

**WYROK**  
**z dnia 27 czerwca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Kisiel**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **Vendi Servis Sp. z o.o. z siedziba w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Lidzbarku Warmińskim**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miejskiemu Ośrodkowi Pomocy Społecznej w Lidzbarku Warmińskim unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp a następnie dokonanie czynności oceny ofert złożonych w prowadzonym postępowaniu,
2. kosztami postępowania obciąża **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Lidzbarku Warmińskim** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Vendi Servis Sp. z o.o. z siedziba w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Lidzbarku Warmińskim** na rzecz wykonawcy **Vendi Servis Sp. z o.o. z siedziba w Łodzi** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu: wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

**Przewodniczący:** .....

## **UZASADNIENIE**

Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Lidzbarku Warmińskim Skarb Państwa (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dożywianie dzieci w szkołach i przedszkolach w Lidzbarku Warmińskim w okresie 1 września 2017 - 30 czerwca 2019.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

W dniu 16 maja 2017 roku na stronie internetowej Zamawiającego zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”). W dniu 28 maja 2017 r. (niedziela) Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej informację o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (pisma 26 maja 2017 r). Wykonawca Vendi Servis Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Odwołujący”) twierdził, że miał możliwość zapoznania się z tą informacją dopiero w dniu 29 maja 2017 r. (poniedziałek). Z treści pisma wynika, że Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp z powodu wystąpienia niemożliwej do usunięcia wady, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 2 czerwca 2017 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegających na zaniechaniu wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia prowadzonego postępowania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 1 Pzp, przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy:
  - a) postępowanie nie było obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, bowiem SIWZ zawierała wszystkie niezbędne informacje do sporządzenia niepodlegającej odrzuceniu i nadającej się do oceny oferty;

- b) umowa którą miałyby zawrzeć Zamawiający z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą, nie podlegałyby unieważnieniu;
2. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 138o ust. 2 Pzp, przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferty wszystkich wykonawców nie podlegały odrzuceniu i nadawały się do oceny zgodnie z kryteriami oceny ofert opisanymi w SIWZ, co naruszę zasadę przejrzystości udzielania zamówień o wartości poniżej tzw. progu unijnego.

Odwołujący wnosił o unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący wyjaśniał, że prowadzone postępowanie nie było obarczone wadą.

W pkt 1 rozdziału XVI SIWZ - „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert” Zamawiający wskazał, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty będzie się kierował następującymi kryteriami:

- a) koszt usługi - 60%
- b) doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia - 40%.

Z kolei w pkt 3 rozdziału XVI SIWZ doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia zostało opisane jako ilość pełnych lat pracy w zawodzie. Zamawiający zsumuje liczbę pełnych lat pracy w zawodzie, odpowiadającym przedmiotowi zamówienia u wybranych 5 osób skierowanych do pracy w ramach zadania. Zamawiający przydzieli punkty w kryterium w następujący sposób:

- a) lata stażu łącznie: 0-29 - 10 pkt;
- b) lata stażu łącznie: 30-54 - 20 pkt;
- c) lata stażu łącznie: 55-100 - 40 pkt.

W załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający przedstawił wzór formularza ofertowego. We wzorze tym Zamawiający wymagał od wykonawców określenia jedynie kosztu usługi. Brak było natomiast rubryki dotyczącej kryterium „Doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”.

Odwołujący podnosił, że w ocenie Zamawiającego brak we wzorze formularza ofertowego pozycji dotyczącej kryterium „Doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” stanowiło wadę, której po otwarciu ofert nie sposób już usunąć.

Odwołujący nie zgadzał się z takim ze stanowiskiem Zamawiającego. Podkreślał, że zgodnie z pkt 3 rozdziału XIII SIWZ pn. „Opis sposobu przygotowania oferty” wykonawcy mieli możliwość sporządzenia formularza ofertowego według własnego wzoru. Wówczas Zamawiający wymagał, aby zawierał on wszystkie informacje zawarte w formularzu stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. Z postanowienia pkt 3 rozdziału XIII SIWZ pn. „Opis sposobu przygotowania oferty” wynika, że załącznik nr 1 zawierał minimalną wymaganą ilość informacji, które wykonawcy musieli zawrzeć w ofercie, aby umożliwić jej porównanie z innymi ofertami. Każda oferta musi zawierać cenę ofertową. Jeżeli wykonawca nie podaje ceny ofertowej, nie sposób uznać, że w ogóle składa on ofertę w rozumieniu przepisów Pzp. Odwołujący wyjaśniał, że gdyby wykonawcy złożyli ofertę niezawierającą ceny, to Zamawiający musiałby taką ofertę odrzucić na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Wykonawcy nie musieli natomiast obligatoryjnie określać lat stażu pracy osób przewidzianych do realizacji zamówienia. Wykazanie lat stażu pracy nie stanowiło ani warunku udziału w postępowaniu, ani kryterium oceny ofert, bez którego oferta nie mogła być oceniona. Oferta niezawierająca informacji potrzebnych do przyznania punktów w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” nie podlegała odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ.

Zdaniem Odwołującego wykonawca, który chciał uzyskać punkty w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” mógł dokonać takiego wskazania. Brak w załączniku nr 1 do SIWZ pozycji, w której wykonawcy mogliby dokonać określenia stażu pracy pracowników przewidzianych do realizacji, nie uniemożliwiało wykonawcom dokonanie takiego określenia, a co za tym idzie uzyskanie punktów w kryterium „Doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”. Skoro załącznik nr 1 do SIWZ zawierał jedynie minimalną, wymaganą przez Zamawiającego treść formularza ofertowego, to nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawcy sporządzili formularz ofertowy według własnego wzoru (uprawnienie takie wynika wprost z pkt 3 rozdziału XIII SIWZ pn. „Opis sposobu przygotowania

oferty”). Sporządzając formularz ofertowy według własnego wzoru, wykonawcy mieli możliwość zawrzeć w nim informacje dotyczące stażu pracy pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia.

Ponadto Odwołujący twierdził, że wykonawcy, którzy chcieli uzyskać punkty w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” mogli sporządzić stosowne oświadczenie stanowiące załącznik do formularza ofertowego. W taki sposób ofertę sporządzili Odwołujący i wykonawca B.M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą SMACZEK B.M.. Ofertę stanowi nie tylko formularz oferty, ale też inne dokumenty, a taką ofertę należy czytać łącznie {tak też słusznie Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach: z dnia 27 maja 2014 r., KIO 953/14; z dnia 28 lutego 2013 r., KIO 229/13).

Skoro pozostali wykonawcy nie skorzystali z możliwości sporządzenia formularza ofertowego według własnego wzoru, albo uzupełnienia o dodatkowe oświadczenie formularza ofertowego sporządzonego według wzoru Zamawiającego, to ich oferty nie podlegały ocenie w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”. Złożenie oświadczeń czy podanie informacji niezbędnych do przyznania punktów w tym kryterium, nie było warunkiem koniecznym złożenia prawidłowej i ważnej oferty.

Oferty złożone przez wszystkich Wykonawców nadawały się do oceny i były porównywalne. Wykonawcy, którzy nie podali w treści oferty informacji dotyczących kryterium „Doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, winni otrzymać 0 pkt w tym kryterium. Wykonawcy, którzy podali informacje dotyczącego tego kryterium, powinni otrzymać punkty wyliczone zgodnie z pkt 3 rozdziału XVI SIWZ.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest zatem obarczone wadą, która by uniemożliwiła zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Specyfikacja zawierała informacje umożliwiające sporządzenie prawidłowej i ważnej oferty. Oferty wszystkich wykonawców nie podlegały odrzuceniu i nadawały się do oceny. Po dokonaniu oceny ofert możliwe było wybranie oferty najkorzystniejszej. Umowa, którą zawarłby Zamawiający z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą, nie podlegałaby unieważnieniu. Unieważnienie umowy jest możliwe w przypadku zaistnienia przesłanek wymienionych w art. 146 ust. 1 Pzp. W ocenie Odwołującego żadna z przesłanek wskazanych w art. 146 ust. 1 Pzp nie

została spełniona. Unieważnienia umowy nie mógłby żądać również Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z art. 146 ust. 6 Pzp. Zadaniem Odwołującego postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Żaden z wykonawców nie wniósł odwołania na treść SIWZ. Zamawiający nie odrzucił oferty żadnego z wykonawców, co potwierdza że oferty te były zgodne z treścią SIWZ i nadawały się do oceny. W opinii Odwołującego nie istniały przeszkody, aby Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą i zawarł ważną umowę z wykonawcą, który taką ofertę złożył.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowano powyżej) i jest właściwie bezsporny. Odwołujący i Zamawiający różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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. Odwołujący złożył ofertę w ramach prowadzonego postępowania, która w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert, mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wykazał w ten sposób, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów Pzp, gdyż pozbawiony został możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Po dokonaniu oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Analiza treści przepisu art. 93 ust. 1 Pzp wprost prowadzi do wniosku, że katalog przesłanek unieważnienia postępowania ma charakter katalogu zamkniętego i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający jest zobligowany unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby Zamawiający, unieważniając postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jest uprawniony do brania pod uwagę zarówno okoliczności, skutkujących unieważnieniem zawartej umowy wynikających z art. 146 ust. 1 Pzp, jak i powinien brać pod uwagę okoliczności, związane z unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 6 Pzp.

Zgodnie z art. 146 ust. 1 Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli Zamawiający:

1. z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;
2. nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
3. zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
4. uniemożliwił składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem;



5. uniemożliwił wykonawcom, z którymi została zawarta umowa ramowa, złożenie ofert w procedurze konkurencyjnej o udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej, o ile nie wszystkie warunki zamówienia zostały określone w umowie ramowej;
6. z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę;
7. zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 67 ust. 12.

Natomiast przepis art. 146 ust. 6 Pzp stanowi, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Osią sporu w rozpoznawanej sprawie jest stwierdzenie, czy Zamawiający był uprawniony do unieważnienia prowadzonego postępowania, powołując się przy tym na przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zdaniem Izby na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

W rozpoznawanej sprawie Izba stanęła na stanowisku, że nie wystąpiły okoliczności obligujące Zamawiającego do unieważnienia prowadzonego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. W szczególności okolicznością taką nie jest brak zamieszczenia we wzorze formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, rubryki dotyczącej kryterium „Doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”.

Izba wskazuje, że Zamawiający w SIWZ jasno i czytelnie określił kryteria oceny ofert, jednocześnie przypisał im określone wagi (koszt usługi - 60%, doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia - 40%). Żadnych wątpliwości nie budzą również postanowienia siwz w zakresie przydziału punktów w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, ponieważ Zamawiający precyzyjnie uregulował tą materię w następujący sposób:

- a) lata stażu łącznie: 0-29 - 10 pkt;
- b) lata stażu łącznie: 30-54 - 20 pkt;
- c) lata stażu łącznie: 55-100 - 40 pkt.

W zakresie rozpoznania omawianych zarzutów nie sposób również pominąć treści pkt 3 rozdziału XIII SIWZ pn. „Opis sposobu przygotowania oferty” z którego wynika, że wykonawcy mieli możliwość sporządzenia formularza ofertowego według własnego wzoru. Wówczas Zamawiający wymagał, aby zawierał on wszystkie informacje zawarte w formularzu stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ.

Wobec tego zdaniem Izby oczywistym jest, że załącznik nr 1 zawierał jedynie minimalną wymaganą ilość informacji, które wykonawcy musieli zawrzeć w ofercie, aby umożliwić jej porównanie z innymi ofertami.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że rację ma Odwołujący który twierdził, że brak w załączniku nr 1 do SIWZ pozycji, w której wykonawcy mogliby dokonać określenia stażu pracy pracowników przewidzianych do realizacji, nie uniemożliwiało wykonawcom dokonanie takiego określenia, a co za tym idzie uzyskanie punktów w kryterium „Doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”. Skoro załącznik nr 1 do SIWZ zawierał jedynie minimalną, wymaganą przez Zamawiającego treść formularza ofertowego, to nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawcy sporządzili formularz ofertowy według własnego i zawarli w nim informacje dotyczące stażu pracy pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia. Ponadto wykonawcy, którzy chcieli uzyskać punkty w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” mogli sporządzić stosowne oświadczenie stanowiące załącznik do formularza ofertowego. W taki sposób ofertę sporządzili Odwołujący i wykonawca B.M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą SMACZEK B.M..

Zgodzić się również należy z Odwołującym, że w przypadku, gdy pozostali wykonawcy nie skorzystali z możliwości sporządzenia formularza ofertowego według własnego wzoru, albo uzupełnienia o dodatkowe oświadczenie formularza ofertowego, sporządzonego według wzoru Zamawiającego, to ich oferty w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” powinny otrzymać 0 pkt.

Izba nie podziela zapatrywań Zamawiającego, który w toku rozprawy twierdził, że unieważnił postępowanie, aby wszyscy wykonawcy ubiegający się o zamówienie mieli równe szanse w ramach ponownie ogłoszonego przetargu, ponieważ Izba w

prowadzonym obecnie postępowaniu nie dostrzegła naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, polegającego na nierównym traktowaniu wykonawców.

Wobec tego, w ocenie Izby, Zamawiający zamiast unieważnić postępowanie, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, zobowiązany był ocenić oferty złożone przez wykonawców i przyznać im określoną ilość punktów, opierając się o kryteria i sposób oceny opisany w SIWZ. Zaniechanie w tym zakresie należy uznać za naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp.

Podsumowując, analiza zarzutów zawartych w odwołaniu wykazała naruszenie następujących przepisów ustawy - art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp - które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W związku z powyższym Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp a następnie dokonanie czynności oceny ofert złożonych w prowadzonym postępowaniu.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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).

.....