oferta złożona przez M.A.D. Service winna być odrzucona przez zamawiającego z uwagi na brak spełnienia założeń zakreślonych w SIWZ.

Zamawiający na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 29 stycznia 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W pierwszej kolejności w odpowiedzi na odwołanie podkreślił, że nie zaistniała przesłanka unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Odwołujący - jego zdaniem - uzasadniając zarzut naruszenia ww. przepisu wskazał na dwie rzekome wady postępowania:

- brak zamieszczenia w formularzu ofertowym miejsca na podanie ceny za prawo opcji, a w konsekwencji samodzielne wyliczenie wartości prawa opcji dla poszczególnych wykonawców;

- uchybienie towarzyszące szacowaniu wartości zamówienia.

W ocenie zamawiającego żadna z ww. okoliczności nie stanowiła wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, skutkującej koniecznością unieważnienia postępowania.

Zamawiający nie zaprzeczył, że w formularzu ofertowym nie zamieścił miejsca na podanie ceny za prawo opcji, jednak nie było takiej konieczności z uwagi na charakter prawa opcji,

którym jest zwiększenie krotności toalet, tj. zwiększenie krotności zamówienia podstawowego. W ocenie zamawiającego postanowienie zawarte w treści SIWZ, a dotyczące prawa opcji z rozdziału III pkt 3, jest klarowne i w pełni wyczerpujące.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem odwołującego, że oferty wykonawców „nie zawierały oświadczeń w przedmiocie prawa opcji". Podkreślił przy tym, że z uwagi na przedstawiony w SIWZ charakter prawa opcji, wykonawcy składając oferty w postępowaniu, akceptując treść SIWZ i składając oświadczenia w przedmiocie ceny zamówienia podstawowego, jednocześnie złożyli oświadczenia w przedmiocie ceny prawa opcji. Nie sposób przyjąć innej interpretacji, skoro ceny jednostkowe zamówienia podstawowego i prawa opcji były identyczne (jak wprost wskazał zamawiający w SIWZ), a różniły się jedynie ilością toalet, w których miały być świadczone usługi. Umieszczenie rubryki w formularzu ofertowym na podanie przez wykonawców ceny za prawo opcji było zbędne, gdyż w zakresie prawa opcji wykonawcy nie mieli żadnego pola manewru i musieli wpisać dokładnie taką cenę, jaka zostałaby wyliczona w oparciu o podaną cenę zamówienia podstawowego. Zamawiający wskazał, że nie dopuścił się tym samym w omawianej kwestii żadnego uchybienia.

Niezależnie od powyższego zamawiający wyjaśnił, że odwołujący nie zarzucił mu w omawianej kwestii braku realnej możliwości obliczenia wartości prawa opcji czy też nieprawidłowe obliczenie wartości prawa opcji dla poszczególnych wykonawców, ale w istocie jedynie brak odpowiedniej rubryki w formularzu ofertowym. Tym samym omawiany zarzut wykonawcy dotyczy de facto treści SIWZ, a zarzut taki należy uznać za spóźniony. Jednocześnie zamawiający wspomniał, iż trzeci rok z rzędu przeprowadza postępowanie na świadczenie usług polegających na czynnościach serwisowych, niezbędnych do utrzymania w należytym stanie sanitarnym i technicznym toalet miejskich zlokalizowanych na terenie m.st. Warszawy zawierające prawo opcji. Wszystkie zawierały analogiczne zapisy dotyczące prawa opcji. Odwołujący we wszystkich postępowaniach składał ofertę nie informując nigdy zamawiającego o nieprecyzyjnym zapisie dotyczącym prawa opcji. W latach 2018-2019 odwołujący wykonywał dla niego powyższe zadanie, a co za tym idzie znany jest mu przedmiotowy mechanizm działania prawa opcji.

