

Sygn. akt: KIO 1738/16
KIO 1740/16

WYROK
z dnia 7 października 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadziś

Członkowie: Robert Skrzyszewski
Marek Szafranec

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 4 października 2016 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 16 września 2016 roku przez wykonawcę Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 1738/16),
- B. w dniu 16 września 2016 roku przez wykonawcę Zakłady Usługowe „Południe” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 1740/16)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: 1) Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, 2) PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w imieniu i na rzecz których działa na podstawie udzielonego pełnomocnictwa Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1740/16

1

orzeka:

1.

- A)** Oddala odwołanie wykonawcy Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 1738/16),
- B)** Oddala odwołanie wykonawcy Zakłady Usługowe „Południe” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 1740/16).

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 1738/16), oraz wykonawcę Zakłady Usługowe „Południe” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 1740/16) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawcę Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 1738/16) oraz wykonawcę Zakłady Usługowe „Południe” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 1740/16) tytułem wpisu od odwołań,

2.2. zasądza od wykonawcy Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 1738/16) oraz wykonawcy Zakłady Usługowe „Południe” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 1740/16) łącznie kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) w tym:

a) kwotę 3 600 gr 00 (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 1738/16) na rzecz Zamawiającego: 1) Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna

z siedzibą w Warszawie, 2) PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w imieniu i na rzecz których działa na podstawie udzielonego pełnomocnictwa Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, b) kwotę 3 600 gr 00 (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy Zakłady Usługowe „Południe” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 1740/16) rzecz Zamawiającego: 1) Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, 2) PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w imieniu i na rzecz których działa na podstawie udzielonego pełnomocnictwa Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

3

Sygn. akt: KIO 1738/16
KIO 1740/16

UZASADNIENIE

Zamawiający - 1) Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, 2) PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w imieniu i na rzecz których działa na podstawie udzielonego pełnomocnictwa Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Świadczenie usług utrzymania czystości w wybranych lokalizacjach zarządzanych przez PKP S.A. i PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.*

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 7 września 2016 roku pod numerem 2016/S 172-309518.

A Sygn. akt KIO 1738/16

Odwołującym - Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu **działając na podstawie art. 180 ust.1 i art. 179 ust. 1** ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz – równego traktowania wykonawców przy formułowaniu postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
art. 91 ust. 2 pkt. 1, ust. 2a i ust. 3 w związku z art. 36 ust. 1 pkt. 13 ustawy przez – wadliwy opis przez Zamawiającego kryterium oceny ofert,
art. 142 ust. 5 ustawy przez zaniechanie przez Zamawiającego ustalenia w treści – SIWZ postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

4

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ naruszają przepisy ustawy a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty zgodnej z przepisami ustawy i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący następująco uzasadniał:

W dniu 07 września 2016 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z pkt. VIII umowa zawarta w wyniku rozstrzygnięcia postępowania będzie obowiązywać do 30 czerwca 2018 r., zatem umowa będzie zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Odwołujący podniósł, że w jego ocenie postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ naruszają przepisy ustawy.

Kryterium oceny ofert.

Zamawiający ustanowił w SIWZ w rozdziale XVII pkt 1 kryteria oceny ofert w sposób następujący:

Zamawiający dokona wyboru oferty na podstawie następujących kryteriów:

1. *Cena brutto (C) - waga 75%*
2. *Jakość (J) – tj.. gwarancja należytego wykonania umowy wyrażona w poziomie kary umownej za negatywny wynik Audytu Kontrolnego Zamawiającego na danym obiekcie - waga: 5%*
3. *Wskaźnik zatrudnienia na umowę o pracę -waga: 5%*
4. *Wskaźnik dot. podatku VAT- waga: 15%*

Odwołujący stwierdził, że kryterium oceny ofert, określone w pkt 1, rażąco narusza przepis art. 91 ust. 2a ustawy. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający może kryterium ceny zastosować jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określi w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykaże w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3 ustawy. Odwołujący podniósł, że po analizie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ulega wątpliwości, że opis przedmiotu zamówienia nie zawiera takich standardów jakościowych, które Zamawiający formułowałby na tle istotnych cech przedmiot zamówienia. W konsekwencji na gruncie przepisu art. 91 ust. 2a ustawy Zamawiający nie

5

miął żadnych podstaw prawnych w niniejszym postępowaniu do stosowania do kryterium ceny wagi 75%.

Odwołujący stwierdza ponadto, iż kryteria, określone w pkt 2 i 4, dotyczące jakości (J) i wskaźnika podatku VAT, rażąco naruszają przepis art. 91 ust. 2 pkt. 1 oraz art. 91 ust. 3 ustawy.

Odwołujący wskazał, że kryteria oceny ofert mają na celu określenie podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia i ewentualnie wykluczenie tych, którzy warunków nie spełniają a ponadto mają na celu wybór oferty najkorzystniejszej, spośród ofert złożonych przez podmioty, które uprzednio zostały uznane za zdolne do realizacji zamówienia publicznego. Rozdzielenie oceny podmiotowej od przedmiotowej jest w obowiązującym stanie prawnym jedną z ważniejszych zasad obowiązujących przy udzielaniu zamówień publicznych. Przy konstruowaniu kryterium oceny ofert Zamawiający ma obowiązek stosowania art. 91 ust. 3 ustawy, z którego wynika, że kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej i finansowej (wyjątkiem są postępowania na usługi niepriorytetowe). Poza cenowe kryteria oceny ofert powinny zatem dotyczyć cech, parametrów czy sposobu wykonania przedmiotu zamówienia (takich jak przykładowo jakość czy funkcjonalność) natomiast ocena podmiotowa (inaczej ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu) powinna być przeprowadzona przed dokonaniem czynności wyboru oferty.

Odwołujący podał, że kryteria zastosowane, przez Zamawiającego zdefiniowana jako

„Jakość” o wadze 5 % stanowiące zadeklarowany przez Wykonawcę poziom kary umownej za nienależyte wykonanie umowy stwierdzone na podstawie Audytu Kontrolnego Zamawiającego na danym obiekcie są wadliwe, przez co naruszają przepis art. 91 ust. 2 pkt. 1 i ust. 3 w związku z art. 36 ust. 1 pkt. 13 ustawy. Kryterium skonstruowane przez Zamawiającego w podkryterium „Jakość” jest pozorne - bowiem, oczywistym jest, że Wykonawcy w celu uzyskania lepszej klasyfikacji swojej oferty wskażą wartość 5,5 % kary umownej jako najwyższej premiowanej, co następnie zostanie przez tych wykonawców w ramach zwiększonego kosztu ryzyka kontraktu wliczone w cenę oferty. Dlatego też zastosowanie zawartego w postanowieniach SIWZ kryterium oceny ofert jest pozorne - ponieważ, pomimo, że kryterium to nazwane jest „Jakość”, ma przełożenie na cenę nie zaś na cechy związane z usługą świadczoną przez Wykonawcę. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27.08.2014 r w sprawie o sygn. akt KIO 1630/14 podała: „W ramach kryterium innego niż cena, nie powinien się mieścić aspekt finansowy, samo kryterium pozacenowe. winno premiować wyłącznie cechę, decydującą o wyższej jakości przedmiotu zamówienia”. W omawianym przypadku Zamawiający w sposób pozorny zastosował kryterium

6

pozacenowe - ponieważ w istocie ma ono charakter związany bezpośrednio z ceną oferty, co w konsekwencji stanowi naruszenie przepisów ustawy. Odwołujący wskazał na orzeczenie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 kwietnia 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 712/15) w którym wskazano: „Kryteria oceny ofert powinna cechować: zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarancja, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Opis stosowania kryteriów oceny ofert powinien być jednoznaczny, czytelny i niepozostawiający swobody interpretacji.” Kryterium oceny ofert zastosowane przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ nie wypełniają przywołanych we wskazanym orzeczeniu warunków.

W odniesieniu do kryterium dotyczącego stawki podatku VAT, Odwołujący stwierdza, iż takie kryterium pozostaje bez żadnego związku z opisem przedmiotu zamówienia w świetle przepisu art. 91 ust. 2 ustawy.

