Sygn. akt: KIO 1642/16

WYROK
z dnia 22 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **CLAR SYSTEM S.A., ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań** oraz **HOSPITAL SYSTEM Spółka z o.o., ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Szpital Powiatowy we Wrześni Spółka z o.o., ul. Słowackiego 2, 62-300 Września** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usługi w zakresie kompleksowego utrzymania czystości i transportu wewnętrznego w Szpitalu powiatowym we Wrześni Spółka z o.o." (postępowanie znak S.A.-381-15/16)

przy udziale wykonawcy **Impel Cleaning Spółka z o.o., ul.** Ślężna **118, 53-111 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

---

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - Szpitalowi Powiatowemu we Wrześni Spółka z o.o. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie powtórnie oceny i badania ofert z uwzględnieniem wykładni postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dokonanej przez Izbę w uzasadnieniu orzeczenia, jak również nakazuje powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W pozostałym zakresie oddala zarzuty zawarte w odwołaniu.

2. kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **Szpital Powiatowy we Wrześni Spółka z o.o., ul. Słowackiego 2, 62-300 Września** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **CLAR SYSTEM S.A., ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań** oraz **HOSPITAL SYSTEM Spółka z o.o., ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,
2) zasądza od Zamawiającego - **Szpital Powiatowy we Wrześni Spółka z o.o., ul. Słowackiego 2, 62-300 Września** na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **CLAR SYSTEM S.A., ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań** oraz **HOSPITAL SYSTEM Spółka z o.o., ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań** kwotę w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa procesowego.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu.**

Przewodniczący:

……

Uzasadnienie
wyroku z dnia 22 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1642/16

Zamawiający – Szpital Powiatowy we Wrześni Spółka z o.o., ul. Słowackiego 2, 62-300 Września prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego pn. : „Świadczenie usługi w zakresie kompleksowego utrzymania czystości i transportu wewnętrznego w Szpitalu powiatowym we Wrześni Spółka z o.o." (postępowanie znak S.A.-381-15/16).

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 07.07.2016 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE;

W dniu 12.07.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 132 - 238405.

W dniu 26.08.2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Impel Cleaning zdobywając łącznie 99,48 pkt (w kryterium cena 94,48 pkt, w kryterium rozwiązanie techniczne 5 pkt). Oferta złożona przez Odwołującego uplasowała się na drugiej pozycji zdobywając łącznie 95 pkt (w ramach kryterium cena 95 pkt, w ramach kryterium rozwiązanie techniczne 0 pkt).

Na powyższą czynność i zaniechania odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. Clar System S.A. i Hospital System Sp. z o.o. mocą udzielonego mi pełnomocnictwa, którego oryginał załączam, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej zwanej „ustawą PZP") zarzucając Zamawiającemu:
1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy PZP oraz art. 14 ustawy PZP w zw. z 65 § 1 k.c. w zw. z pkt XVIII ppkt 2.3. SIWZ w zw. z pkt 1 preambuły i art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (zwanej dalej: „Dyrektywą") poprzez:

a) wadliwe dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Impel Cleaning Sp. z o.o.,
b) wadliwe dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego w ramach kryterium b „rozwiązanie techniczne", co skutkowało przyznaniem 0 punktów w ramach tego kryterium, podczas gdy Odwołujący powinien uzyskać 5 punktów w ramach oceny tego kryterium oraz doprowadziło do naruszenia wymogu postępowania przez Zamawiającego w sposób przejrzysty, proporcjonalny oraz z zachowaniem poszanowania zasady równego traktowania oraz pewności prawa;
2. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP poprzez przygotowanie oraz przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowana uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł o:
1. uwzględnienie odwołania i uchylenie skutków prawnych zaskarżonych czynności poprzez unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz poprzedzającej ją czynności badania i oceny ofert,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert z uwzględnieniem okoliczności, że wykonawcy dla oceny oferty w ramach kryterium b „rozwiązanie techniczne" nie mieli obowiązku składać wraz z ofertą osobnego dokumentu w postaci harmonogramu pracy maszyny myjąco zbierającej uwzględniającego częstotliwość określoną w załączniku nr 1 do SIWZ, a jedynym dokumentem jaki wykonawcy powinni złożyć by umożliwić Zamawiającemu dokonanie oceny ofert w ramach kryterium b „rozwiązanie techniczne" jest oświadczenie wykonawcy potwierdzające posiadanie przez niego maszyny myjąco zbierającej wraz z harmonogramem albo oświadczenie w przedmiocie

nie posiadania takiej maszyny, składane na formularzu ofertowym;
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym także kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy Izby oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł.

Odwołujący wskazał następnie, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, bowiem jego oferta jest ofertą prawidłową i ważną w niniejszym postępowaniu. Oferta Odwołującego jest drugą ofertą w rankingu najkorzystniejszych ofert. Gdyby zaś nie dopuszczenie się przez Zamawiającego uchybienia podczas oceny oferty Odwołującego się w ramach kryterium b „rozwiązanie techniczne", oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą. Wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia przepisów prawa, w ocenie Odwołującego, spowodowały więc u niego szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

W ramach uzasadnienia Odwołujący podniósł, że Zamawiający w dniu 26.08.2016 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. przesyłając zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty do wykonawców faxem. Oferta Odwołującego w ramach kryterium b „rozwiązanie techniczne" uzyskała 0 pkt pomimo, że jak wskazał Odwołujący złożył on, zgodnie z SIWZ, oświadczenie w przedmiocie posiadania maszyny myjąco zbierającą do bieżącego/codziennego utrzymania czystości w ciągach komunikacyjnych oddziału/szpitala wraz z harmonogramem jej pracy uwzględniającym częstotliwość określoną w Załączniku nr 1 do SIWZ.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że analizując zgodność z prawem postępowania Zamawiającego w zakresie dokonania oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, stwierdzić należy, że Zamawiający dopuścił się uchybień przepisów ustawy PZP, które miały wpływ na wynik postępowania.

Uzasadniając postawione w petitum niniejszego odwołania zarzuty Odwołujący podniósł w pierwszej kolejności, że w pkt XVIII ppkt 2.2. SIWZ Zamawiający wskazał, że wybór oferty zostanie dokonany w oparciu o przyjęte w niniejszym postępowaniu kryteria oceny ofert:

a) cena oferty - 95 pkt. znaczenia w ocenie
b0 rozwiązanie techniczne - 5 pkt. znaczenia w ocenie
Kryterium określone w pkt a) oceniane będzie w skali 0-95 (95% = 95pkt).
Kryterium określone w pkt b) oceniane będzie w skali 0 lub 5 (5% = 5pkt).

W pkt XVIII ppkt 2.3. Zamawiający wskazał zaś, że:
„2.3. Zastosowane wzory do obliczenia punktowego.
Każdy pakiet oceniany będzie odrębnie.

Dla kryterium a - cena

$$P = \frac{\text{cena najniższa}}{\text{cena badanej oferty}} \times 95$$

Dla kryterium b

$$P = \frac{\text{Wykonawca który nie posiada maszyny}}{\text{Wykonawca który posiada maszynę oraz harmonogram}} \times 5$$

Następnie Odwołujący wskazał, że ocena Kryterium b nastąpi w oparciu o dostarczeniu przez Wykonawcę oświadczenie o posiadaniu maszyny myjąco zbierającej do bieżącego/codziennego utrzymania czystości w ciągach komunikacyjnych oddziału/szpitala wraz z harmonogramem jej pracy uwzględniających częstotliwość określoną w załączniku nr 1

Posiada maszynę myjąco zbierającą wraz z harmonogramem jej pracy 5 pkt
Nie posiada maszyny myjąco zbierającą wraz z harmonogramem jej pracy 0 pkt ”

Zdaniem Odwołującego, jak zatem wynika z powyższego, ocena przez Zamawiającego oferty wykonawców w ramach przedmiotowego kryterium b) następować miała w oparciu o oświadczenie wykonawcy o posiadaniu maszyny myjąco zbierającej do bieżącego/codziennego utrzymania czystości w ciągach komunikacyjnych oddziału/szpitala wraz z harmonogramem jej pracy uwzględniającym częstotliwość określoną w załączniku nr 1.

W jego ocenie oznacza to zatem, że każdy z wykonawców, by jego oferta została przez Zamawiającego oceniana w ramach kryterium b poprzez przyznanie 5 punktów musiał złożyć oświadczenie, którego treścią było posiadanie przedmiotowej maszyny i harmonogramu jej pracy. Wynika to jednoznacznie z językowego brzmienia zarówno: ostatniego akapitu pkt XVIII ppkt 2.3., gdzie Zamawiający wyraźnie wyjaśnia, że przedmiotem oceny jest fakt posiadania albo nie przez wykonawcę maszyny wraz z harmonogramem jej pracy, przedostatniego akapitu pkt XVIII pkt 2.3., gdzie Zamawiający wyraźnie wskazuje, że ocena ta będzie odbywać się na podstawie dostarczonego oświadczenia o posiadaniu albo nie maszyny wraz z harmonogramem.

W ocenie Odwołującego fakt posiadania albo nie maszyny i harmonogramu jej pracy potwierdzany jest przez wykonawców jedynie ich oświadczeniem. Z przedmiotowego postanowienia pkt XVIII pkt 2.3. SIWZ (ani z jakiegokolwiek innego) nie wynika bowiem, by ocena tego kryterium b miała być dokonana w oparciu o dostarczone dwa dokumenty: oświadczenie oraz harmonogram. Zdaniem Odwołującego by takie pojmowanie tego

---

postanowienia SIWZ było uprawnione, przepis ten musiałby brzmieć (po poprawieniu błędów stylistycznych i interpunkcyjnych przedmiotowego postanowienia SIWZ w pierwotnym brzmieniu następująco:
„Ocena Kryterium b nastąpi w oparciu o dostarczone przez Wykonawcę: oświadczenie o posiadaniu maszyny myjąco zbierającej do bieżącego/codziennego utrzymania czystości w ciągach komunikacyjnych oddziału/szpitala wraz oraz harmonogram jej pracy uwzględniający częstotliwość określoną w załączniku nr 1. ”

Jak wskazano w dalszej części uzasadnienia 0 tym, że - obiektywnie rzecz oceniając - sposób interpretacji pkt XVIII SIWZ przez Odwołującego się wykonawcę jest poprawny świadczą dalsze argumenty.

Po pierwsze, we wzorze formularza ofertowego Zamawiający zawarł postanowienie o następującej treści:
„Oświadczam, że posiadam/ nie posiadam* maszynę myjąco zbierającej do bieżącego/codziennego utrzymania czystości w ciągach komunikacyjnych oddzialu/szpitala wraz z harmonogramem jej pracy uwzględniających częstotliwość określoną w załączniku nr 1
* Niepotrzebne skreślić”’

W tym miejscu Odwołujący podniósł, iż należy zadać pytanie o sens i funkcję umieszczania tego zapisu w wzorze formularza ofertowego, który ma być podpisywany przez każdego z wykonawców. Uwzględniając postanowienia SIWZ jedyne racjonalne wytłumaczenie sensu i funkcji, jaką zapis ten ma pełnić we wzorze oferty jest takie, że już li tylko na jego podstawie Zamawiający dokonywać powinien oceny ofert wykonawców w ramach kryterium b „rozwiązanie techniczne”.

Zdaniem Odwołującego składanie dodatkowych, w stosunku do podpisanej oferty, oświadczeń lub dokumentów jest zatem z tego punktu widzenia zbędne. W przeciwnym razie - gdyby uznać, że prócz złożenia poprzez podpisanie oferty na wzorze przygotowanym przez Zamawiającego samego oświadczenia o treści posiadania albo nie maszyny wraz z harmonogramem - wykonawcy mieli składać osobne dokumenty, cytowany wyżej fragment wzoru formularza ofertowego byłby zbędny.

Zamawiający zaś wskazuje w SIWZ, że dokumenty składające się na ofertę „powinny być sporządzone zgodnie z zaleceniami oraz przedstawionymi przez Zamawiającego wzorcami - załącznikami, a szczególności zawierać wszystkie informacje i dane" (pkt XIV ppkt 7 SIWZ).

W ocenie Odwołującego cytowanego wyżej fragmentu wzoru formularza ofertowego nie można zatem uznać za zbędny, a w konsekwencji nie można mu przypisać innego znaczenia aniżeli wyżej wskazane przez Odwołującego.

Kolejnym argumentem, w ocenie Odwołującego, przemawiającym za tym, że stanowisko zajęte przez Odwołującego się w zakresie rozumienia i stosowania pkt XVIII SIWZ jest poprawne stanowi wykładnia systemowa SIWZ i sposób stosowania przez Zamawiającego innych jednostek redakcyjnych SIWZ o analogicznym brzmieniu jak zapisy pkt XVIII SIWZ oraz dotychczasowa praktyka Zamawiającego wynikająca z poprzednich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wskazano w dalszej części uzasadnienia mianowicie, zważyć trzeba, że w pkt IX lit C ppkt 7 SIWZ Zamawiający przyjął, że w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, należy złożyć: *„Oświadczenie Wykonawcy, że posiada/ nie posiada maszyny myjąco-zbierającej wraz z harmonogramem jej pracy.Wymienione w punkcie C dokumenty stanowią integralną część oferty Wykonawcy - brak złożenia któregokolwiek dokumentu skutkować będzie odrzuceniem oferty."*

Z kolei Odwołujący zwrócił uwagę na pkt XVIII pkt 1 SIWZ Zamawiający przyjął, że
„Kryteria oceny ofert - Zamawiający uzna oferty za spełniające wymagania i przyjmie do szczegółowego rozpatrywania, jeżeli:
1.1. oferta, spełnia wymagania określone niniejszą specyfikacją,
1.2. oferta została złożona, w określonym przez Zamawiającego terminie,
1.3. Wykonawca przedstawił ofertę zgodną co do treści z wymaganiami Zamawiającego ".