Odnosząc się do zarzucanego przez odwołującego uchybienia towarzyszącego szacowaniu wartości zamówienia, zamawiający przyznał, że dopuścił się błędu rachunkowego przy obliczaniu wartości szacunkowej zamówienia, którego skutkiem była zaniżona wartość szacunkowa zamówienia. Okoliczność ta nie stanowiła jednak w jego ocenie wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, skutkującej koniecznością unieważnienia postępowania. Zgodnie z poglądem ugruntowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, ustalenie wartości szacunkowej zamówienia ma przede wszystkim na celu dokonanie wyboru co do właściwego sposobu postępowania przez zamawiającego, tj. pozwala na określenie, czy procedura objęta jest reżimem Pzp, czy też należy prowadzić ją w oparciu o regulacje krajowe czy też przekracza ona tzw. progi unijne. Zamawiający zwrócił uwagę, że orzecznictwo Izby jest również zgodne co do tego, że kwota przeznaczona na realizację zamówienia nie musi pokrywać się z wartością szacunkowa zamówienia. Co więcej, możliwe jest zabezpieczenie w budżecie zamawiającego środków na poziomie nawet znacznie odbiegającym od kwoty, jaką zamawiający ustalił, szacując wartość zamówienia. Izba we wcześniejszych orzeczeniach podkreślała, że ustalenie wartości szacunkowej zamówienia na danym poziomie nie powoduje po stronie zamawiającego obowiązku dopasowania czy też ustalenia kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na takim samym poziomie. Zamawiający stanowczo podkreślił, że jego błąd rachunkowy nie ma żadnego wpływu na przebieg i wynik postępowania, gdyż postępowanie prowadzone było w oparciu o procedurę przekraczającą tzw. progi unijne. Prawidłowe oszacowanie wartości zamówienia nie spowodowałoby zmiany co do obowiązku zastosowania innej, bardziej sformalizowanej procedury udzielenia zamówienia publicznego. Ponadto kwota przeznaczona na realizację zamówienia przewidziana w postępowaniu jest wyższa od kwot zawartych w ofertach wykonawców. Tym samym nie zmaterializowała się żadna z wymienionych w art. 93 Pzp przesłanek unieważnienia postępowania.

Odnosząc się do zarzutu błędnej oceny referencji wykonawcy M.A.D. Service, zamawiający stanął na stanowisku, iż powyższy zarzut jest chybiony.

Zamawiający zwrócił uwagę, że pismem z dnia 8 stycznia 2020 r. wezwał wykonawcę M.A.D. Service do wyjaśnienia złożonych dokumentów. Wspomniany powyżej wykonawca w dniu 8 stycznia 2020 r. złożył wyjaśnienia przekazując zamawiającemu umowę zawartą pomiędzy M.A.D. Service a Przedsiębiorstwem „Nieruchomości Puławskie" wraz z protokołem zdawczoodbiorczym. Z ww. dokumentów jasno wynikało, że w ramach umowy, na podstawie której wystawiono wykonawcy referencje, wykonawca M.A.D. Service obsługiwał jeden szalet, w którym znajdowało się kilka toalet. Tym samym musiał uznać, że wspomniany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający wspomniał, że taki sam zapis dotyczący warunków udziału w postępowaniu oraz podstaw wykluczenia w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej stosował w postępowaniach w ubiegłych latach. Odwołujący w roku 2018 wykazał się doświadczeniem w zakresie serwisu technicznego oraz prac konserwacyjnych instalacji, urządzeń i automatyki

zamontowanych w budynku galerii i na terenie Skweru Hoovera przy ul. Krakowskie

Przedmieście 60A w Warszawie. Jest to analogiczne doświadczenie jakim wykazał się wykonawca M.A.D. Service, tj. obsługa jednego szaletu, w którym znajdowało się kilka toalet.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na płycie DVD, nadesłanej do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 23 stycznia 2020 r., w tym w szczególności z treści:

- wniosku o wszczęcie postępowania z dnia 5 listopada 2019 r.;
- SIWZ wraz z załącznikami;
- oferty odwołującego;
- oferty wykonawcy M.A.D. Service;
- informacji z otwarcia ofert z dnia 16 grudnia 2019 r.;
- pisma zamawiającego z dnia 17 grudnia 2019 r. skierowanego do wykonawcy M.A.D. Service w sprawie złożenia wyjaśnień w trybie art. 90a ust. 1 Pzp;
- wykazu usług złożonego 19 grudnia 2019 r. przez wykonawcę M.A.D. Service na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wraz z referencjami na potwierdzenie wykonania tych usług;
- informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23 grudnia 2019 r.;
- informacji o unieważnieniu i powtórzeniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz powtórzeniu czynności badania i oceny ofert z dnia 7 stycznia 2020 r.;
- pisma zamawiającego z dnia 7 stycznia 2020 r. skierowanego do wykonawcy M.A.D. Service w sprawie wycofania pisma z dnia 17 grudnia 2019 r;
- pisma zamawiającego z dnia 8 stycznia 2020 r. skierowanego do wykonawcy M.A.D. Service w sprawie złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp;
- pisma z dnia 8 stycznia 2020 r. wraz z załącznikami, stanowiącego odpowiedź na ww. pismo zamawiającego;
- informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 9 stycznia 2020 r.

