

WYROK
z dnia 14 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Serwis Partner spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Wolski im. dr Anny Gostyńskiej Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie

przy udziale wykonawcy Aspen spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Serwis Partner spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową we Wrocławiu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Serwis Partner spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Serwis Partner spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej we Wrocławiu kwotę 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 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:

Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Wolski im. dr Anny Gostyńskiej Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie kompleksowej usługi sprzątnia i transportu wewnątrzszpitalnego.

21 czerwca 2011 r. zamawiający za pośrednictwem faksu przesłał informację o wynikach postępowania.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Serwis Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa we Wrocławiu wnieśli odwołanie, które wpłynęło formie przypisanej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 1 lipca 2011 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy ocenie złożonych ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego;
- art. 91 ust. 1 Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu uchylenia wyboru oferty Aspen Sp. z o. o. w Krakowie i dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący przywołał wypracowaną przez orzecznictwo Izby interpretację pojęć „treść oferty” oraz „treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia” i wywiódł, że procentowy udział poszczególnych składników cenotwórczych w cenie oferty nie może być uznany za merytoryczne wymaganie zamawiającego w stosunku do zakresu i rozmiarów oferowanego świadczenia. Zarzucił, iż okoliczność, że cena transportu wewnątrzszpitalnego przekracza 30% wartości zamówienia, wskazana jako podstawa odrzucenia oferty jego oferty, nie mieści się w dyspozycji normy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zwłaszcza, że odwołujący stosownym oświadczeniem zobowiązał się do przestrzegania postanowień wzoru umowy oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący podniósł, że przyjęcie uprawnienia zamawiającego do kształtowania udziału poszczególnych składników cenotwórczych w cenie oferty jest nie do pogodzenia z art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp, skoro zamawiający ma wskazać jedynie sposób obliczenia ceny, a dokonanie obliczenia jest prawem i obowiązkiem wykonawcy. Argumentował, że zamawiający ustalił ryczałtowy charakter ceny oraz wskazywał, że cena oferty nie może być

utożsamiana z wartością zamówienia obliczoną przez zamawiającego. Odwołujący wywodził w oparciu o powyższą argumentację, że zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 20 maja 2011 r., zgodnie z którą usługa o kodzie CPV 63.00.00.00 - 9 nie może przekraczać 30% wartości zamówienia, nie wywiera skutków prawnych.

Aspen Sp. z o. o. w Krakowie 6 lipca 2011 r. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Z samego faktu, że pełnomocnictwo dla Pani Dominiki W., która podpisała odwołanie, zostało udzielone z datą wcześniejszą, niż daty złożonych wraz z odwołaniem odpisów z KRS wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie można wywodzić wniesienia odwołania przez osobę nieuprawnioną. Izba zważyła, że osoby udzielające pełnomocnictwa są uprawnione do składania oświadczeń w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Pełnomocnictwo prawidłowo udzielone mocuje pełnomocnika do działania w imieniu mocodawcy osoby prawnej, niezależnie od zmian osobowych w zarządzie, chyba, że zostało odwołane (vide: art. 101 k.c.).

Zamawiający, wywodzący ze swoich twierdzeń skutek prawny w postaci odrzucenia odwołania, nie uprawdopodobnił, ani nie przedstawił dowodu na okoliczność, że w dacie udzielania pełnomocnictwa osoby pod nim podpisane nie mogły składać oświadczeń woli w imieniu wykonawców lub pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp. Izba zważyła, że przedmiotem zarzutów odwołania nie jest treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz ocena prawidłowości czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwzględnieniem treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w brzmieniu ustalonym 20 maja 2011r. Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że odrzucenie oferty z powodu pominięcia wymagania dotyczącego wartości usługi transportu wewnątrzszpitalnego narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i zarzut ten podlega rozpoznaniu co do istoty. Ocena, czy zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 20 maja 2011 r. wywiera skutki prawne, stanowi okoliczność prawną związaną z podniesionym zarzutem i nie uniemożliwia merytorycznego rozpoznania odwołania.

Wobec powyższego Izba przeprowadziła rozprawę podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko, a zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30

kwietnia 2011r pod numerem 2011/S 84-138123.