Odwołujący mając powyższe na uwadze wskazał następujące żądania:

Odwołujący żąda zmiany obecnie obowiązujących postanowień SIWZ w taki sposób, aby rozdział XVIII pkt 1 uzyskał następujące brzmienie lub równoważne:

Przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował kryterium i ich wagami:

Cena - 60%

Wskaźnik zatrudnienia na umowę o pracę - waga: 5%

Jakość-35%

Szczegółowe instrukcje wykonania czynności -35%

Sposób oceny ofert:

Za najkorzystniejszą zostanie uznana niepodlegająca odrzuceniu oferta, która uzyska najwyższą wartość punktową, wynikającą z sumy składników Kryterium Cenowe oraz Kryterium Jakościowe, wyliczonych według następujących wzorów:

Kryterium Cenowe:

Cena brutto (C) - waga: 60 pkt

Liczba punktów przyznanych ocenianej ofercie (C) = (Cena brutto najtańszej oferty/Cena brutto badanej oferty) x 60 pkt

Kryterium Wskaźnik zatrudnienia na Umowę o pracę (Z) - waga: 5 pkt

Zamawiający, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę co najmniej 10% pracowników wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający dodatkowo przyzna punkty w niniejszym kryterium oceny ofert za zatrudnienie na podstawie umowy o pracę większej ilości pracowników niż wymagane 10%, w poniżej podany sposób:

od 11% do 25% pracowników na umowę o pracę - 1 pkt

7

od 26% do 40% pracowników na umowę o pracę - 3 pkt

powyżej 40% pracowników na umowę o pracę - 5 pkt

Kryterium Jakościowe:

Kryterium jakościowe = (liczba punktów otrzymanych przez ofertę /35) x 35%
gdzie: „liczba punktów uzyskanych przez ofertę” oznacza uśrednioną liczbę punktów przyznaną przez komisję przetargową ofercie. Komisja przetargowa ustalać będzie przedmiotową wartość punktową na podstawie analizy i oceny merytorycznej danych przedstawionych przez Wykonawców w „Szczegółowych instrukcjach wykonania czynności
UWAGA: Maksymalna liczba punktów możliwych do uzyskania przez ofertę według Kryterium Jakościowego wynosi 35.

Każdy z członków komisji przetargowej, na podstawie posiadanego doświadczenia, wiedzy oraz znajomości specyficznych wymagań stawianych pracownikom personelu pracującego w obiektach Zamawiającego, dokona indywidualnej oceny zgodnie z poniższymi podkryteriami: Szczegółowy opis oceny Szczegółowych instrukcji wykonania czynności. Zamawiający uszczegóławia podział 35 punktów:

- najkorzystniejsze, dostosowane do potrzeb i specyfiki Zamawiającego tzn. takie instrukcje, które wyczerpują wszystkie wymagane w instrukcjach zasady postępowania przy wykonywaniu określonych czynności, gwarantujące prawidłowość ich wykonywania przez personel wykonujący usługę i gwarantujący wysoki stopień bezpieczeństwa sanitarnego - 35 punktów

- dopuszczalne: tzn. takie instrukcje, które wyczerpują wszystkie wymagane . w instrukcjach zasady postępowania przy wykonywaniu określonych czynności w stopniu podstawowym - 0 punktów.

Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy:

Zamawiający w Załączniku nr 2 do SIWZ - „umowa usługi” nie przewidział w § 16 ust. 1 pkt. 2 możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Odwołujący wskazuje, że ww. opis dopuszczalnych i przewidywanych zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy jest niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepisy przywołanej ustawy w treści obowiązującej po 01 września 2016 r. tj. w treści, którą stosuje się do przedmiotowego postępowania nakazują, aby „umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług,

- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

- zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonywania zamówienia przez wykonawcę.” (art.142 ust. 5 ustawy).

Uwzględniając, że termin umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne ustalony został na okres przekraczający 12 miesięcy, a postanowienia ogłoszenia i SIWZ nie zawierają właściwej regulacji o warunkach zmiany wynagrodzenia wykonawcy, w zakresie wskazanym w powyższym pkt2, Odwołujący wnosi o zmianę dokumentacji postępowania przez dodanie pominiętych przesłanek zmiany wynagrodzenia.

Odwołujący wskazał, że ww. działania Zamawiającego stają w sprzeczności z celem nowelizacji przepisu art. 142 ustawy. Uzasadnieniem nowelizacji przywołanego przepisu art. 142 ustawy było m.in., że: „w praktyce zamawiających właściwie nieobecne było włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwalała na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powodowała utratę marży, a w konsekwencji prowadziła do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadziło do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnosiły się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy byli zaskakiwani zmianami ciężarów

publicznoprawnych oraz kosztami określonymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości 'wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach'. Z daleko idącej ostrożności Odwołujący wskazał, że zaznacza, że „mechanizmem waloryzacji” wynagrodzenia wykonawcy nie są, w świetle art. 142 ust. 5 ustawy negocjacje. Zgodnie z przywołanym przepisem art. 142 ust. 5 ustawy, wykonawca w chwili składania oferty powinien mieć pewność, że kalkulacja jego ceny wykonana została z uwzględnieniem wszystkich ryzyk rynkowych. Negocjacje takiej pewności nie gwarantują, gdyż dopiero po ich

9

zakończeniu, a więc w czasie realizacji umowy, wykonawca uzyska wiedzę o ostatecznej wysokości kosztów, które zobowiązany będzie ponieść w związku z realizacją zamówienia. Odwołujący mając powyższe na uwadze wskazał następujące żądania w zakresie modyfikacji treści Załącznika nr 2 do SIWZ - „umowa usług” w § 16 ust. 1 pkt. 2 według następującego brzmienia:

Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy, w formie pisemnego aneksu, każdorazowo w przypadku wystąpienia jednej z następujących okoliczności:

2) zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

B. Sygn. akt KIO 1740/16

Odwołujący - Zakłady Usługowe „Południe” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności polegającym Zamawiającego na nieprawidłowym określeniu wyboru opartym kryteriów oferty najkorzystniejszej na Wskaźniku W dotyczącym podatku VAT opisanym w art. XVIII ust. 2 pkt 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) i w konsekwencji określenie SIWZ sposób niezgodny z przepisami prawa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 7 ust. 1 ustawy przez sformułowanie SIWZ w sposób uchybiający zasadom – zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz transparentności postępowania polegające na ustaleniu kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób uniemożliwiający właściwe jej sporządzanie oraz uzależniający od i wartości wybór najkorzystniejszej oferty zastosowania wynikających z odpowiednich stawek podatkowych VAT, naruszenie art. 29 ust. 1 oraz 2 ustawy przez sformułowanie SIWZ w sposób – niejednoznaczny oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również utrudniający uczciwą konkurencję, a w szczególności w zakresie przyjęcia kryteriów wyboru oferty wprowadzających wątpliwości po stronie Wykonawców, co do zastosowania odpowiednich stawek podatkowych VAT i obliczania podatku VAT,

10

naruszenie art. 91 ust. 1 oraz 2 ustawy przez sformułowanie SIWZ w sposób – uniemożliwiający ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty, jako że Zamawiający określił niedopuszczalne i sprzeczne z ustawą kryteria oceny wyboru oferty oraz zastosował dwukrotnie kryteria odnoszące się do ceny oferty.

Odwołujący wniósł o:

uwzględnienie odwołania w całości i unieważnienie postępowania oraz zasądzenie od

Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem jak wynika z treści SIWZ przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług utrzymania czystości na stacjach i przystankach kolejowych, budynkach dworców kolejowych, peronach i drogach dojazdu do nich, torach i międzytorzach oraz innej infrastruktury służącej do obsługi podróżnych, w wybranych lokalizacjach zarządzanych przez Zamawiającego. Odwołujący wskazuje, iż jest podmiotem świadczącym usługi związane z utrzymywaniem czystości, w związku z czym ma możliwość złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazuje, że jak wynika z wyroku z dnia 31 lipca 2015 r. Krajowej Izby Odwoławczej (publ. w LEX nr 1771700) w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami ustawy oferty - zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy wystarczające jest uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia.

Odwołujący może ubiegać się o udzielenie takiego zamówienia, w związku z czym ziszczone zostały przesłanki z art. 179 ustawy. Nadto, na wypadek utrzymania opisanych po niżej uchybień w SIWZ istnieje ryzyko poniesienia przez Odwołującego szkody, sprowadzającej się do nie uzyskania zamówienia, a to wobec dopuszczenia do postępowania wykonawców, których oferta może nie uwzględniać bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy (co ma wpływ na zaoferowaną cenę). Może to utrudnić Odwołującemu dostęp do zamówienia.

Zamawiający obowiązany jest dokonać wyboru oferty zgodnej z wymaganiami SIWZ, wobec czego winien zadbać o to, aby warunki określone w tym dokumencie odpowiadały przepisom prawa i nie łamały bezwzględnie obowiązujących norm. Zobowiązanie Zamawiającego do podania wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, wynikające z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy oznacza, że rolą Zamawiającego jest

11

ustalenie i przekazanie potencjalnemu Wykonawcy informacji niezbędnych do złożenia oferty, który to obowiązek Zamawiający winien zrealizować samodzielnie. Jednocześnie szkoda, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, może mieć charakter nie tylko bezpośredni, ale również hipotetyczny. W pierwszym przypadku wykonawca traci bezpośrednio możliwość otrzymania zamówienia, w drugim - szansę na jego uzyskanie.

Odwołujący następująco uzasadniał:

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) wskazał w art. XVIII ust. 1 pkt 4 SIWZ, że jednym z kryteriów, jakim Zamawiający będzie kierował się przy wyborze najkorzystniejszej oferty będzie wskaźnik dotyczący podatku VAT (Wskaźnik W), któremu przypisano wagę 15% (15 pkt). W art. XVIII ust. 2 pkt 4 SIWZ wskazano z kolei sposób obliczania Wskaźnika W przez podzielenie wartości podatku VAT 8% oraz wartości podatku VAT 23 %. Następnie obliczenia liczby punktów przyznanych ocenianej ofercie dokonuje się przez podzielenie Wskaźnika W o najniższej wartości przez wskaźnik W badanej oferty a następnie mnoży się otrzymany wynik przez 15 punktów.

Przyjęte w SIWZ kryterium – argumentował Odwołujący – po podstawieniu przykładowych wartości liczbowych, faworyzuje oferty, w których wykonawca określił w największym natężeniu stawkę VAT w wysokości 23 % oraz w najmniejszym natężeniu stawkę VAT w wysokości 8 %. Odwołujący przedstawił przykładową symulację obliczeń na podstawie przyjętych w SIWZ wzorów przy założeniu identycznej wartości cen netto ofert wynoszących 200 PLN.

Wartość usługi

Wartość usługi przed objęciem	Oferta	Wartość	Wartość
przed objęciem	stawką 8%	Wskaźnik W (wykonawca)	VAT 23%
stawką VAT 23%			VAT 8 %

50 PLN A 11,50 PLN 150 PLN 12 PLN 1,043478261

B 100 PLN 23 PLN 100 PLN 8 P LN 0,347826087

12

C 150 PLN 34,50 PLN 50 PLN 4 PLN 0,115942029

D 200 PLN 46 ? ? ?

Odwołujący przedstawił przykładową symulację obliczenia punktacji przyznanej danym wykonawcom (z zastosowaniem danych z Tabeli A)

Tabela B

Iloraz W najniższy do
Oferta (wykonawca) W badanej Przyznane punkty

A 0,111(1) 1,67

B 0,3333(3) 5

C 15 1

D 0 0

Odwołujący wskazał, że Tabela (tabela A i tabela B) jasno wynika, że najwięcej punktów osiągnie oferta o wartości VAT wynikającej ze stawki 23% przy najmniejszym udziale wartości VAT wynikającej ze stawki 8%, przy czym oferta, w której zastosowano by wyłącznie stawkę 23% VAT osiągnęłaby 0 pkt - co dowodzi także wewnętrznej sprzeczności zastosowanego kryterium. Przy założeniu zatem identycznych cen netto ofert - jak w przypadku symulacji dokonanej w Tabelach A i B - cena brutto najkorzystniejszej oferty - według zastosowania zaskarżonego kryterium może być wyższa nawet o 17 % od oferty, gdzie wartość podatku VAT obliczona została przy pomocy stawki 8 %. W konsekwencji kryterium to powoduje, iż oferty o niższych cenach brutto będą traktowane jako mniej korzystne w porównaniu do droższych od nich ofert, ale przygotowanych z zastosowaniem wyższej (23%) stawki VAT. Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia np. utrzymanie czystości torów, elementów międzytorza itp., daje to pole do różnych interpretacji dla wykonawców i Zamawiającego, przez co zaskarżone kryterium powoduje nieprecyzyjność

13

SIWZ i stwarza niepewność zarówno po stronie wykonawców jak i Zamawiającego. Zastosowane przez Zamawiającego w SIWZ kryterium wartościującego korzystność oferty ze względu na zastosowane stawki VAT i jej wartość jest nieprawidłowe i niezgodne z obowiązującym prawem. W pierwszym rzędzie należy wskazać, że takie ukształtowanie wartościowania wyboru oferty narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, jak również uniemożliwia właściwe przygotowanie oferty. Z art. 7 ustawy wynika bowiem jednoznacznie, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie zaś z Uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (III CZP 53/11): „Wskazanie w ofercie przez wykonawcę niższej niż wynikająca z obowiązujących przepisów stawki podatku VAT i w efekcie uzyskanie niższej ceny brutto może doprowadzić do wyboru oferty takiego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej. Nie budzi wątpliwości, że w takiej sytuacji doszłoby do naruszenia wynikającego z art. 7 PZP obowiązku przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Okoliczność, że wskazanie przez wykonawcę stawki wyższej niż obowiązującą może nie czynić jego oferty konkurencyjną nie ma istotnego znaczenia. Do dokonania oceny, czy dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, niezbędne jest stosowanie kryteriów zobiektywizowanych i nie jest możliwa każdorazowo ocena wpływu wadliwej stawki podatku na warunki konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne. Stąd też, gdy na wybór oferty wpływa wysokość ceny brutto, cenotwórczy charakter podatku VAT wyklucza potraktowanie wskazanej przez wykonawcę błędnej stawki tego podatku jako okoliczności

pozbawionej doniosłości prawnej”. Z powołanego powyżej orzeczenia Sądu Najwyższego wynikają zatem dwie kwestie istotne dla przedmiotowej sprawy tj. konieczność zastosowania przez wykonawców właściwych stawek VAT wynikających z przepisów podatkowych oraz fakt naruszenia art. 7 PZP w sytuacji, gdy wykonawca zastosowałby stawkę inną niż przewidziana w przepisach podatkowych.

Okoliczności te w sposób bezpośredni przedkładają się na prawidłowość określonego w SIWZ kryterium, uzależniającego ocenę korzystności danej oferty od zastosowanych stawek VAT i wartości tego podatku. Kryterium to może prowadzić w konsekwencji do istotnych następstw - sprzecznych z zasadami uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców, wyrażającego się także w ich prawie do skonstruowania poprawnej oferty na podstawie SIWZ. Wspomniane następstwa mogą wyrażać się w naturalnym dążeniu wykonawców do odpowiedniego dostosowywania stawek VAT, tak aby osiągnąć najlepszy możliwy wynik, bądź „przerzucania” czy też „maskowania” danych usług pod usługi posiadające odpowiednie, ze względu na zastosowane kryterium, stawki VAT. Tymczasem Wykonawcy zobligowani są w sposób prawidłowy określić stawki VAT dla poszczególnych

14

usług, zgodnie z obowiązującymi przepisami podatkowymi. Nie jest zatem dopuszczalne manipulowanie, ani samymi stawkami VAT, ani ukrywanie danych usług pod innymi usługami i odpowiednie obniżanie lub podwyższanie ich wartości. Obie powyższe praktyki należałoby bowiem uznać za jednoznacznie sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również sprzeczne z prawem podatkowym. Tymczasem zastosowane przez Zamawiającego kryterium nie tylko skłania wykonawców do tego typu kalkulacji, ale również nie pozwala na podstawie SIWZ ustalić jednoznacznie wszystkich składników proponowanej oferty, skoro nie będą one wynikać wyłącznie z kryteriów obiektywnie przewidywalnych (takich jak np. koszty robocizny, materiału, stopa zysku), lecz również ze stosownych manipulacji w zakresie należnego podatku VAT i jego wartości. Nie trudno bowiem wskazać, że zaliczenie danej usługi do wyższej stawki podatkowej VAT przyniesie znaczne korzyści wykonawcy, nawet w przypadku gdy jego oferta jest droższa. Przykładowo rozpatrując sytuację oferentów A i C (z Tabeli A i B) i przyjmując, że są to jedyni oferenci w tym przetargu (na potrzeby tego zestawienia wyłączamy więc dane pozostałych oferentów przedstawionych w tabelach), to należy dojść do wniosku, że przy założeniu, że ogólna cena netto oferty obu oferentów jest równa 200 zł:

Oferent A, którego cena brutto wynosi 223,50 zł - dostałby według kryterium cenowego (art. XVIII ust. 2 pkt 1 SIWZ) 75 pkt, natomiast według kryterium odnoszącego się do Wskaźnika W jedynie 1,67 pkt. Łącznie Oferent B dostałby zatem 76,67 pkt

Oferent C, którego cena brutto wynosi 238,50 zł - dostałby według kryterium cenowego 72,64150 pkt natomiast według kryterium odnoszącego się do Wskaźnika W aż 15 pkt. Łącznie Oferent C dostałby zatem 87,63 pkt.

Przy identycznych cenach netto dla obu ofert cena brutto może być wyższa o 10% dla oferentów, którzy zastosowali w przeważającej mierze stawki 23 % VAT. Przy zastosowaniu zaskarżonego kryterium opłacalne jest zatem takie manipulowanie stawkami podatkowymi VAT i wartościami podatku, aby odpowiednio zaniżyć i zawyżać wartość tychże usług. Z obliczenie wszystkich usług z zastosowaniem stawki VAT równej 23 % powodowałoby przyznanie 0 pkt. Premiowanie takiego stanu rzeczy w obrębie przetargów dokonywanych w ramach przepisów ustawy jest niedopuszczalne, jak również sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Nieprawidłowe sformułowanie SIWZ. Zastosowanie niedozwolonych kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający określając kryterium wyboru oferty odwołując się do stawek VAT i wartości tego podatku, sformułował SIWZ w sposób niejednoznaczny oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również utrudniający uczciwą konkurencję. Art. 29 ust. 1 oraz 2 ustawy nakładają bowiem na Zamawiającego obowiązek takiego sformułowania postanowień SIWZ, aby po pierwsze na

15

ich podstawie wykonawca miał możliwość jasnego ustalenia ceny a po drugie, aby nie stwarzały one podstaw do zachowań wykonawców sprzecznych z zasadami uczciwej konkurencji. Warunków tych nie spełnia tymczasem zaskarżone postanowienie SIWZ w

przedmiocie kryterium odnoszącego się do stawek VAT i wartości tego podatku. Wykonawcy pomimo bowiem właściwego określenia stawek VAT i odpowiedniego obliczenia ceny poszczególnych usług, nawet przy ofercie o korzystniejszej cenie mogą przetarg przegrać, wobec praktyk manipulowania przez pozostałych wykonawców stawkami i wartościami podatku VAT. Zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2015 r. (KIO 697/15): „Na zamawiającym spoczywa obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W SIWZ muszą się więc znaleźć wszystkie elementy, dzięki którym podmioty chcące złożyć ofertę będą dokładnie wiedziały, czego zamawiający wymaga w ofercie, a w szczególności jak należy obliczyć cenę ofertową.”

Abstrahując od powyższego, należy poddać również w wątpliwość czy przedmiotowe kryterium zastosowane przez Zamawiającego, mogą w ogóle być uznane za takowe na gruncie art. 91 ust. 1 oraz 2 ustawy. Zgodnie bowiem z powołanymi przepisami: 1. *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.* 2. *Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:*

- 1) *jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne*
- 2) *aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;*
- 3) *aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;*
- 4) *aspekty innowacyjne;*
- 5) *organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;*
- 6) *serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.*

Nie kwestionując zatem otwartego katalogu kryteriów jakie może wprowadzać do SIWZ Zamawiający, Odwołujący wskazał, że muszą one jednakowoż odnosić się do przedmiotu zamówienia. Pewnym wzornikiem tychże kryteriów mogą być te wymienione w art. 91 ust. 2

16

ustawy, odnoszące się do aspektów funkcjonalności, innowacyjności czy też wpływu na środowisko i społeczeństwo. Kryteria te mają zatem odnosić się i pozwalać „dowartościować” ogólnie rzecz biorąc takie aspekty oferty danego wykonawcy, jak jej jakość, wydajność, innowacyjność etc. Taki też cel przyświecał nowelizacjom przepisów PZP, które miały ograniczyć powszechną praktykę wybierania przez Zamawiających ofert wyłącznie na podstawie najniższej ceny, które często okazywały się również najgorszymi jakościowo. Wobec powyższego trudno uznać, aby kryterium zastosowania stawki VAT i wartości tego podatku spełniał warunki tzw. kryterium pozacenowego. W ocenie Odwołującego kryterium odnoszące się do podatku VAT jest *de facto* tożsame z kryterium cenowym, a więc nie może zostać jednocześnie potraktowane jako kryterium dodatkowe i wpływać na dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty. Zgodnie bowiem z ugruntowanym orzecznictwem podatek VAT jest częścią składową ceny a nie osobnym elementem składającym się na ofertę (m.in. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 III CZP 53/11, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2016 r., KIO 349/16, Wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2015 r. KIO 697/15). Ponadto zaskarżone kryterium - abstrahując od faktu, iż jest ono tożsame z kryterium cenowym - odnosi się do skutków podatkowych, a nie do przedmiotu zamówienia. Trudno również wskazać jaki cel, poza dokonywaniem odpowiednich manipulacji, ma przyświecać tak skonstruowanemu kryterium. Podsumowując, inne kryteria poza ceną oferty, mają służyć umożliwieniu Zamawiającemu wyboru oferty lepszej (korzystniejszej). W przedmiotowej sprawie zaskarżone kryterium nie służy zaś wspomnianemu celowi, a więc uznać należy, że nie może ono zostać uznane za kryterium w rozumieniu ustawy. W konsekwencji wprowadzone w SIWZ kryterium odnoszące się do Wskaźnika W uniemożliwia właściwą ocenę ofert wykonawców. Zgodnie bowiem z art. 91 ust. 1 ustawy Zamawiający ma obowiązek **wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert**

określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tymczasem kryterium według Wskaźnika W nie odnosi się w żaden sposób do „korzystności” danej oferty, a co za tym idzie na podstawie tegoż kryterium Zamawiający nie jest w stanie ocenić, która z ofert jest najkorzystniejsza. Okoliczność ta powinna także z tego względu prowadzić do unieważnienia tejże czynności Zamawiającego. Zastosowanie zaskarżonego kryterium daje pełną możliwość manipulowania przez wykonawców stawkami VAT i wartością obliczonego podatku oraz daje pretekst do stosowania nierynkowych stawek VAT, przykładowo przez podwyższanie cen dla usług o stawce 23% a zaniżanie cen dla usług o stawce 8 %. Kryterium to nie odnosi się zatem do obiektywnych mierników jakości przedmiotu zamówienia, lecz w istocie do ceny oferty, a dodatkowo w sposób nietransparentny i nierynkowy ustala podstawę wyboru oferty. Paradoksalnie jednak zastosowanie zaskarżonego kryterium powodowałoby, że wykonawca, który zastosowałby jednolitą stawkę 23 % nie otrzymałby żadnych dodatkowych punktów. Takie ukształtowania

17

zaskarżonego kryterium pokazuje zatem z jednej strony jego niedopuszczalność na gruncie jak i innych ustaw, z drugiej zaś wewnętrzną sprzeczność.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1738/ 16 i KIO 1740/16, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawach oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W zakresie każdego z odwołań o sygnaturach akt KIO 1738/16 i KIO 1740/16:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku poz. 2164, dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowych terminach oraz zostały przekazane w ustawowym terminie Zamawiającemu kopie odwołań, co wynika z dokumentacji postępowania odwoławczego, co na posiedzeniu z udziałem Stron potwierdził Zamawiający i znajduje to odzwierciedlenie w protokole.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1740/16 wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby w dniu Odwoławczej 22 września 2016 roku, przy czym Zamawiający informację o wpłynięciu odwołania w tej sprawie przekazał wykonawcom w dniu 19 września 2016 roku.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego wykonawcy D.L. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „LEDO” z siedzibą w Bydgoszczy, który to wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego zarówno w sprawie sygn. akt KIO 1738/16 jak również w sprawie sygn. akt KIO 1740/16 po stronie Odwołującego. Izba wskazuje, że zgłoszenia przystąpienia (w sprawach jak wyżej) do postępowań odwoławczych wpłynęły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej emailiem w dniu 21 września 2016 roku. Zgodnie z art. 185 ust 2 ustawy zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą

18

ważnego kwalifikowanego certyfikatu w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku (Dz. U. 2014 poz. 964 j.t.) w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań czytamy w § 5, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wnoszone drogą elektroniczną opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (podpis kwalifikowany) przekazuje się za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu. Izba wskazuje, że pisma zawierające

zgłoszenie przystąpienia wpłynęły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2016 roku, tym samym nie nastąpiło skuteczne wniesienie zgłoszenia przystąpienia bowiem upłynął ustawowy trzydniowy termin na wniesienie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 ustawy). Uwzględniając powyższe zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego nie wniósł zgłoszenia przystąpienia w ustawowym terminie w wymaganej przepisami formie, tym samym nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego ani w sprawie o sygn. akt KIO 1738/16 ani w sprawie sygn. akt KIO 1740/16.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcy Zakłady Usługowe Zachód Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, który to wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego zarówno w sprawie sygn. akt KIO 1738/16 jak również w sprawie sygn. akt KIO 1740/16 po stronie Odwołującego. Zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego wpłynęły w każdej ze spraw wyżej wymienionych w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołań tj. 22 września 2016 roku, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosił przystąpienia i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w każdym ze zgłoszonych przystąpień. Zgłoszenia przystąpień doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Jednakże do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 1738/16 jak również w sprawie sygn. akt KIO 1740/16z nie zostały załączone dokumenty potwierdzające umocowanie osoby, która podpisała zgłoszenia przystąpień, do występowania w imieniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego. Z przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku (Dz. U. 2014 poz. 964 j.t.) wynika, że brak dokumentu odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego podlega uzupełnieniu jedynie w zakresie odwołania (§ 9). Należy zauważyć, że w odróżnieniu od odwołania, przystąpienie nie podlega uzupełnieniu (podobnie: w wyroku KIO z dnia 08.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1286/14, wyroku KIO z dnia 15.04.2014 r., sygn. akt: KIO 518/14, wyroku KIO z dnia 10.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2716/13, postanowienie z dnia 05.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2703, czy też wyroku KIO z dnia 08.11.2013 r., sygn.

19

akt: KIO 2525/13; wyrok KIO z dnia 14.05.2015 sygn. akt KIO 822/15).

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcy Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, który to wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego zarówno w sprawie o sygn. akt KIO 1740/16 po stronie Odwołującego. Zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego wpłynęły w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 21 września 2016 roku, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu z ich udziałem. Jednakże do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt nie zostały załączone dokumenty potwierdzające umocowanie osoby, która podpisała zgłoszenia przystąpień, do występowania w imieniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego. Z przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku (Dz. U. 2014 poz. 964 j.t.) wynika, że brak dokumentu odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego podlega uzupełnieniu jedynie w zakresie odwołania (§ 9). Należy zauważyć, że w odróżnieniu od odwołania, przystąpienie nie podlega uzupełnieniu (podobnie: w wyroku KIO z dnia 08.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1286/14, wyroku KIO z dnia 15.04.2014 r., sygn. akt: KIO 518/14, wyroku KIO z dnia 10.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2716/13, postanowienie z dnia 05.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2703, czy też wyroku KIO z dnia 08.11.2013 r., sygn. akt: KIO 2525/13; wyrok KIO z dnia 14.05.2015 sygn. akt KIO 822/15). Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w rozpoznawanej sprawie zostało złożone w formie pisemnej, zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy. Brak możliwości uzupełnienia dokumentów w przypadku zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego na podstawie obowiązujących przepisów nie uprawnia wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego do skutecznego uzupełnienia dokumentów na posiedzeniu z udziałem stron (bądź rozprawie). Wskazać należy, że nie zawsze dochodzi do

wyznaczenia posiedzenia z udziałem stron postępowania (bądź rozprawy), bowiem mogło nastąpić np.: uwzględnienie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego albo mogły zaistnieć przesłanki ustawowe do odrzucenia odwołania i w takim przypadku, z powodu braku załączonego prawidłowego pełnomocnictwa zgłaszający przystąpienie nie staje się uczestnikiem postępowania odwoławczego a postępowanie podlega umorzeniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy o sygn. akt KIO 1738/16 i sygn. akt KIO 1740/16 skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie

20

zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu jak również zawarte w złożonych pismach.

Zamawiający złożył w sprawie sygn. akt KIO 1738/16 pismo w sprawie „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”, Zamawiający złożył również w sprawie sygn. akt KIO 1740/16 pismo w sprawie „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego w trakcie rozprawy, w czasie postępowania dowodowego w sprawie sygn. akt KIO 1738/16, które zostało przez Zamawiającego również zawnioskowane w trakcie postępowania dowodowego w sprawie o sygn. akt KIO 1740/16:

- dowód nr 1 - protokół z otwarcia ofert z dnia 3 czerwca 2016 roku w postępowaniu o udzielenie zamówienia nr KIZ/2016/WNP-004720 wraz z załącznikiem do protokołu,
- dowód nr 2 - opracowanie własne z postępowania o udzielenie zamówienia nr KIZ/2016/WNP-004720, zestawienie danych w dwóch tabelach.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach, biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz dokumentację postępowania i zgłoszone dowody uznała, że odwołania nie podlegają uwzględnieniu.

Izba ustaliła i zważyła:

Na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Izba wskazuje:

W art. 7 ust. 1 – *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.*

Zgodnie z art. 91:

1. *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

21

2. *Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:*

- 1) *jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;*
- 2) *aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;*
- 3) *aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;*
- 4) *aspekty innowacyjne;*
- 5) *organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;*
- 6) *serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.*

2a. Zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3.

(...)

3. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

W art. 29 ust. 1 ustawy czytamy - Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w ust. 2 - Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W art. 142 ust. 5 ustawy: Umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany:

- 1) stawki podatku od towarów i usług,
- 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne

22

- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Na wstępie rozważań w sprawach o sygn. akt KIO 1738/16 i KIO 1740/16 Izba wskazuje, w stosunku do każdej z rozpoznawanych spraw, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

W zakresie sprawy o sygn. akt KIO 1738/16

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy przez przyjęcie kryterium ceny o wadze przekraczającej 60% - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, że argumentacja Odwołującego odnosząca się do analizy przedmiotu zamówienia i określonych standardów jakościowych, których efektem jest przyjęcie kryterium oceny ofert o wadze przekraczającej 60% jest wtórne w stosunku do tego do jakich podmiotów skierowana jest regulacja prawna z art. 91 ust. 2a ustawy. Ustawodawca w sposób jednoznaczny wskazał, że obostrzenie to skierowane jest do Zamawiających określonych w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy tj. do jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych (pkt 1) oraz innych państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej (pkt 2) a także ich związki (art. 91 ust. 2a ustawy). Zamawiający to podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3-4 ustawy a nie podmioty o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy. Izba wskazuje, że zauważa to również sam Odwołujący, który argumentację przedstawioną na rozprawie skupił na odniesieniu się ustawodawcy w art. 91 ust. 2a ustawy do „związków podmiotów” co w ocenie Odwołującego tworzy otwarty katalog podmiotów do jakich odnosi się ustawodawca. W ocenie Izby w sposób jednoznaczny ustawodawca wskazał, że chodzi o Zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki – nie sposób rozumieć tej regulacji prawnej szerzej niż przez wskazanie, że chodzi o „związki” jakie tworzą Zamawiający o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, a nie o jakichkolwiek innych Zamawiających spoza tych określonych w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, którzy utworzyli „związki”.

II.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 91 ust. 2 pkt 1 oraz art. 91 ust. 3 ustawy przez ustalenie kryterium oceny ofert „*Jakość (J) – tj. gwarancja należytego wykonania umowy wyrażona w poziomie kary umownej za negatywny wynik Audytu Kontrolnego Zamawiającego na dowolnym obiekcie – waga 5%*” - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SWIZ w rozdziale XVIII Informacje o kryteriach, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej ukształtował kryterium *Jakość (J) – tj. gwarancja należytego wykonania umowy wyrażona w poziomie kary umownej za negatywny wynik Audytu Kontrolnego Zamawiającego na dowolnym obiekcie według następujących zasad – waga 5 pkt:*

Zadeklarowany przez wykonawcę poziom: Liczba punktów

2,5 % wynagrodzenia brutto miesięcznego dla 0 pkt danego obiektu, jednak nie mniej niż 200 zł
3,5 % wynagrodzenia brutto miesięcznego dla 2 pkt danego obiektu, jednak nie mniej niż 200 zł
5,5 % wynagrodzenia brutto miesięcznego dla 5 pkt danego obiektu, jednak nie mniej niż 200 zł

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że kryterium to jest powiązane z opisem przedmiotu zamówienia, którego niewątpliwie częścią są również postanowienia umowy odnoszące się do sposobu realizacji zamówienia w tym ciężaru ewentualnych kar umownych za nienależyte wykonywanie zamówienia. Jak słusznie wskazał Zamawiający w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej problematyka uznania kary umownej odnoszącej się do realizacji zamówienia może stanowić gwarancję należytego wykonania zamówienia, tak sam jak termin realizacji zamówienia, termin zapłaty czy też gwarancja należytego wykonania zamówienia. Na uwagę zasługuje fakt, że każde z kryteriów winno być dobrane w sposób prawidłowy do przedmiotu zamówienia. W rozpoznawanym przypadku jest to usługa, tym samym określenie kryterium oceny oferty jako jakości wyrażającej się w gwarancji należytego wykonania umowy przez określenie przez wykonawcę poziomu kary umownej przy jednoczesnym określeniu w SWIZ

przez Zamawiającego minimalnej i maksymalnej rozpiętości procentowej zasługuje na aprobatę. Fakt, że kryterium oceny oferty nie jest standardowe i „utarte” w praktyce zamówieniowej nie oznacza, że jest ono niewłaściwe. W ocenie Izby Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że ukształtowanie takie kryterium oceny w postępowaniu stanowi „nadużycie dominującej jego pozycji w postępowaniu”. Izba wskazuje, że wręcz przeciwnie, Zamawiający podając wykonawcom opisany zakres świadczenia zamówienia pozostawił im swobodną decyzję w zakresie poziomu kary umownej. Poziom kar umownych jest uzależniony od sposobu świadczenia usługi. Tym samym można wskazać, że im bardziej wykonawca jest pewien jakości świadczonych usług tym może wskazać Zamawiającemu wyższą procentową wartość naliczanej kary umownej, natomiast jeżeli wykonawca chce być ostrożniejszy może wskazać niższy poziom procentowy wartości naliczanej kary umownej. Wynika z tego w sposób jednoznaczny, że im wyższa zaoferowana procentowa wartość kary finansowej to i finansowe ryzyko wykonawcy jest większe ale jednocześnie gwarancja jakości świadczonych usług jest wyższa. Tym samym Zamawiający osiąga dzięki tak ukształtowanemu kryterium zamierzony cel tzn. wysoką jakość świadczonych usług. Jak słusznie wskazuje się w doktrynie wykonawca przez złożenie oświadczenia co do procentowego poziomu kary umownej w zasadzie pozbawia się prawa ubiegania się przed sądem o możliwość miarkowania tej kary, bowiem przecież sam

25

taką zaoferował a to w efekcie stanowi również gwarancję po stronie Zamawiającego prawidłowej realizacji zamówienia.

Izba dopuściła w postępowaniu zawnioskowany przez Zamawiającego dowód (dowód nr 1) w postaci protokołu z otwarcia ofert z dnia 3 czerwca 2016 roku w postępowaniu o udzielenie zamówienia nr KIZ/2016/WNP-004720 wraz z załącznikiem do protokołu przedstawiony na okoliczność wykazania, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia różni wykonawcy oferują różny poziom kar umownych a co wskazuje na określane przez nich ryzyka świadczenia usług. Przedstawiony dowód zawiera zestawienie informacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które Zamawiający prowadził

temu z obecnie uprzednio dotyczącym

przedmiotu zamówienia odpowiadającego prowadzonego postępowania. Załączone zestawienie złożonych ofert i zaoferowanych poziomów procentowych kar umownych w przypadku poszczególnych wykonawców jest różne tzn. wykonawcy oferowali poziomy procentowe kar umownych o różnych wartościach, co pokazuje, że kryterium to nie jest jak twierdził Odwołujący pozorne lecz faktycznie realne i ma tym samym rzeczywisty wymiar oceny. W ocenie Izby potwierdza to również, że każdy z wykonawców ma swobodę w podjęciu decyzji o poziomie procentowym kary umownej czego niewątpliwie nie można uznać za zaburzenie dostępu do zamówienia. Wskazywana przez Odwołującego pozorność tego kryterium oceny ofert z uwagi na zaoferowanie przez wszystkich wykonawców procentowego poziomu kary umownej o najwyższej, dopuszczalnej przez Zamawiającego wartości procentowej, również w ocenie Izby się nie broni, bowiem zaznaczyć należy, że Odwołujący nawet nie starał się tej okoliczności wykazać, udowodnić natomiast dowód przedstawiony przez Zamawiającego (dowód nr 1) świadczy o czymś zupełnie innym. Do tego Izba wskazuje, że z przedstawionego dowodu wynikało, że Odwołujący sam zaoferował niższą od maksymalnej wartość procentową kary umownej, co również niespójne jest z twierdzeniami Odwołującego uzasadniającymi pozorność kryterium, że wszyscy wykonawcy zaoferują maksymalną wartość procentową kary umownej dopuszczoną przez Zamawiającego. Argumentacja Zamawiającego odnosi się do faktów które oparte są na praktyce prowadzonego wcześniej postępowania, w ocenie Izby taka argumentacja Zamawiającego zasługuje na aprobatę. Izba uznała, że nie doszło do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów prawa.

III.

W zakresie podnoszonego naruszenia art. 91 ust. 2 pkt 1 oraz art. 91 ust. 3 ustawy przez ustalenie kryterium oceny ofert „*Wskaźnik dotyczący podatku VAT (V) – waga 15 pkt*” w ocenie Izby wyspecyfikowane przez Odwołującego naruszenie przepisów ustawy nie znajduje uzasadnienia w treści odwołania.

26

Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna.

Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”* Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”*

27

Przenosząc powyższe stwierdzenia Sądu na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że poczyniona przez Odwołującego w części odwołania zawierającej uzasadnienie argumentacja jest ogólna i nieodnosząca się do żadnych konkretów. Odwołujący, przedstawiając okoliczności faktyczne w sposób lakoniczny i ogólnikowy, nie wskazał żadnych sprecyzowanych faktów, w treści odwołania nie przedstawił żadnej argumentacji faktycznej ukierunkowanej na wskazane postanowienie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący podniósł jedynie w uzasadnieniu (jedno zdanie), że wskazane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert „dotyczącego stawki podatku VAT” pozostaje bez związku z opisem przedmiotu zamówienia. Taką argumentację nie sposób uznać za uzasadnienie faktyczne, które stanowi kluczowy element odwołania stanowiąc podstawę do wykazania słuszności wykazywanych uchybień. Z argumentacji jaka została podniesiona wynika jedynie, że „nie”, jednakże brak jest jakiegokolwiek nawet próby wykazania dlaczego nie jest kryterium związane z opisem przedmiotu zamówienia. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Gliwicach w swoim uzasadnieniu, Izba i w tym przypadku z uwagi na brak jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego, braku odniesienia się Odwołującego do konkretnych okoliczności faktycznych leżących u podstaw wniesienia odwołania, nie może ich samodzielnie wprowadzać do postępowania.

Podkreślić należy, że w orzecznictwie wskazuje się, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontrydiktoryjnym. Istota kontrydiktoryjności zawiera się natomiast w ograniczeniu roli organu/sądu prowadzącego postępowanie, a pozostawieniu inicjatywy w

zakresie podejmowanych czynności stronom - uczestnikom postępowania, które zaangażowane są w spór. To strony - uczestnicy postępowania wyznaczają zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym (na gruncie postępowania cywilnego - pozew, lub wniosek w postępowaniu nieprocesowym, a w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą - odwołanie). Ten wniosek rozpoczynający spór między stronami wyznacza zakres rozstrzygnięcia postępowania, zakreśla jego ramy, wskazując zarazem intencje Odwołującego.

Izba wskazuje, że pełne przedstawienie zarzutów i żądań w odwołaniu ma znaczenie nie tylko dla zachowania ustawowego, zawitego terminu na jego wniesienie ale także - wobec obowiązku przekazania kopii odwołania Zamawiającemu - służy zapewnieniu możliwości analizy jego zasadności i podjęcia ewentualnej decyzji o jego uwzględnieniu.

Na podstawie podniesionych zarzutów wraz z korespondującymi z nimi żądaniami, Zamawiający może opracować odpowiedź na odwołanie, rozważyć decyzję o uwzględnieniu zarzutów (art. 186 ustawy). Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie określonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów.

28

W rozpoznawanej sprawie w zasadzie nie wiadomo dlaczego Odwołujący uznaje, że dane kryterium nie pozostaje w związku z przedmiotem zamówienia.

Izba podkreśla, że każdorazowo, zakres rozstrzygnięcia – po myśli art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny oferty. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości oferty, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. W ocenie Izby w tym przypadku, uwzględniając to jedno zdanie z uzasadnienia odwołania a odnoszące się do braku związku kryterium z opisem przedmiotu zamówienia, niezbędne dla budowania uzasadnienia faktycznego wskazanych naruszeń przepisów byłoby chociaż podjęcie próby wykazania dlaczego brak jest związku pomiędzy kryterium a wskazanym przez Odwołującego opisem przedmiotu zamówienia. Zawarta w treści odwołania informacja w zasadzie stanowi odzwierciedlenie treści obowiązującego przepisu i nie sposób przypisać jej waloru argumentacji faktycznej wskazanych naruszeń przepisów prawa. Należy również podkreślić z pełną stanowczością, że podawanie argumentacji faktycznej dopiero na etapie postępowania odwoławczego stanowi kształtowanie nowych, niewyartykułowanych w odwołaniu zarzutów - czyli poza wskazaniem podstawy prawnej również uzasadnienia faktycznego - i nie może zostać uznane za poprawne, bowiem zarzuty te są już spóźnione. Przedstawienie na rozprawie danej argumentacji merytorycznej nie może być poczytywane za uzupełnienie postawionych zarzutów, bowiem nie prowadzi ono do dowodzenia czegoś co już zostało wykazane, lecz do wykazania faktów, które na moment złożenia odwołania nie były podane.

Resumując powyższe w ocenie Izby wyspecyfikowane przez Odwołującego naruszenie przepisów ustawy nie znajduje uzasadnienia w treści odwołania tym samym nie sposób mówić o postawieniu przez Odwołującego zarzutu w zakresie ustalonego przez Zamawiającego kryterium oceny ofert „*Wskaźnik dotyczący podatku VAT (V) – waga 15 pkt*”.

IV.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 142 ust. 5 ustawy przez zaniechanie przez Zamawiającego ustalenia w treść SIWZ postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

29

Odwołującego przesłankę zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki godzinowej, ustalonej na podstawie ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Zamawiający w złożonym piśmie procesowym wskazał, że nie uwzględnił wniosku Odwołującego (Zamawiający zmodyfikował SIWZ ale nie uwzględnił odwołania) z uwagi na to, że uwzględnienie żądania Odwołującego spowodowałoby, że w zakresie dodanej przesłanki „minimalnej stawki godzinowej” wykonawca zwolniony byłby z wykazania, że zmiana tejże stawki ma bezpośredni wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę, a to stoi wprost w sprzeczności z brzmieniem art. 142 ust. 5 ustawy.

Zaznaczyć należy, że w uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że wnosi o zmianę dokumentacji postępowania przez dodanie pominiętych przesłanek zmiany wynagrodzenia, jak również wskazał, że Zamawiający nie przewidział przesłanki dotyczącej wysokości minimalnej stawki godzinowej.

Istotnym dla sprawy jest fakt, że ustawa *de lege lata* w związku z wniesieniem odwołania nie nakazuje Zamawiającemu powstrzymania się z dokonywaniem w prowadzonym postępowaniu dalszych czynności, Zamawiający może ich dokonywać. Zamawiający nie może jedynie do czasu wydania orzeczenia przez Izbę zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wynika wprost z art. 183 ust. 1 ustawy. Na mocy art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Wynika z tego, że również czynności dokonane przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu po wniesieniu odwołania składają się na stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, który jest brany pod uwagę z urzędu przy ustalaniu wyniku sprawy według reguły z art. 192 ust. 2 ustawy. Jeżeli nowe czynności spowodowały usunięcie objętych zarzutami naruszeń przepisów ustawy, podtrzymane w tym zakresie odwołanie podlega oddaleniu, z uwagi na brak wpływu tych naruszeń na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w dacie wyrokowania.

W zakresie sprawy o sygn. akt KIO 1740/16

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku*

30

naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

W zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu dotyczących ustalenia kryterium oceny ofert „*Wskaźnik dotyczący podatku VAT (V) – waga 15 pkt*” z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy oraz 29 ust. 1 ustawy i art. 91 ust. 1 i 2 ustawy - Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SWIZ w rozdziale XVIII Informacje o kryteriach, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej ukształtował *Wskaźnik dotyczący podatku VAT (V) – waga 15 pkt*

Dane do wyliczenia wskaźnika przeniesione zostaną z Formularza ofertowego, odpowiednio dla danego zadania

Wskaźnik (W) = Wartość podatku VAT 8% / Wartość podatku VAT 23%

Liczba punktów przyznanych ocenianej ofercie (V) = W najniższy / W badanej oferty x 15 pkt

Wskazać należy, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 września 2016 roku, tym samym do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepis ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku (dalej: „ustawa”).

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Zamawiający dokonuje wyboru oferty

najkorzystniejszej na podstawie kryteriów jakie zostały określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W ustępie 2 ww. artykułu ustawodawca wskazał otwarty katalog kryteriów oceny ofert jakimi może posłużyć się Odwołujący w celu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Zaznaczyć należy, że wskazane w przepisach kryteria mają jedynie charakter przykładowy. Zgodnie z brzmieniem ustawy to Zamawiający odpowiada za dobór kryteriów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który to dobór ma pozwolić Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, optymalnej i pozwalającej na uzyskanie świadczenia odpowiadającego potrzebom Zamawiającego. Zasadą jest, że kryteria jakie stosuje Zamawiający muszą być obiektywne i niedyskryminacyjne jak również nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy (art. 91 ust. 3 ustawy). Wskazać należy, że w wyniku wskazanej powyżej nowelizacji przepisów ustawy jak

31

również nowelizacji z 28 sierpnia 2014 roku o wiele większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe. Obecnie Zamawiający będą poszukiwać różnych rozwiązań, które z jednej strony pozwolą im na określenie kryteriów oceny ofert zgodnie z wymaganiami ustawy a jednocześnie będą pozwalały na określenie realnych wymagań pozwalających na zmaksymalizowanie dokonania wyboru oferty odpowiadającej potrzebą w zakresie przedmiotu zamówienia. Określone przez Zamawiającego wymagania w przedmiocie zamówienia to w zasadzie niekończąca się możliwość doboru kryteriów, bowiem to przedmiot zamówienia, jego charakter i potrzeby zamawiającego kreują budowę kryterium oceny ofert, którego kształt i charakter zdeterminowane są w szczególności rodzajem zamówienia. Poszukiwanie przez Zamawiających kryteriów oceny ofert winno stanowić stały element postępowań, bowiem każde z zamówień w zasadzie jest inne jak również ustawowe wymagania co do kryteriów pozacenowych są szersze czego efektem mogą być ukształtowane przez Zamawiających kryteria oceny ofert nieznanne, niestosowane dotychczas. W tym miejscu warto wskazać dla przykładu kryterium – termin płatności, którego dopuszczalność została potwierdzona w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 roku sygn. akt III CZP 52/02.

Izba wskazuje, że kryteria oceny ofert, ich waga i sposób oceny znane są wykonawcom od momentu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby Odwołujący nie podniósł żadnego argumentu, który wskazywałaby na niedookreślenie bądź to samego kryterium bądź jego wagi albo sposobu obliczenia w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dlatego nie sposób mówić o naruszeniu art. 91 ust. 1 ustawy.

Kryterium ukształtowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu niewątpliwie nie należy do standardowych kryteriów oceny ofert jak termin gwarancji, czy realizacji czy ocena koncepcji np. sprzątnięcia. W ocenie Izby ukształtowane kryterium *Wskaźnik dotyczący podatku VAT (V)* w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia obejmującym wskazany zakres usługi jak również realizowanym wspólnie przez Zamawiających znajduje uzasadnienie.

Po pierwsze Izba wskazuje, że kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia, co wynika z tego, że nie mogą one być związane z właściwościami wykonawcy, ponieważ ustawodawca nie dopuszcza możliwości formułowania kryteriów oceny ofert w oparciu o właściwości wykonawcy. Ukształtowane przez Zamawiającego kryterium oceny oferty z całą pewnością nie jest związane z właściwościami wykonawcy, tym samym skoro nie jest związane z właściwościami wykonawcy to związane być musi z przedmiotem

32

zamówienia, wydaje się, że inna interpretacja nie może znaleźć żadnego uzasadnienia. O powiązaniu danego kryterium oceny ofert z przedmiotem zamówienia nie świadczy jego bezpośredniość w odbiorze. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający w sposób jednoznaczny i przejrzysty wyjaśnił genezę wprowadzenia do postępowania o udzielenie zamówienia takiego kryterium wskazując, że Zamawiającymi w postępowaniu, którzy to zamówienie prowadzą wspólnie są Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: PKP S.A.) oraz PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą

w Warszawie (dalej: PKP PLK S.A.) oraz wyjaśniając jednocześnie w ramach prowadzonego postępowania, że PKP S.A. odpowiada za utrzymanie czystości na dworcach kolejowych a PKP PLK S.A. odpowiada za utrzymanie czystości na peronach i infrastrukturze kolejowej. Zamawiający wyjaśnił również, że stawka podatku VAT jest różna dla usługi sprzątnięcia – utrzymania czystości terenów otwartych i terenów zamkniętych (do terenów otwartych zalicza się m. in. „międzytorza”, perony). Zamawiający podniósł również, że inny jest sposób utrzymania czystości terenów otwartych i terenów zamkniętych z uwzględnieniem w szczególności częstotliwości wykonywania usługi. Stawka podatku VAT dla usługi utrzymania czystości terenów otwartych wynosi 8% natomiast dla terenów zamkniętych 23%. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, na co wskazywał Zamawiający, że niemożliwe jest zaoferowanie realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia jedynie przy uwzględnieniu stawki podatku VAT 23%. Usługi objęte przedmiotem zamówienia zostały przez zamawiającego wyodrębnione, wskazane i opisane w przedmiocie. Odwołujący w swej argumentacji posłużył się przykładem wskazującym na wewnętrzną sprzeczność wprowadzonego kryterium w przypadku zastosowania jedynie stawki podatku 23 % VAT jednakże Izba podkreśla, że Odwołujący użył tego przykładu jedynie wydaje się obrazowo, w oderwaniu od realiów rozpoznawanej sprawy bez jakiegokolwiek argumentacji faktycznej pozwalającej uprawdopodobnić zasadność twierdzenia o możliwości zastosowania w postępowaniu jedynie stawki 23% podatku VAT. Taka jedynie matematyczna argumentacja z pewnością jest obrazowa lecz jedynie hipotetyczna. Zamawiający argumentował zasadność ukształtowanego kryterium również w oparciu o dotychczasowe doświadczenia w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w tożsamym przedmiocie zamówienia, w ocenie Izby to potwierdza, że w realiach tej sprawy Zamawiający dogłębnie przeanalizował problematykę tegoż kryterium. Zamawiający wyjaśniając podstawy ukształtowanego kryterium wskazał, że wykonawca składający ofertę w postępowaniu (oczywiście na ten moment hipotetycznie) może przenieść koszt realizacji usługi (większość kosztów realizacji usługi ogólnie) do tych pozycji dotyczących usługi na terenach otwartych (gdzie stawka podatku VAT wynosi 8%), co w efekcie prowadzić może do tego, że w sposób nierówny rozłożone są koszty realizacji usługi, które mogłyby obciążać w sposób ponad miarowy wynikający z realizacji samej usługi

33

PKP PLK S.A., a co związane jest bezpośrednio z ustalaniem opłat podstawowych (na podstawie ustawy z dnia 28 marca 2016 roku o transporcie kolejowym (tj. Dz. U. z 2015 roku poz. 1297 ze zmianami) oraz rozporządzenie Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 16 czerwca 2014 roku w sprawie warunków dostępu i korzystania z infrastruktury (Dz. U. z 2014 roku poz. 788). Zamawiający zaznaczył w przedstawionej argumentacji, że taka sytuacja miała miejsce w innym postępowaniu co legło u podstaw unieważnienia wcześniej prowadzonej procedury o udzielenie zamówienia. Zamawiający zaznaczył także, że faktycznym płatnikiem podatku VAT w tym postępowaniu jest przedsiębiorca a dla Zamawiającego VAT w tym postępowaniu jest neutralny, tym samym kryterium jakie przyjął Zamawiający powoduje, że koszty realizacji usługi wyliczone przez wykonawców są realne. Izba zaznacza, że realność wyliczenia kosztów realizacji usługi jest bezpośrednio i nierozdzielnie związana z przedmiotem zamówienia. Zaznaczyć bowiem należy, że opisany przedmiot zamówienia nie jest kwestionowany, choć Odwołujący wskazuje na naruszenie art. 29 ustawy ale nie wyjaśnia na czym polegałoby uchybienie Zamawiającego, nie wykazał wykonawca czego brakuje w dokumentacji postępowania. Odniesienie się przez art. 29 ustawy do kryteriów oceny ofert w tym wypadku nie jest zasadne, bowiem Zamawiający w sposób jednoznaczny i precyzyjny podał w formularzu cenowym dla każdego z zadań ilość metrów kwadratowych powierzchni otwartych i zamkniętych jakie są objęte realizacją usługi jak również wymaga podania stawki za 1 m² co eliminować powinno po stronie wykonawcy jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie przedmiotu zamówienia. Izba zaznacza, że czym innym jest prawidłowość zastosowania dla danej czynności, rodzaju usługi prawidłowej stawki podatku VAT a czym innym w realiach rozpoznawanej sprawy przeniesienie czy też umieszczenie kosztów realizacji usługi w kwocie netto w innej pozycji. Argumentacja Odwołującego sprowadza się w zasadzie do twierdzenia o „przerzucaniu” czy też „maskowaniu” danych usług pod usługi posiadające odpowiedni ze względu na zastosowane przez Zamawiającego kryterium VAT w zasadzie potwierdza zasadność i prawidłowość wprowadzenia tego kryterium w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Stanowisko Odwołującego pomija jeden istotny aspekt, że skoro wartość

podatku VAT – co nie było kwestionowane przez Odwołującego – w zasadzie dla Zamawiającego jest neutralna to wskazywana przez Odwołującego swego rodzaju inżynieria działania prowadzi do wniosku, że tego typu działania stanowią realne zagrożenie w tym postępowaniu przekładające się w rzeczywistości na przedmiot zamówienia. Iżba zaznacza, że taki sposób ukształtowania kryterium będzie powodował, że nieopłacalne po stronie wykonawcy będzie niedofinansowanie usług utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych (23% VAT) co przełoży się na faktyczną realność jakości świadczonej tam usługi, która zostanie wyceniona prawidłowo z uwzględnieniem wszystkich przedmiotowych założeń, a w efekcie będzie prowadziło również do realnej wyceny usług utrzymania

34

czystości powierzchni zewnętrznych (7 % VAT). Ukształtowany w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia mechanizm kryterium wskaźnika dotyczącego podatku VAT przez Zamawiającego w zasadzie pozwala na stwierdzenie, że nie jest opłacalne po stronie wykonawcy „przenoszenie” kosztów realizacji usługi a tym samym niedoszacowanie jednych usług (wewnętrznych) i przeszacowanie innych (zewnętrznych). Resumując tę część należy podkreślić, że przy tak ukształtowanym kryterium wykonawcom nie będzie się „opłacało” obniżać w sposób sztuczny kosztów realizacji usług wewnątrz, a to oznacza, że usługi te również nie będą niedofinansowane a co za tym idzie jakość świadczonych usług będzie odpowiadała wymaganiom Zamawiającego. Wskazał na to również Zamawiający w argumentacji przedstawionej w czasie rozprawy, że znaczenie dla tak ukształtowanego kryterium ma to, że podstawą nie jest to, jakiej usłudze ma być przypisana jaka stawka podatku VAT bo to jest z góry przewidziane (o czym była mowa wyżej), a istotą jest przeciwdziałanie przenoszeniu kosztów netto realizacji usługi z pozycji objętych 23% stawką podatku VAT do pozycji z 8 % stawką podatku VAT co umożliwiłoby wykonawcom w przypadku takiego zabiegu uzyskanie większego przychodu netto przy tej samej cenie brutto. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzą dwaj Zamawiający odpowiedzialni przedmiotowo i jakościowo za różne usługi a w konsekwencji zobowiązani również finansowo za ich realizację w odpowiednim zakresie, co dla jakości usługi a w konsekwencji jej finansowania ma niewątpliwie znaczenie uzasadniające również tak ukształtowane kryterium oceny ofert. Wydaje się za słuszne stwierdzenie, że tak ukształtowane kryterium nagradza wykonawcę który gwarantuje realizację usługi zgodnie z wymaganiami Zamawiającego co realnie przenosi się na wycenę danych pozycji zarówno tych z 23% VAT-em jak i tych z 8% VAT-em. Z opracowania własnego Zamawiającego (dowód nr 2), które zawiera zestawienie dwóch tabel z uprzednio prowadzonego postępowania a w którym nie zostało zastosowane kwestionowane obecnie kryterium, wynika, że wykonawca, który zastosował stawkę podatku VAT 23%, precyzyjniej i dokładniej wycenił usługi i przypisał im stawki podatku VAT przy zastosowaniu kryterium, o którym mowa, uzyskałby wyższą ilość punktów. Wymaga podkreślenia, że ta argumentacja Zamawiającego oparta na zaistniałej sytuacji w sposób bardzo realistyczny potwierdza zasadność tego kryterium. Na względzie należy mieć również, że postępowanie do którego odwoływał się Zamawiający zostało unieważnione z powodu braku środków finansowych po stronie Zamawiającego na realizację usługi odnośnie zewnętrznych obiektów gdzie jest 8 % stawka podatku VAT (PKP PLK S.A) jednocześnie przy niskich kwotach za realizację usługi wewnątrz przy 23 % stawce podatku VAT (PKP S.A.).

Odnośnie argumentacji zawartej w odwołaniu a odnoszącej się do wskazanych tam przykładowych wyliczeń matematycznych, z których to jak twierdzi Odwołujący wynika, że

35

nie będzie najkorzystniejszą ofertą z najniższą ceną Iżba wskazuje, że kryteria pozacenowe nie mają za zadanie prowadzić do wyboru oferty najtańszej, ich zadaniem jest prowadzenie do wyboru oferty najkorzystniejszej, może droższej, ale najkorzystniejszej pod względem jakości, sposobu i adekwatności do potrzeb Zamawiającego świadczenia usługi. W zasadzie tak przygotowana argumentacja Odwołującego przeczy w ocenie Iżby temu na okoliczność czego była podniesiona, bowiem skoro Zamawiający w sposób bardzo czytelny przewidział i opisał przedmiot zamówienia to ceny ofert, w tym ich rozkład za poszczególne rodzaje usług, musi być porównywalny z uwagi na świadczenie usługi tzn. oczywiście będzie różnił się cenowo co do kwot globalnych ale proporcje nie powinny zostać zachwiane, bowiem to

wynika z opisu zamówienia. Zastosowanie natomiast inżynierii działania matematycznego spowoduje zachwianie takiej „równowagi” czemu właśnie przeciwdziała wprowadzone kryterium oceny oferty. Nie sposób zakładać, że wykonawcy z góry przewidują jakąś matematyczną kombinację, która wypacza sens wyceny i nie gwarantuje jakości świadczonej usługi w poszczególnych zakresach ale przy takiej argumentacji nie sposób oprzeć się wrażeniu, że wykonawcy skupiając się na cenie ogólnej oferty poszukują rozwiązań pomijających w zupełności istotę, czyli realność jakości świadczonej usługi, jej jakość i zakres. Odwołujący wskazywał w tym kontekście na naruszenie zasad (art. 7 ust. 1 ustawy) równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, jednakże w ocenie Izby nie wykazał na czym to naruszenie miało polegać.

Kryterium wprowadzone przez Zamawiającego odnosi się do przedmiotu zamówienia, bowiem w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia z uwzględnieniem faktu ogłoszenia postępowania przez dwóch Zamawiających, kryterium to urealnia rzeczywisty sposób świadczenia usługi utrzymania czystości w różnych obiektach i miejscach przez przyzmat danej kwoty z podatku VAT (a nie stawki) odnosi się do realności wyceny a co za tym idzie realności uwzględnienia wszystkich elementów sposobu świadczenia usługi opisanych przez Zamawiającego. Izba podkreśla, że w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wskazuje się na dalekie powiązania pomiędzy przedmiotem zamówienia a kryteriami oceny oferty. Podkreślenia wymaga, że kryterium pozacenowe ma urealnić wybór oferty najkorzystniejszej przedmiotowo, jakościowo i w tym wypadku nie sposób odmówić takie znaczenia zaproponowanemu przez Zamawiającego kryterium.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, że takie kryterium oceny oferty faworyzuje któregoś z wykonawców, ponieważ wszyscy wykonawcy w tym postępowaniu mają dostępny opis przedmiotu zamówienia przygotowany przez Zamawiającego w sposób bardzo przejrzysty i przystępny, a ponieważ nie zostały do niego zgłoszone żadne zarzuty wydaje się, że również zrozumiały dla wykonawców. Odwołujący nie wskazał na czym owo faworyzowanie jakiegoś wykonawcy miałoby polegać.

36

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

37