

Sygn. akt: KIO 2044/15

POSTANOWIENIE
z dnia 1 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 1 października 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2015r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Clar System Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Janickiego 20B oraz Hospital System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Janickiego 20B** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych w Gdańsku, ul. Kartuska 4/6**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Clar System Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Janickiego 20B oraz Hospital System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Janickiego 20B** kwoty 13 500zł. 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę w zakresie kompleksowego utrzymania czystości, świadczenie prac personelu pomocniczego niższego oraz usługi portierskie w SP ZOZ MSW w Gdańsku zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 września 2015r. za numerem 2015/S 176-319459.

W dniu 21 września 2015r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Clar System Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Janickiego 20B oraz Hospital System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Janickiego 20B - zwani dalej odwołującym, wnieśli odwołanie na treść siwz. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 16 września 2015r. udzielonego przez Clar System Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu i podpisanego przez prezesa i członka zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji oraz przez Hospital System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu i podpisanego przez prokurenta. Reprezentacja obu spółek jest zgodna z załączonymi do odwołania odpisami z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 18 września 2015r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478, poz. 605- dalej ustawy) przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”);
2. naruszenie przepisu art. 142 ust. 5 ustawy przez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu ustalenia w treści SIWZ zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;
3. naruszenie przepisu art. 91 ust. 2 i ust. 3 ustawy przez przyjęcie kryterium oceny ofert w postaci liczba usług wykonanych bądź wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat, polegających na kompleksowym utrzymaniu czystości oraz świadczeniu prac

personelu pomocniczego w placówkach ochrony zdrowia - szpitalach o wartości co najmniej 30.000,00 zł brutto miesięcznie 10%, które to kryterium odnosi się do właściwości wykonawcy, a nie do przedmiotu zamówienia;

4. naruszenie przepisów art. 91 ust. 4 i 5 ustawy przez dokonanie w rozdziale 18 pkt 7 SIWZ opisu sposobu oceny ofert w sposób właściwy dla przypadku, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie ma tylko jedno kryterium oceny ofert (cena), podczas gdy w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający przyjął dwa kryteria oceny ofert.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonanie zmiany kwestionowanych przez odwołującego postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym w uzasadnieniu odwołania;
2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym także kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy Izby oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ naruszają przepisy ustawy, a w konsekwencji uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty zgodnej z przepisami prawa i ubieganie się tym samym o uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

UZASADNIENIE

Odwołujący zauważył, że zgodnie z rozdziałem 5 SIWZ (s. 4) okres realizacji zamówienia wynosi 48 miesięcy od daty podpisania umowy. W pkt VI.3. in fine (tj. po ppkt 10) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał, że:

„Zamawiający dopuszcza zmianę cen określonych w umowie w przypadku:

- 1) Zmiany wysokości opłat na rzecz Skarbu Państwa (podatek VAT);
- 2) Zmiany średniorocznego wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem ogłaszanego przez Prezesa GUS za rok ubiegły i nie więcej niż średnioroczny wskaźnik wzrostu cen towarów usług konsumpcyjnych ogłoszony przez Prezesa GUS za rok ubiegły;
- 3) zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w sytuacji gdy dojdzie do zmiany powierzchni podlegającej usłudze. W razie zwiększenia powierzchni Zamawiający przewiduje w ramach niniejszej umowy możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy z 29.1.2004 - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.). W przypadku zmniejszenia powierzchni np. wynajęcia któregoś z pomieszczeń przez Zamawiającego, wynagrodzenie Wykonawcy pomniejszone zostanie proporcjonalnie o metraż wynajętej powierzchni. Wykaz pomieszczeń oraz ich powierzchnie określa załącznik nr 7 do niniejszej umowy.

Ponadto na podstawie przepisu art. 144 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r. poz. 907 z późn. zm.) Zamawiający dopuszcza możliwość dokonania zmiany zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego w następującym zakresie:

1) w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust 3-5 ustawy z 10.10.2002 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U z 2002 r. nr 200, poz. 1679 ze zm.);

2) w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę.

— Jeżeli zmiany wymienione w pkt 1 i 2 będą miały wpływ na koszty wykonania przez Wykonawcę zamówienia publicznego”

Z kolei w załączniku nr 15 do SIWZ (s. 55) stanowiącym wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający przyjął zapis o następującej treści:

„1. Ponadto na podstawie przepisu art 144 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) Zamawiający dopuszcza możliwość dokonania zmiany zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego w następującym zakresie:

1) w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U z 2002 r. Nr 200, poz. 1679 ze zm.);

2) w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę.

- Jeżeli zmiany wymienione w pkt. 1 i 2 będą miały wpływ na koszty wykonania przez Wykonawcę zamówienia publicznego.

2. O każdej propozycji zmiany cen Wykonawca zobowiązuje się powiadomić Zamawiającego z 30-dniowym wyprzedzeniem, w formie pisemnego uzasadnienia załączając dokumenty potwierdzające wystąpienie przesłanek określonych w ust. 2, które będzie podstawą do przeprowadzenie rokowań”.

Odwołujący podniósł, że ustawodawca w przepisie art. 142 ust. 5 ustawy wskazał, że 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 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

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

Z kolei przepis art. 144 ust. 1 ustawy stanowi, że zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Odwołujący zauważył, że wskazane wyżej postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ nie stanowią wykonania normy wynikającej z art. 142 ust. 5 ustawy, która to nakazuje zamawiającemu określić w umowie zasady wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji opisanej w tym przepisie. Źródłem wskazanego uchybienia zamawiającego -- co wynika z faktu wskazywania przez niego na przepis art. 144 ust. 1 ustawy - wydaje się być to, że zgodności z prawem swoich działań (de facto treści postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ) zamawiający upatruje w fakcie przewidzenia samej możliwości wprowadzenia zmiany do umowy zawartej z wykonawcą w zakresie wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podatku VAT, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę lub zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Tymczasem, zdaniem odwołującego, w przypadku opisanym w art. 142 ust. 5 ustawy sama możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy jest już przewidziana w treści normy prawnej wynikającej z tego przepisu ustawy, a prawodawca wymaga w konsekwencji określenia w umowie w sprawie zamówienia zasad wprowadzenia tych zmian do umowy.

Z redakcji kwestionowanych postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ wynika zatem według odwołującego, że zmiana wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany stawki podatku VAT, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę lub zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne nie jest obowiązkowa, a zależna jest od woli zamawiającego. Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ przewidują bowiem jedynie możliwość zmiany umowy, a nadto prowadzenie rokowań w tym zakresie.

Dla wzmocnienia zasadności przedmiotowego zarzutu odwołujący powołał stanowisko zajmowane w analogicznych sprawach przez Krajową Izbę Odwoławczą. I tak, w wyroku z dnia 16.03.2015 r. sygn. KIO 413/15.

Uwzględnienie odwołania w tym zakresie zdaniem odwołującego skutkować powinno nakazaniem przez Izbę dokonania odpowiednich zmian przez zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ. Zgodna z prawem, tj. z art. 142 ust. 5 ustawy klauzula

waloryzacyjna powinna przy tym określać szczegółowo warunki i reguły wprowadzenia zmian w wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w tym zwłaszcza odnoszące się do terminu początkowego, w którym wykonawca będzie mógł przedstawić żądanie podwyższenia wynagrodzenia oraz termin wejścia w życie zmian umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Zważywszy na to, co wynika z powołanego wyżej wyroku KIO, że to na zamawiającym spoczywa wyłącznie ciężar finansowy zmian legislacyjnych określonych w art. 142 ust. 5 ustawy PZP, przyjęc według odwołującego należy, iż poprawna klauzula waloryzacyjna powinna przewidywać uruchomienie procedury zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie dotyczącym wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy już od dnia opublikowania we właściwym dzienniku promulgacyjnym zmian przepisów prawa stanowiących przyczynę waloryzacji. Oczekiwanie z wszczęciem tejże procedury na upływ *vacatio legis* nie byłoby z punktu widzenia celu regulacji określonej w art. 142 ust. 5 ustawy uzasadnione. Tym bardziej, że czynność prawna między stronami umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia może być dokonana z zastrzeżeniem terminu, który odpowiadałby terminowi wejścia w życie przepisów stanowiących podstawę waloryzacji.

Klauzula waloryzacyjna, która odzwierciedlałaby, m.in., powyżej wskazane elementy zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego, niewątpliwie zgodna byłaby z *ratio legis* wprowadzenia przez ustawodawcę przepisu art. 142 ust. 5 ustawy do porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej.

Następnie odwołujący wskazał, że z pkt IV.2.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz z rozdziału 18 pkt 2 SIWZ wynika, że prócz ceny, zamawiający przyjął jako drugie kryterium oceny ofert liczbę wykonanych/wykonywanych usług, przy czym szczegółowy opis tego kryterium - zgodnie z SIWZ - brzmi w następujący sposób: liczba usług wykonanych bądź wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat, polegających na kompleksowym utrzymaniu czystości oraz świadczeniu prac personelu pomocniczego w placówkach ochrony zdrowia - szpitalach o wartości co najmniej 30.000,00zł brutto miesięcznie -10%”

Zgodnie zaś z art. 91 ust. 2 i ust. 3 ustawy kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty "środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Zdaniem odwołującego, przyjęte przez zamawiającego drugie kryterium oceny ofert dotyczy w istocie właściwości wykonawcy.

Odwołujący stwierdził, że drugie kryterium oceny ofert nie stanowi żadnego z typów kryteriów przykładowo wskazanych przez ustawodawcę w art. 91 ust. 2 (jakość, funkcjonalność,

parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji). W ocenie odwołującego kryterium to nie stanowi także jakiegokolwiek innego (nienazwanego przez ustawę) kryterium odnoszącego się do przedmiotu zamówienia. Przeciwnie, odnosi się ono do właściwości wykonawcy. Jest tak z tego powodu, że opis tego kryterium odnosi się do wiedzy i doświadczenia wykonawcy, i to ta właściwość wykonawcy wyrażona liczbą wykonanych przez niego zamówień publicznych ma być przedmiotem oceny w ramach drugiego kryterium oceny ofert. Wniosek powyższy, według odwołującego, potwierdzają następujące argumenty.

Opis drugiego kryterium oceny ofert odpowiada w istocie opisowi warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia, jaki przyjął zamawiający. Zgodnie bowiem z rozdziałem 10 pkt 2 ppkt 1 SIWZ „ Wykonawca jest zobowiązany wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej 2 usługi polegające na kompleksowym utrzymaniu czystości oraz świadczeniu prac personelu pomocniczego w placówkach ochrony zdrowia - szpitalach o wartości co najmniej 30.000,00 zł brutto miesięcznie”. Opis drugiego kryterium oceny ofert jest zatem taki sam jak opis warunku udziału w postępowaniu, i to zarówno w części opisującej rodzaj, czy przedmiot umów, które wykonawca wykonał lub wykonuje oraz czasookresu, w którym je wykonał.

Konstatacja powyższa zdaniem odwołującego, przesądza zatem o zasadności twierdzenia odwołującego, że opis drugiego kryterium oceny ofert odnosi się do właściwości wykonawcy. Nie można bowiem, według odwołującego, zasadnie twierdzić, że wiedza i doświadczenie podmiotu prawa nie dotyczy jego właściwości. Odwołujący powołał stanowisko wyrażone przez KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 20.01.2014 r., sygn. KIO 3006/13.

Reasumując dotychczasową argumentację, zgodnie z art. 91 ust. 3 ustawy PZP, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Odwołał się do stanowiska doktryny - P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2014, Legalis, oraz orzecznictwa Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych - postanowienie z dnia 19.07.2006 r. (sygn. UZP/ZO/0-2069/06).

W tym stanie rzeczy według odwołującego zasadne jest nakazanie przez KIO Zamawiającemu przyjęcie innego drugiego kryterium oceny ofert.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że pojęcie najkorzystniejszej oferty zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 5 ustawy. Stosownie do postanowień tego przepisu, za ofertę najkorzystniejszą należy uznać ofertę z najniższą ceną lub ofertę przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów. W niniejszym postępowaniu zamawiający przyjął z kolei dwa kryteria oceny ofert, tj. cenę oraz liczbę wykonanych/wykonywanych usług.

Na wypadek sytuacji, w której wykonawcy zainteresowani uzyskaniem zamówienia publicznego, zaoferowaliby cenę lub uzyskali w ramach innego (kolejnego) kryterium taką samą liczbę punktów (zostali tak samo ocenieni), ustawodawca przyjął w art. 91 ust. 4 i 5 regulacje określające sposób oceny ofert takich wykonawców (ust. 4) oraz sposób dalszego procedowania w tym przypadku przez zamawiającego (ust. 5).

Przypadek dotyczący sytuacji, w której ocena ofert odbywa się na podstawie więcej niż jednego kryterium oceny ofert, określony jest w art. 91 ust. 4 ustawy. Zgodnie z tym przepisem jeżeli nie można wybrać oferty najkorzystniejszej z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający spośród tych ofert wybiera ofertę z niższą ceną. Innymi słowy, w sytuacji określonej w tym przepisie zamawiający ma obowiązek wybrać ofertę z niższą ceną. Jest to zatem sposób oceny ofert w tego rodzaju sytuacjach określony w przepisie ustawy.

Przypadek dotyczący sytuacji, w której ocena ofert odbywa się na podstawie jedynie kryterium ceny, określony jest w art. 91 ust. 5 ustawy. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena, nie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych. Innymi słowy, w sytuacji określonej w tym przepisie ustawodawca określa obowiązek zamawiającego polegający na wezwaniu wykonawców do złożenia ofert dodatkowych.

Przekładając powyższe na okoliczności niniejszej sprawy, odwołujący zauważył, iż w rozdziale 18 pkt 7 SIWZ zamawiający przyjął, że „Jeżeli nie będzie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie, Zamawiający wezwie Wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez Zamawiającego ofert dodatkowych. Wykonawcy składając oferty dodatkowe, nie mogą zaoferować cen wyższych niż zaoferowane w złożonych ofertach.”

Zdaniem odwołującego tak określony w SIWZ zapis dotyczący sposobu oceny złożonych ofert jest wadliwy, gdyż nie odpowiada on treści przepisu art. 91 ust. 4 ustawy. Treść cytowanego wyżej rozdziału 18 pkt 7 SIWZ przesądza zatem o tym, że przyjęty przez zamawiającego opis oceny ofert nie jest zgodny z ustawą, a na bezwzględny charakter przepisów określających sposób postępowania zamawiającego w przypadku, gdy co najmniej dwie oferty przejawiają taki sam bilans w ramach kryterium oceny ofert wskazał już Zespół Arbitrów przy UZP w tezie 3 wyroku z dnia 2.03.2006 r., sygn. UZP/ZO/0-583/06.

Konstatację powyższą potwierdza także doktryna -J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2015, Legalis. Odwołujący oczekuje nakazania przez KIO zamawiającemu dokonanie zmiany treści SIWZ w tym zakresie poprzez dostosowanie rozdziału 18 pkt 7 SIWZ do treści art. 91 ust. 4 ustawy.

Odwołujący podkreślił, że kształtowanie poszczególnych postanowień SIWZ, w tym zwłaszcza kryteriów oceny ofert nie jest działaniem dowolnym oraz musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej, i nie naruszać przy tym obowiązujących przepisów prawa. Kryteria oceny ofert nie mogą być sprzeczne z podstawowymi zasadami zamówień publicznych, nie mogą one ograniczać konkurencji, a tym bardziej nie mogą wprowadzać nieuzasadnionych preferencji określonych wykonawców (tak wyrok KIO z 13.1.2011 r., sygn. KIO 2803/11).

W dniu 18 września 2015r. zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania drogą elektroniczną, a w dniu 21 września 2015r. faksem przez umieścił na swojej stronie internetowej informację o odwołaniu wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 28 września 2015r. odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczanego wpisu.

Przewodniczący: