

Sygn. akt: KIO 798/16

WYROK

z dnia 30 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **„Izan +” sp. z o.o. w Krakowie (31-215), ul. Żabiniec 46, Medassist sp. z o.o. w Krakowie (31-215), ul. Żabiniec 46 oraz Naprzód Service sp. z o.o. w Krakowie (31-215), ul. Żabiniec 46** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Pulmonologii i Torakochirurgii w Bystrej (43-360), ul. J. Fałata 2**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Clar System S.A. w Poznaniu (60-542), ul. Janickiego 20B oraz Hospital System sp. z o.o. w Poznaniu (60-542), ul. Janickiego 20B** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Centrum Pulmonologii i Torakochirurgii w Bystrej unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, a w pozostałym zakresie zarzuty i żądania odwołania uznaje za nieuzasadnione,**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Centrum Pulmonologii i Torakochirurgii w Bystrej** 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 zamówienie: **„Izan +” sp. zo.o. w Krakowie,**

Medassist sp. z o.o. w Krakowie oraz Naprzód Service sp. z o.o. w Krakowie
tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od zamawiającego: **Centrum Pulmonologii i Torakochirurgii w Bystrej**
na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: „**Izan +**” **sp. zo.o.**
w Krakowie, Medassist sp. z o.o. w Krakowie oraz Naprzód Service sp. z o.o.
w Krakowie kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych
zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu
wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień
publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. 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 Bielsku-Białej**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Świadczenie usługi kompleksowego utrzymania czystości w obiektach Centrum Pulmonologii i Torakochirurgii w Bystrej” zostało wszczęte przez Centrum Pulmonologii i Torakochirurgii w Bystrej, zwane dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym przez Zamawiającego Prezesowi Izby piśmie z dnia 17 maja 2016 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2016/S 042-069502) w dniu 1 marca 2016 r.

W dniu 13 maja 2016 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „Izan +” sp. zo.o. w Krakowie, Medassist sp. z o.o. w Krakowie oraz Naprzód Service sp. z o.o. w Krakowie, zwani dalej łącznie Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności unieważnienia przez Zamawiającego prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- a) „art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego dokonania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b) art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 Pzp przez unieważnienie przez Zamawiającego postępowania mimo braku przesłanek określonych w tym przepisie;
- c) art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp w zw. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zastosowanie art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp niezgodnie z jego celem i funkcją,
- d) art. 7 ust. 2 i 3 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców”.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) zapisany został wymóg podania w ofercie jedynie ceny brutto, bez określenia stawki podatku VAT oraz bez wskazywania ceny netto. Podobnie skonstruowano zapisy wzoru umowy. W tych okolicznościach, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie miał obowiązku ustalania, czy poszczególni wykonawcy

zastosowali prawidłową stawkę podatku VAT i porównywania złożonych mu ofert w tym właśnie zakresie. Odwołujący twierdził też, że sam brak żądania w SIWZ podania stawki podatku VAT i ceny netto nie stanowi przesłanki unieważnienia postępowania.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W dniu 19 maja 2016 r. zostało doręczone Prezesowi Izby, sporządzone w formie pisemnej, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego dokonane w imieniu wykonawcy „Scarlett” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. w Bielsku-Białej. Zgłoszenie to zostało opatrzone dwoma podpisami. Pierwszy z nich został złożony (zgodnie z pieczęcią imienną, którą został on opatrzony) przez P. M., mającego (zgodnie z powołaną pieczęcią imienną) piastować stanowisko Dyrektora Administracyjno-Finansowego. Drugi z podpisów był nieczytelny – opatrzony został pieczęcią firmową spółki, a z treści samego zgłoszenia nie wynikało przez kogo został on złożony. Fakt ten uniemożliwiał identyfikację osoby, która tenże podpis złożyła. Wraz z powołanym zgłoszeniem został przedstawiony również odpis z KRS odnoszący się do „Scarlett” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. w Bielsku-Białej. Zgodnie z jego treścią (dział 2 rubryka 1) do reprezentowania spółki uprawnieni są wspólnicy reprezentujący spółkę, przy czym *„prawo reprezentowania spółki przysługuje jedynie wspólnikowi odpowiadającemu bez ograniczeń (komplementariuszowi)”* – w podrubryce 1 *„Dane wspólników reprezentujących spółkę”* wskazano na podmiot: „Scarlett” sp. z o.o. Do zgłoszenia nie zostały załączone żadne dokumenty odnoszące się do podmiotu: „Scarlett” sp. z o.o. Wraz z tym zgłoszeniem nie zostały złożone również żadne dokumenty, które miałyby potwierdzać umocowanie osób, które złożyły pod nim swe podpisy, do działania w imieniu wykonawcy: „Scarlett” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k., czy też podmiotu „Scarlett” sp. z o.o.

Zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W kontekście dokumentów mających potwierdzać umocowanie do podpisania doręczanego Prezesowi Izby zgłoszenia przystąpienia, dostrzeżenia wymagało to, że koniecznym było wykazanie, iż zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez osobę, która została należycie umocowana do reprezentowania wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Jak zasadnie zauważyła Izba w sprawie KIO 237/15: „*ustawodawca nie przewidział dla wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego możliwości uzupełniania braków zgłoszenia przystąpienia.* [przepisy ustawy Pzp nie znają instytucji wezwania do uzupełniania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Odpowiednie przepisy ustawy Pzp (art. 187 ust. 3-7 ustawy Pzp), na zasadzie wyjątku, dopuszczają jedynie – w określonych w nich okolicznościach – uzupełnienie odwołania.] *Stąd też należy wywieść, że przystąpienie nie spełniające wymogów, co do formy wniesienia, terminu, braków formalnych w postaci :*

- *nie posiadania przymiotu wykonawcy (w tym również wykazania umocowania do działania w jego imieniu przy pierwszej czynności w postępowaniu tj. przy zgłoszeniu przystąpienia)*
- *braku wskazania strony, do której się przystępuje oraz*
- *interesu w uzyskaniu korzystnego dla strony, do której się przystępuje rozstrzygnięcia, a także*
- *nie przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu,*

nie może być uznane za skuteczne i Izba w takim przypadku zobligowana jest nie dopuścić przystępującego do udziału w postępowaniu.” Podobnie o braku możliwości uzupełniania braków formalnych zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego Izba wypowiedziała się m.in. w sprawach: KIO 216/15, KIO 2665/14, KIO 2308/14, KIO 878/14, KIO 692/14, KIO 2734/13, czy też KIO 121/13.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że zgłoszonego w imieniu wykonawcy „Scarlett” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. przystąpienia nie można było uznać za skuteczne, a tym samym wykonawca ten nie uzyskał statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

W dniu 18 maja 2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Clar System S.A. w Poznaniu oraz Hospital System sp. z o.o. w Poznaniu, doręczyli Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane na wezwanie Prezesa Izby przez Zamawiającego i poświadczone za zgodność z oryginałem.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że zgodnie z pkt III.1 SIWZ *„Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest świadczenie usługi kompleksowego utrzymania czystości w obiektach Centrum Pulmonologii i Torakochirurgii w Bystrej, obejmującej całodobowe sprzątanie z uwzględnieniem dezynfekcji, w budynkach, a także wykonywanie usług/czynności pomocniczych: transportu wewnątrzzakładowego, obsługi kuchenek oddziałowych oraz pomocy przy pacjencie.”*

W rozdziale XII SIWZ Zamawiający zawarł m.in. następujące zapisy:

1. *„Wykonawca w przedstawionej ofercie winien zaoferować cenę kompletną, jednoznaczną i ostateczną.*
2. *W cenę usługi należy wkalkulować:*
 - a. *kompleksową realizację zamówienia, w zakresie i na warunkach określonych w siwz,,*
 - b. *przeszkolenie pracowników w zakresie wykonywanych czynności,*
 - c. *doposażenie w niezbędne urządzenia i sprzęt,*
 - d. *koszt zakupu oraz dystrybucji środków myjących, dezynfekcyjnych, higienicznych i zapachowych,*
 - e. *wyposażenie personelu w jednolity ubiór ochronny i środki ochrony osobistej, wyposażenie koordynatora w środki bezpośredniej łączności/kontakt z Zamawiającym.*
3. *Wykonawca winien uwzględnić w cenie oferty wszystkie przewidywane koszty realizacji zamówienia, które mają wpływ na cenę oferty.*
4. *Cena oferty winna obejmować podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż usług objętych przedmiotem zamówienia podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Zastosowanie odpowiednich stawek podatku od towarów i usług oraz akcyzy leży w gestii Wykonawcy. Wykonawca ponosi wyłączną i pełną odpowiedzialność*

za zastosowanie do wykonywanej usługi lub poszczególnych jej rodzajów właściwych stawek podatku od towarów i usług oraz akcyzy.