Innymi słowy, w ocenie Odwołującego, gdyby treść wszystkich postanowień SIWZ interpretować w ten sposób, że wykonawcy mieli obowiązek złożyć dwa dokumenty: oświadczenie o posiadaniu maszyny oraz harmonogram, to wówczas nie spełnienie tego wymogu skutkować winno odrzuceniem ofert wykonawców, którzy tego wymogu nie dopełnili. Oferta tych wykonawców nie powinna być zatem w ogóle oceniana.

Zamawiający zaś nie odrzucił a ocenił ofertę Odwołującego się. Potwierdził zatem w ten sposób wskazywaną powyżej przez Odwołującego się wykładnię pkt XVIII SIWZ. Interpretacja tego zapisu SIWZ (pkt XVIII) musi być przecież spójna z pozostałymi postanowieniami SIWZ i sposobem ich stosowania przez Zamawiającego.

Podsumowując tę część twierdzeń Odwołujący wskazał, że:
a) ocena przez zamawiającego oferty wykonawców w ramach kryterium b „rozwiązanie techniczne" (pkt XVIII SIWZ) opierać się powinna na podstawie oświadczenia złożonego przez wykonawcę w formularzu ofertowym;
b) ocena przez zamawiającego czy oferowane przez wykonawców świadczenie odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego (pkt IX lit C SIWZ) opierać się powinna na podstawie następującego jednego dokumentu załączonego do oferty: oświadczenia wykonawcy w przedmiocie posiadania/ nie posiadania maszyny myjąco/zbierającej wraz z harmonogramem jej pracy. W pkt IX lit C ppkt 7 SIWZ Zamawiający wyraźnie bowiem wskazał, że w tym celu ma być dołączone do oferty osobne, prócz złożonej oferty, oświadczenie. Nie odrzucenie zaś, ani brak wezwania do uzupełniania przedmiotowego dokumentu wykonawcy z pozycji trzeciej listy rankingowej potwierdza, że tak właśnie Zamawiający pojmował i stosował pkt IX lit C pkt 7 SIWZ.

Odwołujący podkreślił również, że w poprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o tym samym przedmiocie (nr referencyjny: S.A.-381-19/15) przedmiotowe postanowienia SIWZ (pkt IX lit. C oraz pkt XVIII oraz wzór formularza ofertowego) były tożsamej treści, co postanowienia SIWZ w niniejszym

postępowaniu. Jest to istotne z tego powodu, że w poprzednim postępowaniu Zamawiający zastosował przedmiotowe postanowienia SIWZ w sposób wskazywany w niniejszym odwołaniu przez Odwołującego się.

W tym miejscu Odwołujący dodatkowo wskazał, że zgodnie z pkt 1 preambuły do Dyrektywy „Udzielanie *zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody* świadczenia *usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości".*

W art. 18 ust. 1 Dyrektywy prawodawca europejski wskazuje z kolei, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

W ocenie Odwołującego mając na uwadze powyższe, tj. treść SIWZ, konstrukcję SIWZ, brak precyzyjności Zamawiającego w formułowaniu jej postanowień oraz sposób stosowania

przez Zamawiającego postanowień specyfikacji przyjętej w niniejszym postępowaniu, jak również mając na względzie fakt tożsamości treściowej SIWZ z poprzedniego postępowania (nr referencyjny: S.A.-381-19/15) i ówczesny sposób interpretacji i zastosowania jej postanowień przez Zamawiającego, przyjąć trzeba, że dokonana przez Zamawiającego ocena oferty Odwołującego (ergo także pozostałych ofert) nie jest z całą pewnością przejawem jego postępowania w sposób przejrzysty.

W dalszej części uzasadnienia wskazano, iż jak bowiem wskazuje TSUE zasada przejrzystości, wypływająca z zasady równości, ma w tym kontekście zasadniczo na celu zapewnienie, by wszystkie zainteresowane podmioty mogły zdecydować się na złożenie oferty w przetargach na podstawie wszystkich istotnych informacji oraz wykluczenie wszelkiego ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Wymaga ona, by wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego były zapisane w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który po pierwsze pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, pozwoli zakreślić ramy uznania instytucji zamawiającej i umożliwi jej faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg" (wyrok z dnia 16.02.2012 r. w sprawach połączonych C-72/10 i C-77/10. Marcello Costa (C-72/10) i Ugo Cifone (C-77/10). www.curia.europa.eu, pkt 73; z 3.12.2007 r. w sprawie C-250/06, United Pan-Europe Communications Belgium SA i inni v. państwo belgijskie, Zb. Orz. 2007, s. 1-11135).

Następnie Odwołujący podniósł, iż w literaturze przedmiotu wskazuje się także, że: *„Trybunał Sprawiedliwości UE podkreśla przy tym, że zasada przejrzystości jest* ściśle *związana z zasadą pewności prawa, która w przypadku zamówień publicznych wymaga, aby zarówno przepisy prawa, jak i zapisy dokumentów zamówienia były jasne i precyzyjne, a ich skutki przewidywalne, zwłaszcza wówczas, gdy pociągają za sobą niekorzystne konsekwencje dla wykonawców* (wyrok TSUE: z 13.12.2007 r. w sprawie C-250/06. United Pan- Europe Communications Belgium SA i inni v. państwo belgijskie, Zb.Orz. 2007, s. 1-11135; z 16.2.2012 r. w sprawach połączonych C-72/10 i C-77/10. Marcello Costa (C-72/10) i Ugo Cifone (C- 77/10). www.curia.europa.eu, pkt 73)" (por. Wojciech Hartung, Michał Bagłaj, Tomasz Michalczyk, Michał Wojciechowski, Jakub Krysa, Katarzyna Kuźma Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz, Legalis, Nb 11).

W ocenie Odwołującego zachowanie i sposób postępowania przez Zamawiającego nie legitymuje się również cechą proporcjonalności, o której mowa w cytowanych wyżej

jednostkach redakcyjnych Dyrektywy. Zważyć bowiem trzeba, że w zakresie samego

harmonogramu pracy maszyny myjąco/zbierającej do bieżącego sprzątania Zamawiający postawił wykonawcom jeden wymóg - by harmonogram ten był zgodny z załącznikiem nr 1 do SIWZ. Zważywszy na treść załącznika nr 1 uprawnione jest twierdzić, że dostosowanie przedmiotowego harmonogramu do treści załącznika nr 1 do SIWZ polega jedynie na prostym podstawieniu danych. Obiektywnie rzecz oceniając, kluczowy dla Zamawiającego był zatem sam fakt posiadania przedmiotowej maszyny przez wykonawcę, a nie umiejętność wykonawcy w zakresie podstawienia do nowej tabeli (harmonogramu) danych z załącznika nr 1. Wzgląd na zasadę proporcjonalności (żądanie jedynie tego co jest niezbędna dla osiągnięcia zakładanego celu) wzmacnia dodatkowo argumentację przedstawioną przez Odwołującego w zakresie poprawnej i zgodnej z przepisami interpretacji pkt XVIII SIWZ.

Jak następnie wskazano w ramach uzasadnienie zasada proporcjonalności jest uznawana bowiem przez Trybunał za jedną z podstawowych zasad prawa UE, która wymaga, by środki wprowadzane w drodze przyjęcia aktów prawa unijnego były właściwe dla osiągnięcia zakładanych celów i nie wykraczały poza to, co jest niezbędne dla ich zrealizowania (por. wyrok TSUE z dnia 10 grudnia 2002 r. w sprawie C-491/01 The Queen v. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco, Rec. 2002, s 1-11453, Briefing No. 3: The guiding principles of public procurement transparency, equal treatment and proportionality, ClientEarth 2011).

W okolicznościach niniejszej sprawy istotne jest także to, że w dniu 28.07.2016 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców do SIWZ. Treść pytania nr 21 i odpowiedź na nie brzmią w następujący sposób:
Pytanie:
Zamawiający wymaga e części IX, pkt.C ppkt. 7 SIWZ oraz formularzu ofertowym (załącznik nr 2) załączenia do oferty oświadczenia, że Wykonawca posiada/nie posiada maszyny zbierającej wraz z harmonogramem jej pracy.
Prosimy o jednoznaczne potwierdzenie, że należy dołączyć do oferty wyłącznie oświadczenie dotyczące posiadania/ nie posiadania przez Wykonawcę maszyny myjąco - zbierającej do bieżącego/ codziennego utrzymania czystości w ciągach komunikacyjnych oddziału/szpitala wraz z harmonogramem jej pracy, a tym samym że harmonogramu prac maszyny czyszcząco-zbierajacej nie należy załączyć do oferty.

Odpowiedź
Zamawiający potwierdza konieczność dostarczenia przez Wykonawcę oświadczenia o posiadaniu maszyny myjąco zbierającej do bieżącego/codziennego utrzymania czystości w

ciągach komunikacyjnych oddziału/szpitala wraz z harmonogramem jej pracy uwzględniających częstotliwość określoną w załączniku nr 1. W przypadku braku maszyny tylko oświadczenie o braku jej posiadania.

Jak w ocenie Odwołującego wynika z powyższego, Zamawiający potwierdził odpowiedź sugerowaną przez pytającego wykonawcę, że należy do oferty dołączyć jedynie oświadczenie. Zamawiający w niniejszym postępowaniu potwierdził tę okoliczność nie tylko poprzez odpowiedz na powyższe pytanie nr 21, ale także poprzez swoje zachowanie, tj. nieodrzucenie żadnej ze złożonych ofert na podstawie pkt IX lit C ppkt 7 SIWZ, podczas gdy - gdyby interpretować ten zapis jako wymóg złożenia dwóch dokumentów: oświadczenia oraz harmonogramu - Zamawiający odrzuciłby oferty dwóch spośród trzech wykonawców. Jak już wspomniano, w poprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu sposób interpretacji i stosowania pkt IX lit C i pkt XVIII SIWZ był taki, jak prezentuje to w niniejszym odwołaniu Odwołujący.

Z ostrożności procesowej, gdyby jednak KIO uznała, że wynik wykładni odpowiedzi na pytanie nr 21 do SIWZ udzielonej przez Zamawiającego dnia 28.07.2016 r. jest odmienna aniżeli wskazuje to Odwołujący - czemu Odwołujący stanowczo zaprzecza - z całą mocą podkreślić należy, że w tym przypadku postanowienia SIWZ i odpowiedz na pytanie nr 21 ocenić należy za niejednoznaczne i budzące wątpliwości interpretacyjne. Formułowanie takich postanowień SIWZ nie znajduje zaś aprobaty KIO, która przyjmuje, że:
a) *„Możliwość interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w różnoraki sposób nie może skutkować negatywnie dla wykonawcy w sytuacji, gdy przychylił*

się on do innej interpretacji aniżeli ta, która odpowiadała intencjom zamawiającego. Aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji niezgodność ta musi dotyczyć jedynie tych zapisów specyfikacji, które są jasne i klarowne, a niezgodność jest oczywista. Wszelkie wątpliwości interpretacyjne postanowień specyfikacji muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Stanowisko to odzwierciedla ugruntowane stanowisko wyrażane wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych" (por. wyrok KIO z dnia 24.06.2010 r., sygn. akt: KIO 1096/10);

b) *„Zamawiający znając treść powyższych dokumentów powinien rzetelnie przygotować dokumentację postępowania i precyzyjnie, w sposób nie budzący wątpliwości wskazać wykonawcom warunki udziału w postępowaniu. Skoro Zamawiający w pkt IX, 1.7) SIWZ zawarł warunek obejmujący również alternatywne dysponowanie co najmniej jedną osobą legitymującą się dyplomem konserwatora dzieł sztuki o specjalizacji konserwatora rzeźby*

polichromowanej, to rozszerzył powyższy warunek (w stosunku do decyzji z dnia 28.05.2009 r., oraz załącznika nr 5 do SIWZ) o rzeźbę polichromowaną. Wykonawca, czytając SIWZ i kierując się jej zapisami mógł stwierdzić, iż spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek udziału. Należy zauważyć, że źródłem *wiedzy dla wykonawców jest SIWZ, nie zaś inne dokumenty wiążące Zamawiającego z podmiotami trzecimi"* (por. wyrok KIO z dnia 19.04.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 463/10);

c) *„Niemożliwy do zaakceptowania jest pogląd,* że *skoro wykonawcy nie składali zapytań o wyjaśnienie niejednoznacznych postanowień SIWZ oraz protestów odnośnie ustalonych warunków udziału, to wiążąca i zgodna z przepisami jest narzucona interpretacja zamawiającego"* (por. wyrok KIO z dnia 08.06.2009 r„ sygn. KIO/UZP 676/09).

d) *„Wszelkie wątpliwości interpretacyjne postanowień specyfikacji muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy"* (por wyrok KIO z 24 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO 1096/10);

e) *„To na zamawiającym spoczywa obowiązek jednoznacznego i jasnego precyzowania postanowień specyfikacji. Fakt,* że *postanowienia te nie czynią zadość tym wymogom, nie mógłby być poczytany na niekorzyść odwołującego i nie mógłby prowadzić do zastosowania sankcji odrzucenia oferty"* (por. wyrok KIO z 29 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 48/09);

f) *„Nie można na niekorzyść wykonawców interpretować postanowień specyfikacji, które mogą budzić wątpliwości, gdyż działają oni w zaufaniu do zamawiającego, na którym ciąży obowiązek jednoznacznego i jasnego sformułowania specyfikacji. Wykonawcy nie mogą być obciążeni negatywnymi skutkami niewystarczającego doprecyzowania przez zamawiającego postanowień specyfikacji"* (por. wyrok KIO z 29 sierpnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 844/08);

g) „W świetle *powyższego, brak jest podstaw do wywodzenia obowiązku przedstawienia przez wykonawców jakichkolwiek dalszych informacji, ponad wskazany wyraźnie w SIWZ zakres. W* świetle *ugruntowanego i jednolitego orzecznictwa KIO, jakiekolwiek niejasności w treści SIWZ tłumaczy się zawsze na korzyść wykonawców"* (por. wyrok KIO z dnia 11.12.2014., sygn. akt KIO 2493/14);

h) z kolei w wyroku z dnia 09.11.2012 r. mając na uwadze stwierdzoną niejasność w postanowieniach SIWZ KIO wskazała, że:
„Jak wynika z dokumentacji postępowania spośród czterech wykonawców, którzy złożyli oferty, jedynie odwołujący złożył dokumenty, o których mowa w wyżej cytowanych zapisach. Podzielając pogląd, że *sprzeczności w postanowieniach siwz i w ich wyniku powstające*

wątpliwości winny być interpretowane na korzyść wykonawcy z zastosowaniem względniejszej wykładni Izba uznaje, zje wykonawcy nie mieli obowiązku składać z oferta tych dokumentów" (por. wyrok KIO z 09.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2332/12).

Także zdaniem Odwołującego z orzecznictwa sądów okręgowych wynika, że z niejasnych lub budzących wątpliwości interpretacyjne postanowień SIWZ nie można wyciągać wobec

wykonawców negatywnych konsekwencji. Tytułem przykładu Sąd Okręgowy w Nowym Sączu w wyroku z dnia 18.03.2015 r., sygn. akt Hl Ca 70/15, wskazał, że: *„Jak już wyżej podano, zapisy w SIWZ powinny być tłumaczone zgodnie z ich literalnym brzmieniem. Przede wszystkim muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny ofert tylko w odniesieniu do postanowień zawartych w SIWZ, a nie do własnych interpretacji czy intencji* (wyrok KIO z 20.02.2009r., KIO/UZP 148/08, wyrok ZA UZP z 31.03.2006r., UZP/ZO/O - 896, LEK Polonica nr 1898040, wyrok KIO z 28.01.2009r., KIO/UZP 67/09, LEX Polonica nr 2058113, Komentarz do ustawy P.z.p. - Stefan Babiarz i inni wyd. LexisNexis Wydanie 2 Wielkie Komentarze str.294 - 295)".

W ocenie Odwołującego zauważyć więc należy, że w powyżej cytowanym judykacie Sąd Okręgowy przyjął, że obowiązek tłumaczenia niejasnych lub nieprecyzyjnych postanowień SIWZ na korzyść wykonawców wynika m.in. z realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Analogiczne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z dnia 26.11.2013 r., sygn. X Ga 237/13, w którego uzasadnieniu wskazano: *„Należy zaś wskazać, że opis przedmiotu zamówienia jest ułomny i wymaga interpretacji. (...) Słusznie wskazała tutaj Izba, że obok przesłanek wymienionych w art. 65 § 1 k.c. zasadniczą przesłankę interpretacyjną omawianego zapisu SIWZ winno być przede wszystkim zachowanie konkurencji. Interpretacja omawianego zapisu, o ile to możliwe, nie powinna więc prowadzić do sytuacji gdy warunki zamówienia spełniał będzie tylko jeden wykonawca".*

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wskazał, że wynik interpretacji przez Zamawiającego pkt XVIII SIWZ w zw. z pozostałymi jego postanowieniami, w tym uwzględniając wzór formularza ofertowego, z całą pewnością nie stanowi realizacji zasady równego traktowania i zasady konkurencji w procesie interpretacji i stosowania specyfikacji przez instytucję zamawiającą.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę z najniższą ceną, zaś w ramach zarzutów kwestionuje on okoliczność nie przyznania mu punktów w ramach kryteriów pozacenowych, która to czynność Zamawiającego powoduje, że oferta Odwołującego nie została uznana za ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie. Tym samym w przypadku uwzględniania odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego oraz Przystępującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a

wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego. Izba uwzględniła również w ramach oceny dowodów dowód w postaci wybranych przez Odwołującego i złożonych na rozprawie fragmentów dokumentacji innych postępowań prowadzonych przez tego samego Zamawiającego i obejmujących analogiczny przedmiot zamówienia – jednak

---

pominęła ww. dowody ze względu na to, że ich zakres nie umożliwiał dokonania oceny postanowień SIWZ w ramach niniejszego postępowania z uwzględnieniem dyrektyw ujętych w treści art. 65 § 1 ustawy Kodeks cywilny.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że postępowanie zostało wszczęte w dniu 12.07.2016 r. przez zamieszczenie na stronie internetowej Zamawiającego oraz na tablicy ogłoszeń ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym zastosowania mają przepisy sprzed nowelizacji ustawy Pzp, która weszła w życie w dniu 28.07.2016 r.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści SWIZ zamieścił następujące postanowienia odnoszące się do harmonogramu pracy maszyny myjąco – zbierającej:

W pkt IX lit C ppkt 7 SIWZ Zamawiający przyjął, że w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, należy złożyć:
„Oświadczenie Wykonawcy, że *posiada/ nie posiada maszyny myjąco-zbierającej wraz z harmonogramem jej pracy. Wymienione w punkcie C dokumenty stanowią integralną część oferty Wykonawcy - brak złożenia któregokolwiek dokumentu skutkować będzie odrzuceniem oferty."*

Pkt XVIII pkt 1 SIWZ Zamawiający przyjął, że
„Kryteria oceny ofert - Zamawiający uzna oferty za spełniające wymagania i przyjmie do szczegółowego rozpatrywania, jeżeli:
1.1. oferta, spełnia wymagania określone niniejszą specyfikacją,
1.2. oferta została złożona, w określonym przez Zamawiającego terminie,
1.3. Wykonawca przedstawił ofertę zgodną co do treści z wymaganiami Zamawiającego ".

Pkt XVIII ppkt 2.2. SIWZ Zamawiający wskazał, że wybór oferty zostanie dokonany w oparciu o przyjęte w niniejszym postępowaniu kryteria oceny ofert: 16

---

a) cena oferty - 95 pkt. znaczenia w ocenie
b0 rozwiązanie techniczne - 5 pkt. znaczenia w ocenie
Kryterium określone w pkt a) oceniane będzie w skali 0-95 (95% = 95pkt).
Kryterium określone w pkt b) oceniane będzie w skali 0 lub 5 (5% = 5pkt).

W pkt XVIII ppkt 2.3. Zamawiający wskazał zaś, że:
„2.3. Zastosowane wzory do obliczenia punktowego.
Każdy pakiet oceniany będzie odrębnie.

Dla kryterium a - cena

$$P = \frac{\text{cena najniższa}}{\text{cena badanej oferty}} \times 95$$

Dla kryterium b

$$P = \frac{\text{Wykonawca który nie posiada maszyny}}{} \times 5$$

Wykonawca który posiada maszynę oraz harmonogram

Posiada maszynę myjąco zbierającą wraz z harmonogramem jej pracy 5 pkt
Nie posiada maszyny myjąco zbierającą wraz z harmonogramem jej pracy 0 pkt ”

„Ocena Kryterium b nastąpi w oparciu o dostarczone przez Wykonawcę: oświadczenie o posiadaniu maszyny myjąco zbierającej do bieżącego/codziennego utrzymania czystości w ciągach komunikacyjnych oddziału/szpitala wraz oraz harmonogram jej pracy uwzględniający częstotliwość określoną w załączniku nr 1. ”

W załączniku nr 1 do SIWZ zawarł postanowienia obejmujące minimalne wymagania dotyczące rodzaju i częstotliwości czynności sprzątania i dezynfekcji dla poszczególnych oddziałów szpitala wraz ze wskazaniem zakresu czynności (m.in. podłóg) oraz określeniem dla nich częstotliwości konserwacji (nabłyszczania, froterowania, mycia oraz dezynfekcji).

We wzorze formularza ofertowego (załącznik nr 2 do SIWZ) Zamawiający zawarł postanowienie o następującej treści:
„Oświadczam, że posiadam/ nie posiadam* maszynę myjąco zbierającej do bieżącego/codziennego utrzymania czystości w ciągach komunikacyjnych oddzialu/szpitala wraz z harmonogramem jej pracy uwzględniających częstotliwość określoną w załączniku nr 1
* Niepotrzebne skreślić”’

W dniu 28.07.2016 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców do SIWZ. Treść pytania nr 21 i odpowiedź na nie brzmią w następujący sposób:
Pytanie:
Zamawiający wymaga e części IX, pkt.C ppkt. 7 SIWZ oraz formularzu ofertowym (załącznik nr 2) załączenia do oferty oświadczenia, że Wykonawca posiada/nie posiada maszyny zbierającej wraz z harmonogramem jej pracy.
Prosimy o jednoznaczne potwierdzenie, że należy dołączyć do oferty wyłącznie oświadczenie dotyczące posiadania/ nie posiadania przez Wykonawcę maszyny myjąco - zbierającej do bieżącego/ codziennego utrzymania czystości w ciągach komunikacyjnych oddziału/szpitala wraz z harmonogramem jej pracy, a tym samym że harmonogramu prac maszyny czyszcząco - zbierającej nie należy załączyć do oferty.

Odpowiedź
Zamawiający potwierdza konieczność dostarczenia przez Wykonawcę oświadczenia o posiadaniu maszyny myjąco zbierającej do bieżącego/codziennego utrzymania czystości w ciągach komunikacyjnych oddziału/szpitala wraz z jej harmonogramem pracy uwzględniających częstotliwość określoną w załączniku nr 1. W przypadku braku maszyny tylko oświadczenie o braku jej posiadania.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania Odwołujący złożył ofertę z ceną ofertową wynoszącą 1.720.000,28 złotych brutto. Jednocześnie na str. 44 oferty złożył oświadczenie, że posiada maszynę myjąco – zbierającą do bieżącego/codziennego utrzymania czystości w ciągach komunikacyjnych oddziału/szpitala wraz z harmonogramem jej pracy uwzględniającym częstotliwość określoną w załączniku nr 1. Izba ustalił ponadto, że Odwołujący nie załączył do oferty harmonogramu.

Izba ustaliła ponadto, że Przystępujący Impel Cleaning Spółka z o.o. zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ofertową wynoszącą 1.729.719,84 złotych brutto.

Na str. 10 swojej oferty zamieścił oświadczenie o posiadaniu maszyny myjąco – zbierającej, zaś na str. 11 zamieścił harmonogram jej pracy.

Zamawiający pismem z dnia 26.08.2016 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Impel Cleaning zdobywając łącznie 99,48 pkt (w kryterium cena 94,48 pkt, w

kryterium rozwiązanie techniczne 5 pkt). Oferta złożona przez Odwołującego uplasowała się na drugiej pozycji zdobywając łącznie 95 pkt (w ramach kryterium cena 95 pkt, w ramach kryterium rozwiązanie techniczne 0 pkt).

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 65 § 1 ustawy Kodeks cywilny w związku z art. 14 ustawy Pzp znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ stanowi klasyczne oświadczenie woli podmiotu zamawiającego – a więc w ramach wykładni ich postanowień, do której zobligowana jest Izba w kontekście podniesionych zarzutów, zastosowanie będą miały dyrektywy ujęte w treści art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny. Powyższy obowiązek wynika również z faktu, iż powyższy przepis został w ramach rozpoznawanego środka ochrony prawnej wymieniony wśród postawionych Zamawiającemu zarzutów. Jak wynika z powyższego przepisu *Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.*

Jego przywołanie stało się konieczne, gdyż zasadniczą osią sporu pomiędzy Stronami niniejszego postępowania odwoławczego jest okoliczność, czy użyty w ramach dokumentacji postępowania (w szczególności postanowieniach SIWZ) zwrot „wraz z harmonogramem" przesądzał o konieczności złożenia tego dokumentu wraz z ofertą, czy jedynie obligował

wykonawców do złożenia oświadczenia o jego posiadaniu wraz z oświadczeniem o posiadaniu maszyny myjąco - zgarniającej.

W ocenie Izby dokonując wykładni, będących istotą sporu postanowień SIWZ, nie można tylko i jedynie ograniczać się do ich literalnej ich wykładni. Powyższe wynika nie tylko z treści art. 65 § 1 ustawy Kodeks cywilny ale również z ogólnych reguł wykładni, czy to przepisów prawa, czy też oświadczeń woli. Obecnie panująca tendencja w ramach wykładni przepisów prawa skłania bowiem do stosowania metody mieszanej, w tym ze szczególnym uwzględnieniem metod wykładni celowościowej i funkcjonalnej. W ocenie Izby literalna wykładnia postanowień SIWZ odnoszących się do harmonogramu pracy maszyny myjąco – zgarniającej nie daje satysfakcjonujących rezultatów i może prowadzić do irracjonalnych wniosków, że wykonawca winien posiadać maszynę wraz z harmonogramem, który będzie uwzględniał wymagania Zamawiającego odnoszące się do częstotliwości konserwacji podłóg. Jak słusznie zauważył Przystępujący w toku rozprawy harmonogram nie jest częścią składową dokumentacji maszyny i jest to dokument, który wykonawca powinien złożyć, aby potwierdzić, w jaki sposób ma zamiar wykonać usługę.

Jak wskazuje się w orzecznictwie (m.in. w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2009 r. sygn. akt III CZP 110/09) *„W ramach dyrektyw preferencji metod wykładni na czoło wysuwa się powszechnie akceptowana w orzecznictwie i w piśmiennictwie zasada pierwszeństwa wykładni językowej i subsydiarności wykładni systemowej i funkcjonalnej. Zasada pierwszeństwa wykładni językowej, choć nie ustala absolutnego porządku preferencji, to jednak dopuszcza odstępstwa od wyniku jej zastosowania tylko wówczas, gdy wynik ten prowadzi albo do absurdu, albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji. Nie zawsze więc zachodzi konieczność posłużenia się kolejno wszystkimi rodzajami wykładni; nie ma w szczególności potrzeby sięgania po dyrektywy celowościowe wówczas, gdy już po zastosowaniu dyrektyw językowych albo językowych i systemowych uda się uzyskać właściwy wynik wykładni. Jak ujął to Sąd Najwyższy w uchwale Składu Siedmiu Sędziów z dnia 1 marca 2007 r. (sygn. akt III CZP 94/06, OSNC 2007/7-8/95), odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem mogą uzasadniać tylko szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne,*

ekonomiczne lub moralne; jeśli takie racje nie zachodzą, należy oprzeć się na wykładni językowej (por. też uzasadnienie uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2004 r., III CZP 37/04, OSNC 2005, nr 3, poz. 42, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2004 r., V CK 21/04, OSNC 2005, nr 7-8, poz. 137 oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 lipca 2005 r., I KZP 18/05, OSNKW 2005, nr 9, poz. 74). Wykładnia językowa wymaga uwzględniania dyrektyw języka potocznego, a zatem przypisywania zawartym w normie prawnej wyrażeniom podstawowego i powszechnie przyjętego znaczenia. (…) Zastosowanie wykładni, która odchodziłaby od językowego sensu

przepisu, uwzględniającego treść całego aktu prawnego, mogłyby usprawiedliwiać jedynie szczególnie istotne i doniosłe racje.”.

Przenosząc powyższe tezy na kanwę niniejszej sprawy wskazać należy, że reguły powyższe mogą, a wręcz powinny, mieć zastosowanie do wykładni oświadczeń woli w postaci postanowień SIWZ, która określa wzajemne prawa i obowiązki stron w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym brak satysfakcjonujących wyników stosowania wykładni językowej tych postanowień pozwala na zastosowanie innych metod wykładni, przy uwzględnieniu dyrektyw ujętych w treści art. 65 § 1 ustawy Kodeks cywilny.

W ramach podniesionych zarzutów, tj. art. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy PZP oraz art. 14 ustawy PZP w zw. z 65 § 1 k.c. w zw. z pkt XVIII ppkt 2.3. SIWZ w zw. z pkt 1 preambuły i art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE ustalić bowiem należy jaki był cel i jakie funkcje miał w ramach postępowania pełnić harmonogram maszyny myjąco – zbierającej.

W pierwszej kolejności Izba odnieść się pragnie do treści samej SIWZ w tym zakresie, w szczególności działu IX lit. C pkt 7 SIWZ, działu XVIII ppkt 1 - 2.3. SIWZ oraz odpowiedzi na pytanie nr 21 zawartego w piśmie z dnia 28.07.2016 r.

W ocenie Izby sama wykładnia literalna działu XVIII ppkt 2.3. SIWZ oraz zdania ostatniego załącznika nr 2 do SIWZ (formularz ofertowy) mogła w ocenie Izby budzić wątpliwości w zakresie ustalenia, czy wykonawcy mieli obowiązek złożenia wraz z ofertą harmonogramu pracy maszyny myjąco – zbierającej. Jednakże, jak zostało wskazane wyżej, ten rodzaj wykładni nie może samoistnie przesądzać o wadliwości tego wymogu i braku możliwości ustalenia jego właściwego znaczenia uwzględniającego zarówno kontekst tego wymogu, jego rolę oraz regulacje ustawy Pzp. Tym samym jeżeli wykładnia ta nie daje satysfakcjonujących wyników należy posłużyć się innym jej rodzajem celem ustalenia faktycznej treści złożonego przez Zamawiającego oświadczenia woli.

W pierwszej kolejności odnosząc się do złożonych przez Odwołującego dowodów, w kontekście treści art. 65 § 1 ustawy Kodeks cywilny i argumentacji Odwołującego, że w poprzednich postępowaniach prowadzonych przez tego samego Zamawiającego oraz obejmujących analogiczny zakres przedmiotowy ten ostatni nie żądał złożenia harmonogramu - nie sposób w oparciu o te dowody ustalić, że postanowienia sformułowane wobec harmonogramu pracy maszyny miały identyczny kształt jak sformułowane w ramach analizowanego postępowania. Tym samym Izba pominęła w dokonanym procesie wykładni

powyższe dowody ograniczając się jedynie do treści SIWZ wraz z załącznikami sporządzonych w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba poddała ocenie dwa zasadnicze, zdaniem Izby, elementy dokumentacji postępowania, tj. Dział IX lit. C pkt 7 SIWZ oraz odpowiedź na pytanie nr 21 zawartą w piśmie z dnia 28.07.2016 r. W ocenie Izby w ramach wykładni celowościowej, funkcjonalnej i systemowej istnieje możliwość ustalenia, jakie znaczenie w ramach postępowania miał harmonogram pracy maszyny myjąco – zbierającej i czy wykonawcy mieli obowiązek jego złożenia wraz z ofertą.

Po pierwsze postanowienie Działu IX lit. C SIWZ nosi tytuł „W celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego należy

złożyć", zaś jego pkt 7 zwiera następujący wymóg: „Oświadczenie Wykonawcy, że posiada/nie posiada maszyny myjąco – zbierającej wraz z harmonogramem jej pracy" – co w ramach wykładni systemowej i funkcjonalnej prowadzi do wniosku, iż dokumenty te stanowiły treść oferty wykonawcy składaną na potwierdzenie, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego.

Powyższe ustalenie nie jest jednak sprzeczne z oświadczeniem złożonym przez Zamawiającego na rozprawie i nie jest sprzeczne z uprawnieniem ujętym w treści SIWZ, że wykonawcy mieli dowolność w wyborze metody mycia podłóg, tj. że czynności te mogli realizować bez użycia tej maszyny. Jest to bowiem wynikiem faktu, że dopiero w przypadku zadeklarowania wykorzystania maszyny myjąco – zbierającej do realizacji czynności w ramach przedmiotu zamówienia wykonawcy czynności te winni wykonywać zgodnie z minimalnymi wymaganiami ujętymi w załączniku nr 1 do SIWZ – nie mając w tym zakresie prawa do modyfikacji częstotliwości tych czynności.

Powyższe założenia wynikają również wprost z treści Działu XVIII ppkt 2.3. SIWZ (zdanie ostatnie na str. 13 SIWZ) oraz odpowiedzi na pytanie nr 21 zawartej w piśmie z dnia 28.07.2016 r. – gdzie znajduje się odesłanie do załącznika nr 1 do SIWZ.

Powyższy proces wykładni prowadzi zaś do jednoznacznego wniosku, iż w przypadku zadeklarowania realizacji prac za pomocą maszyny myjąco – zbierającej wykonawcy winni złożyć wraz z oświadczeniem harmonogram jej pracy, który to harmonogram jednocześnie stanowił treść oferty wykonawcy w rozumieniu art. 82 ust. 3 oraz 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazać bowiem należy, iż mając na uwadze wykładnię celowościową wskazanych wyżej postanowień SIWZ w postaci Działu IX lit. C pkt 7 w zw. z Działem XVIII ppkt 2.3. oraz odpowiedzą na pytanie nr 21 zawartej w piśmie z dnia 28.07.2016 r. tylko w taki sposób Zamawiający mógł dokonać oceny zgodności zaoferowanego świadczenia z jego wymaganiami ujętymi w treści SIWZ, w tym w szczególności w załączniku nr 1.

Kolejną konsekwencją ww. wykładni jest przyjęcie, że harmonogram pracy maszyny myjąco – zbierającej stanowił dokument, o którym jest mowa w treści art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i mógł stanowić przedmiot uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – a zatem, jak argumentował słusznie Odwołujący, jego brak winien być ewentualnie podstawą odrzucenia jego oferty.

W tym miejscy wskazać należy, iż ustalony w oparciu o treść 191 ust. 2 ustawy Pzp stan rzeczy pozwala wysunąć wniosek, iż sytuacja Odwołującego, ze względu na dokonane przez Zamawiającego czynności, jest dość specyficzna. Po pierwsze jego oferta nie została odrzucona w ramach postępowania, na co wskazał Odwołujący w odwołaniu oraz na rozprawie mając świadomość, że gdyby doszło do jej odrzucenia mógłby kwestionować taką czynność zakładając wówczas, że Zamawiający brak harmonogramu traktowałby jako niezgodność jego oferty z treścią SIWZ. Po drugie nie mógł on podnieść zarzutu zaniechania odrzucenia jego oferty, gdyż zarzut taki podlegałby oddaleniu w związku z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jedynego zatem sposobu dochodzenia swoich praw Odwołujący upatrywał w kwestionowaniu prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej oraz w sposobie oceny jego oferty w ramach kryteriów oceny ofert – stawiając w tym zakresie zarzuty z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp powiązane z przepisami dotyczącymi wykładni oświadczeń woli.

Choć Izba mocą treści art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, nie może też nakazać Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia tego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ani tym bardziej dokonania odrzucenia jego oferty.

Jednakże dokonując ustaleń w ramach prowadzonego procesu wykładni Izba uznała, iż harmonogram pracy maszyny myjąco – zbierającej stanowił dokument przedmiotowy w przypadku złożenia przez wykonawcę oświadczenia o wykorzystaniu tej maszyny w ramach realizacji usług sprzątania. W konsekwencji jego brak nie pozwalał na ustalenie, czy oferta wykonawcy jest zgodna z treścią SIWZ, a więc winien być konwalidowany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dopiero bowiem upewnienie się, że oferta nie podlega odrzuceniu, uprawnia do dokonania jej oceny w oparciu o kryteria oceny ofert. Następnie w konsekwencji ocena uzupełnionego dokumentu powinna decydować o przyznaniu lub braku przyznania punktów w ramach kryterium pozacenowego – rozwiązanie techniczne. Jeżeli zatem Odwołujący nie otrzymał punktów w ramach tego kryterium to taka okoliczność stanowiła

następstwo wskazanych wyżej zaniechań Zamawiającego, których Odwołujący, ze względu na wskazane wyżej przeszkody procesowe (art. 179 ust. 1 oraz art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), nie mógł skutecznie zwalczać w ramach środków ochrony prawnej.

23

Jak następnie wynika z przepisów *Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych,* która to dyrektywa zawiera regulacje o znaczeniu procesowym, nie zaś materialnym, a więc Izba jest nimi związana w ramach wykładni prounijnej krajowych przepisów proceduralnych, niezależnie od postawionych w ramach odwołania zarzutów – *Państwa członkowskie przedsiębiorą niezbędne* środki, *aby zapewnić – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/17/WE – **możliwość skutecznego*** (pokreślenie Izby), *a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez podmioty zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 2–2f niniejszej dyrektywy, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.* (art. 1 Dyrektywy 92/13/EWG zatytułowany *„Zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych”* zmieniony art. 2 Dyrektywy 2007/66/WE).

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 65 § 1 ustawy Kodeks cywilny w związku z art. 14 ustawy Pzp uznając, iż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej obarczona jest wadą i winna zostać powtórzona z uwzględnieniem dokonanej przez Izbę wykładni postanowień SIWZ w zakresie wymogu odnoszącego się do harmonogramu pracy maszyny myjąco – zgarniającej.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 65 § 1 ustawy Kodeks cywilny w związku z art. 14 ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i

24

---

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

……

25

26