

Sygn. akt: KIO 2548/11

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 8 grudnia 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący : Agnieszka Bartczak-Żuraw**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 8 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2011 r. przez wykonawcę **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 im. Prof. Stanisława Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. 3 Maja 13-15, 41-800 Zabrze**

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków**, uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 im. Prof. Stanisława Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. 3 Maja 13-15, 41-800 Zabrze, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości z uwzględnieniem dezynfekcji w obiektach szpitala wraz z obsługą kuchenek oddziałowych. Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę większą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (powyżej 125.000 euro). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 listopada 2011 r. pod numerem 2011/S 223-362247.

W dniu 29 listopada 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło drogą elektroniczną, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby udostępnionej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, odwołanie wykonawcy Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków, wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”). Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wobec chybionego uznania, że Zamawiający ma prawo kształtować cenę poprzez jej obniżanie o ulgi przysługujące z PFRON-u, w sytuacji gdy przepis ten nie przewiduje takiego uprawnienia dla Zamawiającego, art. 91 ust. 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że ulga przysługująca od PFRON-u może być oceniana jako cena, w sytuacji gdy ceną nie jest.

W związku z powyższym Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu:

1. zmiany treści pkt III.1.4) ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 13.3 SIWZ poprzez ich wykreślenie;
2. wykreślenia załącznika nr 10 do SIWZ.

Jednocześnie Odwołujący oświadczał, że posiada interes prawny i faktyczny we wniesieniu odwołania, albowiem ma możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia, a niniejsze odwołanie wnosi w ustawowym terminie do jego wniesienia.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, co następuje. Zamawiający w pkt III. 1.4)

ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 13.3 SIWZ przewidział, iż Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty przez Wykonawcę odprowadzającego składki na Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych. W takim przypadku wartość przedstawiona w ofercie pomniejszona jest o kwotę ulgi. Maksymalna wysokość ulgi składki na PFRON ustalona przez Zamawiającego miesięcznie wynosi 21 000, 00 PLN, co w ciągu 48 miesięcy daje 1 008 000,00 PLN. W przypadku, gdy Wykonawca poda kwotę ulgi w wysokości wyższej niż ustalona przez Zamawiającego nadwyżka ta nie będzie brana pod uwagę przy ocenie i wyborze ofert. Zgodnie z treścią art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest podać w treści SIWZ sposób obliczenia ceny. Sposób obliczenia ceny nie może być utożsamiany z prawem do narzucenia sposobu jej kalkulacji. Swobodne kalkulowanie ceny jest suwerennym prawem każdego z wykonawców. Prawo to wynika z art. 2 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.). Ograniczenie tej swobody może być wprowadzone wyłącznie na podstawie art. 4, 5 i 8 tejże ustawy. Wykonawca w ofercie podaje cenę w ostatecznej wysokości (uwzględniającą wszystkie koszty ulgi, rabaty, bonifikaty itp.), która nie może być obniżana przez Zamawiającego. Żaden przepis prawa nie daje Zamawiającemu takiego uprawnienia. Przywilej w postaci ulg udzielanych przez PFRON nie można uznać za kryterium oceny ofert. Przepis art. 91 ust. 2 Pzp wyraźnie wskazuje, że kryteriami oceny ofert są cena i kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia w szczególności jakość, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis, terminy w wykonania zamówienia. Zamawiający powinien ocenić cenę podaną przez Wykonawcę. Ulga na PFRON nie jest częścią ceny i jako taka nie podlega ocenie. Ponadto w/w postanowienia ogłoszenia i SIWZ naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zapisy te stawiają w lepszej sytuacji wykonawców, którzy zapewnią Zamawiającemu udzielenie ulgi od składek na PFRON. W załączniku nr 10 Zamawiający przewidział formularz, na którym wybrany wykonawca złoży oświadczenie o wysokości ulgi jaką otrzyma Zamawiający w wysokości składek na PFRON oraz zobowiązanie do utrzymania zadeklarowanej wysokości ulgi w rozliczeniu całkowitym usług przez cały okres obowiązywania umowy. Nie można od wykonawcy oczekiwać, że przewidzi jakie Zamawiający będzie miał odpisy na PFRON, albowiem zależy to wielu zmiennych czynników, niezależnych od wykonawcy takich jak regulacje prawne, wysokość sprzedaży usług, zapłata wynagrodzenia za usługi przez Zamawiającego. Nie można narzucać wykonawcy złożenia oświadczenia, co do okoliczności niemożliwych do przewidzenia. Takie działanie narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołanie zostało podpisane przez Pana Andrzeja R. działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 października 2011 r. udzielonego przez Prezesa Zarządu

Odwołującego Pana Radosława M. uprawnionego do reprezentacji samodzielnej zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Pełnomocnictwo obejmowało upoważnienie do jednoosobowego reprezentowania Odwołującego we wszelkich postępowaniach toczących się przed Krajową Izbą Odwoławczą w Warszawie, w tym również do wnoszenia odwołań.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 29 listopada 2011 r.

Zamawiający w dniu 30 listopada 2011 r. zawiadomił o wniesieniu odwołania poprzez zamieszczenie jego treści na stronie internetowej oraz wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym .

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

W dniu 7 grudnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Odwoławczej wpłynęło drogą faksową pismo Zamawiającego (oryginał pisma wpłynął w dniu 8 grudnia 2011 r.), w którym Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, poinformował, iż uwzględni w całości odwołanie złożone przez Odwołującego. W związku z powyższym Zamawiający zwracał się o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron. Zamawiający informował, że do niniejszego postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca. Wskazywał ponadto, iż w dniu 7 grudnia 2011 r. wykonał czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Pismo podpisane zostało przez Dyrektora dr n. med. Dariusza B. uprawnionego do reprezentacji Zamawiającego zgodnie z odpisem z KRS załączonym do oryginału pisma (wpływ 8 grudnia 2011 r.).

Skoro zatem Zamawiający, prawidłowo reprezentowany, poinformował, że uwzględni w całości odwołanie złożone przez Odwołującego, przyjąć należy, że Zamawiający uznał w pełni zarzuty Odwołującego. Powyższe oświadczenie nie podlega ocenie co do jego zasadności, w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza jest nim związana. W konsekwencji oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania obliguje Krajową Izbę Odwoławczą do umorzenia postępowania odwoławczego. W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp), co, jak oświadczył Zamawiający, zostało wykonane w dniu 7 grudnia 2011 r.

W związku z tym, wobec ustalenia, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu (przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron w sprawie przedmiotowego odwołania);
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego, zgodnie z treścią art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty uiszczonej przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych tytułem wpisu od odwołania stosownie do treści § 5 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**