Tym samym Izba stwierdziła, że zebrany w sprawie materiał dowodowy pozwoli jej na

merytoryczne rozpoznanie przedmiotowej sprawy.

Izba ustaliła co następuje

Z wniosku o wszczęcie postępowania z dnia 5 listopada 2019 r. wynika, że zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia na kwotę 823 463,41 zł, w tym wartość aktualnego zamówienia - 764 000,00 zł oraz wartość zamówienia w ramach prawa opcji - 212 000,00 zł. We wniosku została też zawarta informacja dotycząca kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia i została ona ustalona na kwotę 939 720,00 zł (brutto).

W rozdziale III pkt 3 SIWZ dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia zamawiający określił postanowienia dotyczące prawa opcji. Treść tego punktu była następująca:

3. Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania w postępowaniu z prawa opcji, zgodnie z którym Zamawiający może zlecić Wykonawcy za dodatkowym wynagrodzeniem:

> a) usługi polegające na czynnościach serwisowych, niezbędnych do utrzymania w należytym stanie sanitarnym i technicznym toalet miejskich zlokalizowanych na terenie m.st. Warszawy - załącznik nr 3 do SIWZ - pozycje 24-37- (prawo opcji).

Cena jednostkowa miesięcznej obsługi dodatkowych toalet w ramach prawa opcji będzie taka sama, jak cena jednostkowa podana w formularzu ofertowym dla toalet objętych zamówieniem podstawowym, o których mowa w pkt 1 powyżej. Wszystkie wymagania zawarte w załączniku nr 1 do SIWZ („Opis przedmiotu zamówienia"), w załączniku nr 2 do SIWZ („Standardy bieżącej konserwacji i serwisowania toalet") dotyczą także usługi w ramach prawa opcji.

Szczegółowe zasady skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji określa wzór umowy stanowiący załącznik nr 7 do SIWZ.

Zgodnie z § 6 ust. 2 załącznika nr 7 do SIWZ tj. wzoru umowy - W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, o którym mowa w § 1 ust. 3 Umowy wynagrodzenie Wykonawcy zostanie ustalone w oparciu o cenę jednostkową podaną w formularzu ofertowym pomnożoną przez ilość toalet zleconych do serwisowania w ramach prawa opcji, zgodnie z regułami rozliczeń określonymi w ust. 3-6 poniżej.

Szczegóły realizacji zamówienia w ramach prawa opcji zostały opisane w § 11 wzoru umowy.

W formularzu ofertowym zamawiający nie zamieścił miejsca na podanie ceny za prawo opcji. W rozdziale V pkt 1.1.2 SIWZ zamawiający ustalił treść warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w następujący sposób - Zamawiający uzna warunek za spełniony gdy Wykonawca wykaże, że wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przez okres kolejnych co najmniej 12 miesięcy - prace polegającą na kompleksowej obsłudze technicznej i konserwacji toalet.

Pismem z dnia 17 grudnia 2019 r. zamawiający wezwał zarówno M.A.D. Service jak i odwołującego do złożenia wyjaśnienia ceny podanej w formularzu ofertowym.

Wykonawca M.A.D. Service w dniu 19 grudnia 2019 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożył wykaz usług na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w

postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wraz z referencjami. W wykazie usług zostały wskazane:

- usługa utrzymania i prowadzenia toalety publicznej, realizowana od 1 maja 2016 r. do 30 kwietnia 2017 na rzecz przedsiębiorstwa Nieruchomości Puławskie Sp. z o.o.;

- usługa utrzymania szaletu miejskiego, realizowana od 1 stycznia 2016 r. do 31 grudnia 2016 r. na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Puławach .

W dniu 23 grudnia 2019 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy M.A.D. Service. Pismem z dnia 7 stycznia 2020 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu i powtórzeniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz powtórzeniu czynności badania i oceny ofert. W uzasadnieniu dla tej czynności zamawiający wskazał, że

- W związku z faktem, iż w toku badania ofert Zamawiający powinien był uwzględnić cenę całkowitą tj. cenę zamówienia podstawowego oraz prawo opcji i taką kwotę porównać do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, Zamawiający zdecydował się na unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz na powtórzenie czynności badania i oceny ofert otrzymanych w postępowaniu. Powyższe ma potwierdzenie w wyroku KIO 1920/18 z dnia 09.10.2018. Kolejnym pismem z dnia 7 stycznia 2020 r., zamawiający przekazał M.A.D. Service informację, iż wycofuje skierowane pismo znak ZZW/271/2019/M5P/83 z dnia 17 grudnia 2019 r., tj. pismo którym zamawiający wezwał M.A.D. Service do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny. W tym samym dniu pismo o tożsamej treści zostało przesłane do odwołującego.

Pismem z dnia 8 stycznia 2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę M.A.D. Service do wyjaśnienia złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Ww. wykonawca w dniu 8

stycznia 2020 r. złożył wyjaśnienia przekazując zamawiającemu m. in. umowę zawartą pomiędzy M.A.D. Service a Przedsiębiorstwem „Nieruchomości Puławskie" wraz z protokołem zdawczo-odbiorczym. Z ww. dokumentów wynikało, że w ramach umowy, na podstawie której wystawiono wykonawcy referencje, wykonawca M.A.D. Service obsługiwał pomieszczenie, w którym znajdowało się kilka toalet (z protokołu zdawczo-odbiorczego wynika, że na instalacje wodno-kanalizacyjną składało się m. in. 9 misek ustępowych, 9 desek sedesowych i 9 dolnopłuków).

W dniu 9 stycznia 2020 r. zamawiający dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana ponownie oferta wykonawcy M.A.D. Service.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 7 ust. 1 Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;

- art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp - Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

- art. 7 ust. 3 Pzp - Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;

- art. 91 ust. 1 Pzp - Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów

oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

- art. 2 pkt 5 Pzp - Ilekroć w ustawie jest mowa o najkorzystniejszej ofercie - należy przez to rozumieć ofertę:

a) która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo

b) z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt;

- art. 26 ust. 3 Pzp - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania;

- art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp - W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego;

- § 6 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może. żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać:

1) w przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy - dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 9-11, a także innych dokumentów, dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie Izby jako punkt wyjścia w przedmiotowej sprawie należy przyjąć, że co do zasady unieważnienie postępowania winno być traktowane jako sytuacja wyjątkowa. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma bowiem na celu przede wszystkim doprowadzenie do zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Decyzja o unieważnieniu skutkuje tym, że ustaje toczące się postępowanie i nie może dojść do wyboru najkorzystniejszej oferty z wykonawcą, z którym miałaby zostać podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Jak słusznie wskazano w wyroku z 13 stycznia 2012 r. o sygn. akt KIO 2808/11 Z art. 93 ustawy wynika, iż zamawiający jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregokolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w powołanym przepisie ustawy. Oznacza to, że działanie zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiejkolwiek uznaniowości. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej i celowościowej, a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na zamawiającym

Przesłanka określona w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. występuje w sytuacji, gdy postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia umowy. Stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania nie tylko musi być niemożliwa do usunięcia, lecz także wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik.

Przekładając powyższe rozważania na okoliczności przedmiotowej sprawy Izba uznała, że zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie ww. przepisu. W ocenie Izby decydujące znaczenie na rozpoznanie przedmiotowej sprawy miały postanowienia cytowanego powyżej rozdziału III pkt 3 SIWZ, które znalazły swoje odzwierciedlenie we wzorze umowy (§ 6 ust. 2). Postanowienia te były jasne, niebudzące wątpliwości oraz niesprzeczne ze sobą. Pośrednio potwierdza to także okoliczność niezadawania pytań w zakresie tych postanowień przez potencjalnych wykonawców przed upływem terminu na składanie ofert.

W związku z tym Izba nie zgodziła się z twierdzeniem odwołującego, iż oferty wykonawców nie zawierały oświadczeń w przedmiocie prawa opcji. Izba przyjęła za własną argumentację zamawiającego stwierdzającą, że z uwagi na przedstawiony w SIWZ charakter prawa opcji, wykonawcy składając oferty w postępowaniu, akceptując treść SIWZ i składając oświadczenia w przedmiocie ceny zamówienia podstawowego, jednocześnie złożyli oświadczenia w przedmiocie ceny prawa opcji. Nie sposób przyjąć innej interpretacji, skoro ceny jednostkowe zamówienia podstawowego i prawa opcji były identyczne (jak wprost wskazał zamawiający w SIWZ), a różniły się jedynie ilością toalet, w których miały być świadczone usługi. Umieszczenie rubryki w formularzu ofertowym na podanie przez wykonawców ceny za prawo opcji było zbędne, gdyż w zakresie prawa opcji wykonawcy nie mieli żadnego pola manewru i musieliby wpisać dokładnie taką cenę, jaka zostałaby wyliczona w oparciu o podaną cenę zamówienia podstawowego.

Zamawiający nie zaprzeczył, że w formularzu ofertowym nie zamieścił miejsca na podanie ceny za prawo opcji, jednak mając na uwadze powyższe nie było takiej konieczności z uwagi na charakter prawa opcji, którym było zwiększenie krotności toalet, za tę sama cenę. Cena podana w formularzu ofertowym miała znaczenie decydujące zarówno dla części podstawowej zamówienia jak i dla tej części objętej prawem opcji i znając ją, zamawiający zdaniem Izby był w stanie przeprowadzić badanie i ocenę ofert w postępowaniu.

Tym samym Izba stanęła na stanowisku, że zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp należy oddalić.

Jeśli chodzi o zarzut podniesiony w pkt 4 odwołania w pierwszej kolejność należy zwrócić uwagę na treść warunku udziału w postępowaniu, podanego przez zamawiającego w rozdziale V pkt 1.1.2 SIWZ. Warunek ten odnosił się do doświadczenia w wykonywaniu prac polegających na kompleksowej obsłudze technicznej i konserwacji toalet. Zamawiający nie doprecyzował czy prace te miały być realizowane na podstawie jednej lub kilku umów, czy też jednej lub kilku usług. Ponadto zamawiający w dokumentacji nie wyjaśnił oraz nie

podał swojego stanowisko na temat interpretacji czy określenia dla sformułowania - toalety. Sformułowanie to zostało co prawda podane w liczbie mnogiej, ale zamawiający nie przesądził czy toalety na potrzeby postępowania to wielostanowiskowe pomieszczenia sanitarne w jednej lokalizacji czy też pomieszczenia w różnych lokalizacjach (pod różnymi adresami).

Izba ustaliła, że wykonawca M.A.D. Service podał w wykazie dwie usługi na spełnienie ww. warunku wraz z referencjami. Mając na uwadze treść warunku udziału w postępowaniu już te dwie podane przez ww. wykonawcę usługi potwierdzały doświadczenie w wykonywaniu prac dotyczących toalet, ponieważ te usługi dotyczył dwóch toalet.

Ponadto zamawiający pismem z dnia 8 stycznia 2020 r. wezwał wykonawcę M.A.D. Service do wyjaśnienia złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wyjaśnienia odnosiły się do tego czy przedstawione przez wykonawcę M.A.D. Service usługi dotyczyły prac polegających na kompleksowej obsłudze technicznej i konserwacji tylko jednej toalety tj. jednoosobowego pomieszczenia sanitarnego. Ww. wykonawca w dniu 8 stycznia 2020 r. złożył wyjaśnienia przekazując zamawiającemu m. in. umowę zawartą pomiędzy M.A.D. Service a Przedsiębiorstwem „Nieruchomości Puławskie" Sp. z o.o. wraz z protokołem zdawczo-odbiorczym. Z ww. dokumentów wynikało, że w ramach umowy, na podstawie której wystawiono wykonawcy referencje, wykonawca M.A.D. Service obsługiwał pomieszczenie, w którym znajdowało się kilka toalet.

W związku z powyższym, mając przede wszystkim na uwadze treść postawionego warunku, Izba uznała, że zamawiający słusznie stwierdził, iż wykonawca M.A.D. Service spełnił przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu, zatem zarzut podniesiony w pkt 4 petitum odwołania należało oddalić.

W konsekwencji oddalenia powyżej wskazanych zarzutów, nie mogły znaleźć potwierdzenia zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 2 pkt 5 Pzp. W stanie przedmiotowej sprawy Izba uznała, że zamawiający nie naruszył zasad systemu zamówień publicznych oraz dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak

w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast wobec braku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp, zatem odwołanie zostało przez Izbę oddalone.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj.

stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: .....