Zgodnie z pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotem postępowania jest świadczenie kompleksowej usługi sprzątnia i transportu wewnątrzszpitalnego.

Zamawiający wymagał w pkt 3.6 specyfikacji zapewnienia obsady personalnej w ilości 81 etatów w podziale na 58 etatów sprzątnia oraz 23 etaty na transport wewnątrzszpitalny.

Zamawiający wymagał wskazania w formularzu ofertowym, załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odrębnie ceny za usługę sprzątnia oraz ceny za usługę transportu wewnątrzszpitalnego w ujęciu miesięcznym oraz za cały okres obowiązywania umowy oraz stanowiącej sumę dwóch ostatnich czynników cenę oferty.

Kwoty te będą wpisane w § 2 istotnych dla stron postanowień umowy, załącznika nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia . Zamawiający oświadczył na rozprawie, że będzie wystawiał dwie niezależne faktury odrębnie za usługę sprzątnia oraz usługę transportu wewnątrzszpitalnego.

W § 5 istotnych dla stron postanowień umowy zamawiający przewidywał odrębne naliczenie kar umownych w przypadku nienależytego wykonania usługi sprzątnia albo usługi transportu wewnątrzszpitalnego.

Zgodnie z pkt 13 specyfikacji istotnych warunków zamówienia cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

Ustalając pkt 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób obliczenia ceny oferty zamawiający wymagał , aby wykonawca skalkulował wszystkie koszty realizacji zamówienia, w tym koszty pracy i sprzętu, transportu, opłaty i podatki, w tym podatek VAT. Ustalił, że cena brutto wskazana w formularzu ofertowym stanowi podstawę oceny ofert, służy porównaniu i wyborowi najkorzystniejszej oferty oraz dotyczy świadczenia kompleksowej usługi sprzątnia i transportu wewnątrzszpitalnego, obejmującego wszystkie elementy składowe przedmiotu zamówienia (...) i stanowi sumę cen brutto.

20 maja 2011r. zamawiający dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, m.in. w pkt 3 ust. 2 dodając do kodów CPV odnoszących się do usługi sprzątnia dopisał kod 63.00.00.00-9 - usługi dodatkowe i pomocnicze w zakresie transportu.

Zamawiający poinformował jednocześnie, że „w załączniku Nr 1 do siwz wykreśla się z „Dodatkowych wymagań Zamawiającego” punkt 2 – przejęcie przez wykonawcę 28 osób na mocy art. 23¹ kodeksu pracy oraz wymóg minimalnej obsady personalnej w ilości 81 etatów w podziale na 58 etatów sprzątnia i 23 etaty na transport wewnątrzszpitalny. Podana ilość etatów ma charakter wyłącznie informacyjny”.

Jednocześnie zamawiający ustalił, że wartość usług o kodzie CPV 63.00.00.00-9 nie może stanowić więcej, niż 30% wartości zamówienia.

Również 20 maja 2011r. zamawiający wyjaśnił treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na pytanie nr 44 w brzmieniu: „Czynności pomocnicze, tak jak transport wewnętrzny, podlegają

zwolnieniu z podatku VAT. Proszę wyodrębnić je w formularzu oferta.”, odpowiedział „Czynności pomocnicze zawarte są w zakresie transportu wewnątrzszpitalnego.”

W postępowaniu złożono 5 ofert.

Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną w kwocie 5.431.716,00 zł, na którą składały się: cena za usługę sprzątnięcia w kwocie 2.520.015,84 zł oraz cena za transport wewnątrzszpitalny w kwocie 2.893.700, 16 zł. Odwołujący, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, złożył na formularzu ofertowym oświadczenie, że zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie wnosi do niej zastrzeżeń, zobowiązuje się do stosowania i ścisłego przestrzegania jej postanowień oraz, że akceptuje projekty umów.

Przystępujący złożył ofertę z drugą co do wysokości ceną w kwocie 6.891.096,24 zł na którą składały się: cena za usługę sprzątnięcia w kwocie 5.110.877, 88 zł oraz cena za transport wewnątrzszpitalny w kwocie 1.780.218, 36 zł.

Zamawiający odrzucił 3 oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z racji pominięcia wymagania, dotyczącego procentowego udziału poszczególnych elementów ceny w cenie oferty.

Izba dokonała ustaleń na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jej zmiany z 20 maja 2011r., wyjaśnień specyfikacji z 20 maja 2011r., ofert odwołującego i przystępującego, pisma informującego o wynikach postępowania oraz odrzuceniu ofert z 21 czerwca 2011r., znajdujących się w aktach sprawy w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez zamawiającego lub oryginałów okazanych na rozprawie.

Do usługi sprzątnięcia stosuje się podstawową stawkę podatku od towarów i usług w wysokości 23%, natomiast usługa transportu wewnątrzszpitalnego podlega stawce 0%, co jest okolicznością powszechnie znaną i bezsporną.

Izba odmówiła mocy dowodowej złożonym przez przystępującego: odwołaniu wniesionemu przez odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez szpital we Włocławku, postanowieniu o umorzeniu postępowania odwoławczego oraz dotyczących postępowania prowadzonego przez szpital w Słupsku: zestawienia ofert, zmiany wzoru umowy, informację z otwarcia ofert oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Okoliczności faktyczne, dla stwierdzenia których dowody te są składane dotyczą innych postępowań prowadzonych przez innych zamawiających.

Izba uznała, że przywołane dokumenty, mogą ewentualnie potwierdzać oświadczenie przystępującego, iż zastrzeżenie przez zamawiającego możliwości rezygnacji w czasie wykonywania umowy z usługi transportu wewnątrzszpitalnego, przynosi skutek w postaci wysokości udziału tej usługi, w cenie oferty dotyczącej łącznie kompleksowej usługi sprzątnięcia oraz transportu, w wysokości 2-10%.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jako wykonawca, który złożył ofertę z najniższą ceną, posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia,

a naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego powodują, że może ponieść szkodę w postaci utraty korzyści związanych z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w ślad za poglądami Sądów Okręgowych, wyrażany jest pogląd, zgodnie z którym, brak skutecznego odwołania wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie oznacza, że postanowienia specyfikacji sprzeczne z przepisami ustawy wiążą strony i wywierają skutki prawne w dalszym etapie postępowania. Brak wniesienia środków ochrony prawnej nie konwaliduje wadliwych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wymagania zamawiającego zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeśli są niezgodne z przepisami o charakterze bezwzględnie obowiązującym, jako nieważne *ex lege* (art. 58 § 1 k.c. w związku z art. 14 Pzp) nie mają mocy wiążącej.

Jeśli zmiana specyfikacji z 20 maja 2011r., dotycząca wartości usługi oznaczonej kodem CPV 63.00.00.00-9 jest sprzeczna z przepisami, to fakt jej nieuwzględnienia przez odwołującego nie może przynieść dla niego negatywnych konsekwencji, a odrzucenie złożonej przez niego oferty na podstawie tego wymagania zamawiającego, będzie musiało być uznane za naruszające przepisy ustawy.

Zatem w celu rozpoznania zarzutów odwołania, w pierwszym rzędzie należało dokonać oceny, czy zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiąca podstawę odrzucenia oferty odwołującego ustaliła wymagania zgodne z przepisami ustawy.

Izba uwzględniła pogląd zamawiającego, że użyte w treści zmiany specyfikacji pojęcie „wartość zamówienia” należy odnieść do wysokości ceny oferty, zobowiązania zamawiającego w ramach przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem do art. 2 pkt 13 Pzp, nie zaś do art. 32 ust. 1 Pzp. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia rozumieli je też w jednolity sposób, sam odwołujący nie twierdził przeciwnie.

Izba uznała nadto, że przez odpowiedź na pytanie 44 z 20 maja 2011 r., zamawiający jednoznacznie ustalił, że uznaje usługi pomocnicze za element składowy usługi transportu wewnątrzszpitalnego i oczekuje ich łącznej wyceny. Powoduje to, że w systematyce opisu przedmiotu zamówienia przyjętej w postępowaniu kod CPV 63.00.00.00-9 dotyczący usług dodatkowych i pomocniczych w zakresie transportu, odnosi się do pełnego zakresu usługi transportu wewnątrzszpitalnego.

W orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się jednolicie, iż pojęcie „treść oferty” w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp należy utożsamiać ze świadczeniem wykonawcy, treścią zobowiązania wykonawcy względem zamawiającego w związku z realizacją przyszłej umowy. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozumiana jest jako niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego wyłącznie w aspekcie

merytorycznym, dotyczącym przedmiotu zamówienia.

„Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w SIWZ, co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego”.(tak m.in. wyrok z 24 października 2008r., KIO/UZP 1093/08, uzasadnienie wyroku z 9 sierpnia 2010r., KIO 1530/10).

Nie budzi wątpliwości Izby, że postanowienie specyfikacji, zgodnie z którym wykonawcy winni uwzględnić wartość usługi transportu wewnątrzszpitalnego w wysokości nie większej, niż 30% ceny oferty ma charakter merytorycznego wymagania zamawiającego. Izba podzieliła pogląd zamawiającego, że w okolicznościach postępowania, wymaganie to odnosi się do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie ilościowym, ustala rozmiar usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła, że dychotomiczny charakter przedmiotu zamówienia na który składają się dwie usługi, różniące się zakresem oraz podlegające opodatkowaniu według różnych stawek podatku od towarów i usług, miało dla zamawiającego istotne znaczenie, co znalazło odzwierciedlenie w licznych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczących m.in. Opisu poszczególnych elementów zamówienia, kar umownych, wystawiania faktur. Również w postanowieniach dotyczących sposobu obliczania ceny zamawiający podkreślił rozdzielność tych usług.

Izba uznała również, że postanowienie specyfikacji ustalające dopuszczalny maksymalny procentowy udział każdej z usług w cenie oferty, ma znaczenie dla realizacji zamówienia, w tym dla rozliczania umowy. Wykonawcy oferują zamawiającemu nie jedno, kompleksowe świadczenie, ale składają ofertę na dwie niezależne usługi wchodzące w skład przedmiotu zamówienia i mające w nim nierówny udział.

Jeśli odwołujący uważał, że relacje wartości usługi sprzątnięcia do usługi transportu są ustalone przez zamawiającego nieprawidłowo, winien okoliczność tę podnieść we właściwym czasie, w szczególności służyło mu uprawnienie do wniesienia odwołania wobec dokonanej zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podnoszenie tej kwestii przez odwołującego dopiero na etapie rozprawy jest działaniem spóźnionym. Wbrew twierdzeniom odwołującego na wcześniejszym etapie postępowania miał on interes w kwestionowaniu postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które następnie legło u podstaw odrzucenia oferty. Przede wszystkim nie można odmówić wykonawcy interesu we wnoszeniu środków ochrony prawnej w celu zapewnienia prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności jeśli ma to bezpośredni związek z możliwością złożenia konkurencyjnej oferty przez danego wykonawcę. Po wtóre, wzruszanie na wcześniejszym etapie postępowania postanowień specyfikacji uznanych za wadliwe, stanowi wyraz należytej staranności oraz profesjonalizmu wykonawcy (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 Pzp). Wykonawca winien mieć świadomość tego, że obowiązkiem zamawiającego jest

przestrzeganie wymagań ustalonych przez siebie w treści specyfikacji, zatem bezpośrednio po dokonaniu spornej zmiany, zaistniała możliwość poniesienia przez odwołującego szkody. Złożenie oświadczenia o akceptacji postanowień specyfikacji, nie sanuje oferty, której treść nie odpowiada ustalonym wymaganiom.

Ryczałtowy charakter wynagrodzenia w żadnym razie nie przemawia przeciwko spornemu postanowieniu specyfikacji. Umówienie się przez strony umowy, że wykonawcy przysługuje wynagrodzenie w określonej kwocie, wynagrodzenie ryczałtowe, oznacza tyle tylko, że nie można żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów prac (art. 632 § 1 k.c. w zw. z art. 750 k.c. w zw. z art. 14 Pzp). Natomiast na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie można przyjąć, że wynagrodzenie takie może być obliczone nieprawidłowo lub nie uwzględniać wymagań ustalonych przez zamawiającego.

Po pierwsze: nie można pominąć, że przepis art. 88 pkt 3 lit. a) Pzp, zgodnie z którym w przypadku ceny oferty określonej za przedmiot zamówienia, albo jego część, przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia, został uchylony przez ustawę z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058)

Po drugie: sposób ustalenia cen za poszczególne usługi nie był w tym przypadku efektem omyłki, lecz jak wynika z przebiegu rozprawy efektem świadomego działania odwołującego.

Na marginesie można jedynie zauważyć, że postanowienie, iż wartość usług o kodzie CPV 63.00.00.00-9 nie może stanowić więcej, niż 30% wartości zamówienia. może być w okolicznościach sporu, również kwalifikowane jako element obliczenia ceny oferty.

Podkreślić też należy, że bezskuteczność postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, można zgodnie z art. 58 § 1 *in fine* k.c. w związku z art. 14 Pzp, wywodzić wtedy, gdy w miejsce postanowień wadliwych zastosowanie znajdą wprost przepisy aktów normatywnych. Przykładowo w razie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, na podstawie sprzecznych z ustawą wymagań specyfikacji adresujących warunki wprost do jednego z wykonawców tworzących konsorcjum, zastosowanie znajdzie art. 23 ust. 3 Pzp, z którego wynika obowiązek łącznej oceny zdolności wykonawców.

Natomiast w przypadku kwestionowanego postanowienia, brak jest norm ustawowych, które mogłyby je zastąpić, jako że zarówno opis przedmiotu zamówienia, jak i ustalenie sposobu obliczania ceny oferty, pozostają zasadniczo w sferze dyspozytywności zamawiającego.

Wbrew wywodom odwołania, w wyniku oceny całości postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała, że w badanym postępowaniu, zamawiający był uprawniony do wprowadzenia wartościowego podziału usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia ustalająca maksymalną dopuszczalną procentową wartość poszczególnych usług w cenie oferty jest prawnie skuteczna.

Zamawiający będąc związany wymaganiami ustalonymi w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia odrzucił ofertę odwołującego, co opowiada prawo.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 nie znalazł potwierdzenia.

Zamawiający nie może ustalonych przez siebie wymagań traktować w ten sposób, że uzna za prawidłowe oferty wykonawców respektujące postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia – jak uczynił to przystępujący – oraz jednocześnie oferty, które wymagania specyfikacji uznały za nienapisane – jak uczynił to odwołujący.

Nie można też pominąć, że z uwagi na różnice w stawce podatku od towarów od usługi sprzątnia i transportu, różnica w cenie ofert wynika w części z wysokości poszczególnych podstaw naliczania podatku. Mając na uwadze, że w przypadku oferty odwołującego relacja ceny za usługę sprzątnia do ceny za usługę transportu kształtuje się mniej więcej jak 50% do 50%, w miejsce dopuszczonych przez zamawiającego, jako graniczne 70% do 30 %, przekroczenie to należy uznać za znaczące.

Ustalanie ceny oferty z pominięciem wymagań zamawiającego mających wpływ tak na wysokość ceny, jak i rentowność wykonania zamówienia dla wykonawcy, nie może być traktowane jako przejaw dopuszczalnego dążenia do uzyskania zamówienia przez wykonawcę. Brak respektowania zasad ustalonych w postępowaniu w celu uzyskania zamówienia nie może być uznane za działanie z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji.

Izba uznała, że przez odrzucenie oferty odwołującego zamawiający nie naruszy, art. 7 ust. 1 Pzp. W konsekwencji nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej.

Powołane orzeczenia Izby o sygnaturach KIO/UZP 144/09 oraz KIO/UZP 1364, 1381, 1388/09. zapadały w sytuacji, gdy zamawiający po otwarciu ofert, uznawał, bez oparcia w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że udział usług objętych stawką VAT 0% jest zbyt duży i dokonywał odrzucenia oferty, nie mogą zatem mieć znaczenia dla rozpoznania zarzutów odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oddaliła odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....