5. *Cena oferty winna być wartością wyrażoną w jednostkach pieniężnych, w walucie polskiej, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Cena jednostkowa winna być wartością wyrażoną w jednostkach pieniężnych, w walucie polskiej, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, w odniesieniu do usługi wykonywanej na 100 m² powierzchni w okresie 1 miesiąca.*
6. *Przedstawiona przez Wykonawcę oferta cenowa nie może stanowić ogólnych cenników stosowanych przez Wykonawcę w toku prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, lecz winna zostać sporządzona wyłącznie w odniesieniu do przedmiotowego postępowania i odpowiadać wymogom Zamawiającego określonym w niniejszej specyfikacji.”*

Zgodnie z formularzem oferty, stanowiącej załącznik nr 14 do SIWZ, Zamawiający oczekiwał od wykonawców złożenia oferty z wykorzystaniem formularza o następującej treści:

„Oferujemy realizację całości zamówienia za comiesięcznym zryczałtowanym wynagrodzeniem w wysokości: Cena brutto: ... Słownie cena brutto: ...

Mając na względzie okres realizacji zamówienia, tj. 48 miesięcy, łączna cena oferty wynosi: Cena brutto: ... Słownie cena brutto: ...

Cena jednostkowa przeliczeniowa dla usługi świadczonej na rzecz zamawiającego – uśredniona w odniesieniu do świadczenia usługi na powierzchni 100m² w okresie jednego miesiąca wynosi: Cena brutto: ... Słownie cena brutto: ...”

W załączniku nr 15 do SIWZ – projekcie umowy – w § 11 Zamawiający zawarł następujące zapisy:

1. *„Zamawiający zobowiązuje się zapłacić Wykonawcy za należyte wykonanie przedmiotu zamówienia wynagrodzenie w kwocie:*
 - *nie wyższej niż ... brutto (słownie: ...), za cały okres realizacji umowy (48 okresów rozliczeniowych / miesiący kalendarzowych), oraz*
 - *nie wyższej niż ... brutto (słownie: ...), za każdy okres rozliczeniowy (miesiąc kalendarzowy),**z zastrzeżeniem, iż w przypadku zmiany wysokości łącznego wynagrodzenia wykonawcy, dokonanej w przypadkach przewidzianych w umowie, wysokość miesięcznych transz będzie podlegała każdorazowo przeliczeniu.*
2. *Kwota brutto wynagrodzenia obejmuje wynagrodzenie netto oraz podatek VAT.*
3. *Strony ustalają, iż wysokość należnego Wykonawcy wynagrodzenia netto nie ulegnie podwyższeniu przez cały okres obowiązywania umowy.”*

Pismem z dnia 31 marca 2016 r., w odpowiedzi na pytanie nr 7 o następującej treści:

„Prosimy o informację jaki jest udział procentowy niżej wymienionych czynności w wartości zamówienia:

- a) kompleksowa usługa sprzątania i dezynfekcji szpitala,*
- b) usługi pomocnicze tj. opiekuńczo – pielęgnacyjne i higieniczne przy pacjentach*
- c) transport wewnątrzszpitalny.*

Wnoszę o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez przesądzenie, czy przedmiotem zamówienia jest kompleksowa usługa utrzymania czystości w obiektach Zamawiającego, w skład, której obok usług porządkowych wchodzi usługi pomocowe oraz transportu wewnętrznego.

W przypadku gdyby Zamawiający nie kontraktował usług kompleksowych, prosimy o określenie zakresu rzeczowego poszczególnych usług, tak aby wszyscy wykonawcy ubiegający się o zamówienie mogli złożyć oferty porównywalne.

Określenie przez Zamawiającego charakteru zamówienia determinuje dokonanie przez wykonawców podatkowej klasyfikacji usług wchodzących w zakres składanej oferty cenowej. Dokonanie prawidłowej oceny podatkowej jest obowiązkiem wykonawców, ale aby móc odpowiedzialnie ją zrealizować, musi znać precyzyjny opis przedmiotu zamówienia, w tym określenie przez Zamawiającego charakteru zamówienia – kompleksowego lub pakietu niekompatybilnych czynności.”

Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień:

„Wg oceny i szacunku zamawiającego, przewyższający zakres przedmiotu zamówienia stanowi utrzymanie czystości i dezynfekcja, natomiast usługi pomocnicze tj. opiekuńczo – pielęgnacyjne i higieniczne przy pacjentach oraz usługa transportu wewnątrzszpitalnego są usługami pomocniczymi, niemniej nierozdzielnie związanymi z usługą podstawową. Przedmiot i zakres poszczególnych usług został szczegółowo opisany w siwz w szczególności w załącznikach stanowiących jej integralną część. Obliczenie procentowego udziału poszczególnych rodzajów usług, czy też czynności leży w gestii Wykonawcy, albowiem to na Wykonawcy ciąży obowiązek podatkowy oraz odpowiedzialność za prawidłową klasyfikację usług wchodzących w zakres składanej oferty cenowej.”

Odpowiedzi o tej samej treści udzielił Zamawiający na pytanie nr 27: *„Czy w zakresie przedmiotowego postępowania wchodzi jakiegokolwiek usługi, co do których stosuje się stawkę podatku VAT tzw. „zwolnioną” ? Jeżeli tak - prosimy określić ich udział w całej usłudze procentowo.”*

Odpowiadając na pytanie nr 81 Zamawiający stwierdził, że *„zmienia treść siwz poprzez wykreślenie w projekcie umowy w paragrafie 11 ustępu 3”.*

Zgodnie z pkt 9 pisemnego protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyło Zamawiającemu czterech wykonawców.

Pismami z dnia 25 kwietnia 2016 r. Zamawiający odwołując się do przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał każdego z wykonawców do wyjaśnienia treści złożonych przez nich ofert w zakresie odnoszącym się w szczególności do zastosowanej przez każdego z wykonawców stawki podatku VAT. Trzech z wykonawców opowiedziało na powołane wezwania. Jeden z nich wyjaśnił, że zastosował stawkę 23%. Drugi z wykonawców oświadczył, że zastosował „*stawkę 23% oraz stawkę »zw.«*”. Trzeci z wykonawców stwierdził jedynie, że „*cena oferty obejmuje podatek od towarów i usług, Wykonawca prawidłowo wyliczył cenę brutto oferty, która jest kompletną, jednoznaczną i ostateczną*”.

Zamawiający nie wykluczył z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia żadnego z Wykonawców, nie odrzucił też żadnej ze złożonych mu ofert.

Pismem z dnia 4 maja 2016 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o unieważnieniu prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co uzasadnił następująco: „*W oparciu o treść udzielonych wyjaśnień stwierdzono, że poszczególni wykonawcy/oferenci dokonali różnej klasyfikacji usług oraz różnej klasyfikacji podatkowej a w konsekwencji w różny sposób obliczyli cenę oferty. (...) Po uwzględnieniu powyższego stwierdzić należy, iż złożone oferty są nieporównywalne, a to z kolei wynika z zastosowanej przez poszczególnych wykonawców różnej interpretacji zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz udzielonych przez zamawiającego wyjaśnień do siwz. Należy wnioskować, iż zapisy siwz były na tyle nieprecyzyjne i niejednoznaczne, że pomimo udzielonych wyjaśnień, doprowadziły do złożenia nieporównywalnych ofert, a w konsekwencji uniemożliwiły przeprowadzenie postępowania i wybór najkorzystniejszej oferty w warunkach uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponadto istotne jest, iż na obecnym etapie postępowania, a więc po otwarciu ofert, niemożliwe jest skuteczne usunięcie wskazanej wyżej istotnej wady postępowania.*”

Wobec powołanych czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, że część sformułowanych przez Odwołującego zarzutów znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie.

Skoro Izba może orzekać tylko w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, nie jest dopuszczalne, aby Odwołujący rozszerzał te granice już po wniesieniu odwołania, a podejmowanie przez niego takich prób nie może zostać uznane za działanie mogące skutecznie wpływać na kognicję Izby. Pamiętać przy tym należy, iż tak samo odwołanie, jak i poszczególne zarzuty w nim zawarte, formułowane są w konkretnym, zaistniałym w danej sprawie, stanie faktycznym i prawnym. Stąd też oczywistym jest to, że zarzuty podnoszone przez Odwołującego konstruowane są wobec konkretnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego – odnoszą się one do tych czynności, jako takich, w jaki sposób zostały one Odwołującemu przez Zamawiającego zakomunikowane. Można zatem przyjąć, iż to treść konkretnych rozstrzygnięć podejmowanych przez Zamawiającego jest główną determinantą kształtującą treść zarzutu. To do treści komunikatu Zamawiającego i przesłanek, jakie uznał on za decydujące o podjęciu konkretnej decyzji, w głównej mierze odnosić się musi Odwołujący w swym odwołaniu i zawartych w nim zarzutach. To z kolei powoduje, że nie można od niego oczekiwać, aby na etapie konstruowania zarzutów uwzględniał okoliczności, których Zamawiający nie przywołał w informacji o podjętych przez siebie czynnościach, a które de facto uznał za rozstrzygające przy podejmowaniu tych czynności.

Skoro Odwołujący nie jest uprawniony do stawiania nowych zarzutów (czy też rozszerzania zakresu zarzutów już sformułowanych) już po upływie terminu na wniesienie odwołania, to także Zamawiający, wobec faktu, iż odwołanie wnoszone jest wobec konkretnych jego czynności, nie jest władny w toku postępowania odwoławczego przed Izbą wskazywać na nowe okoliczności, które przemawiać miałyby za słusnością podjętej przez niego decyzji. Pamiętać bowiem należy, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnoszone jest wobec czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia – podjętej, a zatem konkretnej, dokonanej i odpowiednio uzasadnionej czynności. I to do tejsze właśnie czynności, i zakomunikowanych wykonawcy motywów jej podjęcia Izba odnosi zarzuty zawarte w odwołaniu i w jej kontekście bada zasadność tych zarzutów.

Kierując się tak zakrojonym poglądem, Izba rozstrzygając o zasadności zarzutów postawionych w odwołaniu, rozpoznawała je jedynie w granicach okoliczności faktycznych zakrojonych w odwołaniu i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

W tym kontekście, w odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego formułowanych w toku rozprawy przed Izba, jakoby zarzuty zawarte w odwołaniu zakrojone zostały nazbyt wąsko, Izba uznała, że nie pozostawiało wątpliwości to, że Odwołujący, we wniesionym przez siebie odwołaniu, kwestionował prawidłowość czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia dokonanej w kształcie takim, jaki mu został on zakomunikowany pismem z dnia 4 maja 2016 r.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak zauważyła to Izba w sprawie KIO 912/15: *„Przepis ten przewiduje unieważnienie postępowania, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny związek przyczynowy. Wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada postępowania o udzielenie zamówienia, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność ab initio, a tym samym prawną bezskuteczność (por. wyrok KIO z dnia 12 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2200/14; KIO 2208/14; KIO 2212/14). Podstawy do unieważnienia ewentualnej przyszłej umowy zostały określone w art. 146 ust. 1 i 6 P.z.p., i to właśnie te przepisy muszą stanowić podstawę oceny pod kątem wypełnienia przesłanki ustawowej wskazującej na konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o tzw. »wadę postępowania« (art. 93 ust. 1 pkt 7 P.z.p.)»* Dostrzeżenia przy tym wymaga również to, że postępowanie o udzielenie zamówienia, co do zasady, kończyć się powinno wyborem oferty najkorzystniejszej i zawarciem umowy o udzielenie zamówienia, a jego unieważnienie winno być jedynie wyjątkiem od tej zasady i jako takie, musi być ono dokonywane przez Zamawiającego z należytą starannością. Staranność ta, w ocenie Izby, objawiać się powinna w pogłębionej analizie czynności podjętych w postępowaniu w kontekście zamiaru podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, a jej wynikiem powinno być wyczerpujące uzasadnienie takiej decyzji, aby Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli możliwość weryfikacji prawidłowości podjętej przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania.

Analiza uzasadnienia faktycznego dokonanej przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zaprezentowanego w piśmie z dnia 4 maja 2016 r. pozwalała przyjąć, że okolicznościami przemawiającymi za unieważnieniem postępowania było w ocenie Zamawiającego to, że *„poszczególni wykonawcy/oferenci dokonali różnej klasyfikacji usług oraz różnej klasyfikacji podatkowej, a w konsekwencji w różny sposób obliczyli cenę oferty”*, a także to, że *„złożone oferty są nieporównywalne, a to z kolei wynika z zastosowanej przez poszczególnych wykonawców różnej interpretacji zapisów”* SIWZ oraz udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień. Co istotne Zamawiający nie wskazał wprost na to, które z postanowień SIWZ, czy wyjaśnień odnoszących się do jej treści, miały być *„na tyle nieprecyzyjne i niejednoznaczne”*, że to one właśnie stać się przyczyną złożenia nieporównywanych ofert. Nie wskazał on tym samym, które z zapisów SIWZ czy pisma z dnia 31 marca 2016 r. miały wprowadzać w błąd Wykonawców, czy też które z tych zapisów miały się nawzajem wykluczać przesądając o konieczności zastosowania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia różnych stawek podatku VAT. Sam zaś fakt dokonania przez Wykonawców, w oparciu o różną, własną i indywidualną, interpretację postanowień SIWZ, odmiennej klasyfikacji usług i różnej ich klasyfikacji podatkowej, nie mógł sam w sobie świadczyć o nieprawidłowym skonstruowaniu przez Zamawiającego treści SIWZ. Z przytaczanych w toku rozprawy zapisów SIWZ nie wynika, aby Zamawiający wskazywał Wykonawcom jaka stawka podatku VAT jest właściwa. Określenie tej stawki pozostawione zostało w sposób jednoznaczny każdemu z Wykonawców składającemu swoją ofertę – tak pkt XII.4 SIWZ oraz odpowiedzi na pytania nr 7 i 27 z pisma z dnia 31 marca 2016 r. W tych ostatnich Zamawiający wyraźnie stwierdził, że: *„Obliczenie procentowego udziału poszczególnych rodzajów usług, czy też czynności leży w gestii Wykonawcy, albowiem to na Wykonawcy ciąży obowiązek podatkowy oraz odpowiedzialność za prawidłową klasyfikację usług wchodzących w zakres składanej oferty cenowej.”*

W świetle prezentowanego przez Zamawiającego w toku rozprawy przed Izbą stanowiska, można było przypuszczać, że za dokonaną przez niego czynnością przemawiać miało to, że w odpowiedzi na pytania Wykonawców, nie wskazał on konkretnej stawki podatku VAT, co miało rodzić brak równości po stronie Wykonawców. Niezależnie od faktu, że okoliczność ta nie została przywołana w piśmie z dnia 4 maja 2016 r., zauważyć należało, że na Zamawiającym nie ciąży tego rodzaju obowiązek i nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp pozostawienie określenia właściwej stawki podatku VAT wykonawcy składającemu ofertę.

Wobec lakonicznego uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, Izba uznała, że Odwołujący zasadnie twierdził, że w rozpoznawanej sprawie brak jest podstaw do uznania, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami Izba uznała, że wykazane zostało przez Odwołującego naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp – w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego decyzji unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na zaistnienie okoliczności wyraźnie przywołanych w piśmie z dnia 4 maja 2016 r. nie można było uznać za zasadną.

Z uwagi na fakt, że Zamawiający nie wykluczył z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia żadnego z Wykonawców, nie odrzucił żadnej ze złożonych mu ofert, a także nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, Izba uznała, że ocena tych czynności, czy też zaniechania ich dokonania, nie mogła być, w okolicznościach badanej sprawy, objęta rozstrzygnięciem Izby. W granicach zarzutów zawartych w odwołaniu i popieranym w toku postępowania odwoławczego Izba władna była jedynie do nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Z uwagi na fakt, że Zamawiający nie wypowiedział się jeszcze ostatecznie co do strony formalnej i merytorycznej każdej ze złożonych mu ofert, przedwczesnym byłoby rozstrzygnięcie co do tego, czy zaniechał on dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba nie była władna również do nakazania Zamawiającemu uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) lit. a) i b) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, przy czym wynagrodzenie pełnomocnika nie może być wyższe niż 3 600 zł. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego

rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Zamawiającego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz wpisu (15 000 zł).

Przewodniczący: