

Sygn. akt: KIO 1804/14

**WYROK**  
**z dnia 10 września 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**  
**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 9 września 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2014 r. przez **wykonawcę Aspen spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Bularnia 5** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Wolski im. Dr Anny Gostyńskiej Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Warszawie, ul. Kasprzaka 17**

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Aspen spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Bularnia 5 i :**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.1 zasądza od **wykonawcy Aspen spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Bularnia 5** na rzecz **Szpitala Wolskiego im. Dr Anny Gostyńskiej Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Warszawie, ul. Kasprzaka 17** kwotę 3 600 zł. 00 gr (słownie : trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. zastępstwa prawnego.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie kompleksowej usługi sprzątnięcia i transportu wewnątrzszpitalnego zostało wszczęte przez zamawiającego Szpital Wolski im. Dr Anny Gostyńskiej Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Warszawie, ul. Kasprzaka 17 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 maja 2014r. za numerem 2014/S098-171525.

W dniu 22 sierpnia 2014r. zamawiający unieważnił postępowanie w niniejszej sprawie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) wskazując, że postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. W uzasadnieniu wskazał, że zgodnie z uzasadnieniem wyroku z dnia 11 sierpnia 2014r. sygn. akt KIO 1488/14 brzmienie siwz w zakresie obliczenia ceny powoduje, że wykonawcy nie mają obowiązku zachowania procentowej wielkości poszczególnych usług, a w konsekwencji brak jest możliwości porównania ofert poszczególnych wykonawców, co stanowi naruszenie uczciwej konkurencji. W dniu 1 września 2014r. odwołujący Aspen sp. z o.o. wniósł drogą elektroniczną odwołanie na tę czynność. Odwołanie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym weryfikowanym w dacie złożenia ważnym certyfikatem pochodzącym od prokurenta ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 1 września 2014r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji braku przesłanek do zastosowania powołanego przepisu,
2. art. 146 ustawy przez jego błędną interpretację i uznanie, iż zamawiającemu przysługuje prawo unieważnienia postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonego przez niego postępowania,
3. art. 7 ust.1 ustawy przez niezachowanie uczciwej konkurencji, nierówne traktowanie wykonawców, uporczywe i irracjonalne dążenie do niedopuszczenia odwołującego do realizacji zamówienia, które jest przedmiotem prowadzonego przez zamawiającego postępowania.

Wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności unieważnienia postępowania dokonanej w dniu 22 sierpnia 2014 r.
2. nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wskazanych w treści prawomocnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2014 r. dot.

połączonych spraw KIO 1488/14 / KIO 1548/14 zapadłego na kanwie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy niniejsze odwołanie tj.;

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (Konsorcjum firm: Izan+ sp. z o.o., Naprzód Cleaning sp. z o.o., Vendi Serwis sp. z o.o., Medassit sp. z o.o.),
  - unieważnienie czynności odrzucenia oferty Aspen sp. z o.o.
  - powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego
3. nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej

Odwołującemu wskazał, że ma możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę, która nie podlega odrzuceniu, co potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1488/14. Prawidłowa realizacja nakazów nałożonych na zamawiającego powołanym wyrokiem skutkowałaby wyborem oferty odwołującego. Tymczasem zamawiający - bez powodu - unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, oferta odwołującego jako oferta najkorzystniejsza będzie mogła zostać wybrana przez zamawiającego. W świetle tych okoliczności odwołujący uważa, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego w/w przepisów ustawy.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w dniu 18 lipca 2014 r. powziął wiadomość o wyborze w przedmiotowym postępowaniu oferty najkorzystniejszej, za którą zamawiający uznał ofertę Konsorcjum firm: Izan+ sp. z o.o., Naprzód Cleaning sp. z o.o., Vendi Serwis sp. z o.o., Medassit sp. z o.o. Jednocześnie zamawiający odrzucił ofertę Aspen sp. z o.o. Na wskazane wyżej czynności zamawiającego odwołujący wniósł w dniu 21 lipca 2014 r. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie, rozpatrywane pod sygnaturą KIO 1488/14 zostało uwzględnione wyrokiem z dnia 11 sierpnia 2014 r. Jednocześnie Izba rozpatrując pod sygnaturą KIO 1538/14 odwołanie Konsorcjum, którego liderem jest Izan+ sp. z o.o. nie uwzględniła odwołania tego wykonawcy. Jako dowód odwołujący powołał wyrok KIO z 11 sierpnia 2014 r. w połączonych sprawach o sygn. KIO 1488/14 i KIO 1548/14 wraz z uzasadnieniem.

Powołanym wyrokiem Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (Konsorcjum firm, którego liderem jest Izan+ sp. z o.o.), unieważnienie czynności odrzucenia oferty Aspen sp. z o.o. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Wykonawcy Aspen sp. z o.o. Przeciwnie do treści wyroku, zamawiający w dniu 22 sierpnia 2014 r. dokonał czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący stanął na stanowisku, iż zamawiający nie miał podstaw do dokonania czynności unieważnienia postępowania. Nie było dla takiej czynności ani przesłanek prawnych ani żadnych innych. Zamawiający w ubogiej treści informacji o unieważnieniu jako podstawę tej czynności podał art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy, który nakazuje zamawiającemu unieważnienie

postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dokonując oceny podstaw do unieważnienia postępowania z zastosowaniem wskazanej przesłanki (nieusuwalna wada), zdaniem odwołującego należy sięgnąć do art. 146 ustawy, w którym w ustępie 1 enumeratywnie wyliczono przesłanki unieważniania umowy a więc bezpodstawne i błędne zastosowanie niektórych trybów, brak zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze lub przekazania ogłoszenia o zamówieniu, zawarcie umowy lub udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej z naruszeniem terminów oraz określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów. Katalog ten jest zamknięty i nie może być Interpretowany rozszerzająco. Zamawiający unieważniając postępowanie nie określił na której z podstaw wymienionych w art. 146 ust. 1 ustawy umowa miałaby być unieważniona. W ocenie odwołującego stało się tak ze względu na fakt, iż brak takiej podstawy w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający nie wskazał na takie naruszenie przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania. Zamawiający nie wskazał niemożliwej do usunięcia wady tego postępowania, która powodowałaby zawarcie umowy podlegającej unieważnieniu.

Znamienne, według odwołującego, jest, iż uzasadniając czynność unieważnienia postępowania zamawiający opiera się na sztucznym, nieobowiązującym wykonawców podziale ceny (70% sprzętanie - 30% transport wewnątrz szpitalny), który nie został zapisany w SIWZ. Zamawiający wskazał, że nieuwzględnienie przez odwołującego się przedstawionego podziału ceny skutkuje brakiem porównywalności złożonych w tym postępowaniu ofert. Odwołujący wskazał, że skoro (nota bene nieuzasadnionego i nieuprawnionego) wymogu podziału składników ceny nie wprowadzono do SIWZ, to odwołujący się nie miał prawnego obowiązku zastosowania tego wymogu w składanej ofercie. W konsekwencji nie istnieje wada polegająca na braku możliwości porównania ofert, bowiem dla ich porównania nie jest potrzebne analizowanie poszczególnych składników ogólnych cen ofert. Podział ceny na dwie pozycje w formularzu oferty miał charakter wyłącznie porządkowy, co dobitnie potwierdziło postępowanie prowadzone przez Izbę pod sygnaturą 1488/14. Przeciwnie do poczynionych przez Izbę ustaleń, zamawiający uporczywie dąży do uczynienia z elementów ceny kryteriów oceny ofert, podczas gdy jedynym kryterium w postępowaniu była cena całkowita za realizację zamówienia. Oferty są więc w pełni porównywalne i konkurencyjne względem siebie, co zdaje kłam podstawie faktycznej unieważnienia postępowania. Zamawiający w niniejszym postępowaniu przetargowym ma wybrać wykonawcę w oparciu o kryterium najniższej ceny.

Ewentualna próba - której jednakże zamawiający nie podjął - oparcia decyzji o unieważnieniu na względnej przesłance art. 146 ust 6 ustawy, to jest na podstawach które uprawniałby

Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy, musiałby opierać się na zdarzeniach dotyczących postępowania, nie zaś na abstrakcyjnym założeniu oderwanym od rzeczywistości. Nawet oparcie powołanej podstawy na sposobie prowadzenia konkretnego postępowania nie zmienia faktu, iż niedopuszczalna jest, w ocenie odwołującego, wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art. 146 ust. 6, która pozwalałaby zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. W szczególności zmiana koncepcji opisu przedmiotu zamówienia po stronie zamawiającego, chęć zmiany przedmiotu zamówienia, jego uzupełnienie lub zmiana sposobu realizacji nie może stanowić podstaw do unieważnienia postępowania. Kryteria unieważnienia postępowania wynikają bowiem z ustawy a nie z uznania zamawiającego, (por. KIO 2899/12, KIO 1420/13) Nadto przyczyną unieważnienia postępowania nie może być możliwość lepszego, sprawniejszego przeprowadzenia postępowania przez zamawiającego jak również lepszego opisanie przedmiotu zamówienia lub warunków udziału w tym postępowaniu (por. KIO 1307/13).

Zamawiający nie może powoływać się na nie wyrażony w treści SIWZ zamiar narzucania wykonawcom nieuzasadnionej proporcji w wycenianiu poszczególnych składników cenotwórczych prezentowanej oferty cenowej. Zamawiający i wykonawcy związani są treścią SIWZ. W rezultacie zamawiający winien dokonać wyboru wykonawcy wg przyjętego w SIWZ kryterium najniższej ceny.

Powołany już wielokrotnie przez odwołującego wyrok KIO 1488/14 nakazujący zamawiającemu konkretne czynności, obnażył zdaniem odwołującego także sposób, w jaki zamawiający od początku postępowania dożył do odrzucenia oferty odwołującego tudzież jego wykluczenia z postępowania. W szczególności na uwagę zasługują w tej kwestii cztery wezwania dokonane przez zamawiającego wobec odwołującego na etapie oceny ofert, z czego trzy okazały się bezpodstawne, a miały jedynie na celu utrudnienia lub nawet uniemożliwienia odwołującemu uzyskania zamówienia. Unieważnienie postępowania na tym etapie jest kolejnym przykładem uporczywego dążenia do niedopuszczenia odwołującego do realizacji zamówienia. Zamawiający - jak się wydaje odwołującemu - utracił przed oczu zasadę, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, nie zaś zakończyć się unieważnieniem.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż odwołanie jest zasadne i jako takie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w dniu 8 września 2014r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1. odrzucenie odwołania na posiedzeniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 4 i pkt. 5 ustawy,
2. dopuszczenie dowodu z akt sprawy o sygn. akt. KIO 1488/14, KIO 1548/14 w której Izba wydała wyrok w dniu 11.08.2014 r.,

3. alternatywnie oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu wskazał, że pismem z dnia 1 września 2014 r. odwołujący wniósł odwołanie na czynność unieważnienia przez zamawiającego postępowania (pismo z dnia 22.08.2014 r.). Zdaniem zamawiającego przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 4 i pkt. 5 ustawy. W obecnym odwołaniu odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie odwołania wniesionego przez tego samego odwołującego (sprawa o sygn. akt. KIO 1488/14).

W poprzednio rozpatrywanym odwołaniu, dotyczącym m.in. odrzucenia oferty odwołującego, zarzucił on zamawiającemu naruszenie "art. 89 ust. 1 pkt. 6 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego z powołaniem się na występowanie w ofercie błędów w obliczeniu ceny, występowanie w ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz domniemaniem, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...)"

Istota sporu, według zamawiającego, sprowadzała się do przygotowania oferty niezgodne z wymogiem obowiązku obliczenia ceny oferty z uwzględnieniem podziału ceny w stosunku 70% usługa sprzątania, 30% transport wewnątrz szpitalny, który to wymóg został wpisany w treść ogłoszenia a nie został umieszczony w treści siwz.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując odwołanie w sprawie o sygn. akt. KIO 1488/14 badała powyższą okoliczność stwierdzając:

"Art. 36 ust. 1 pkt. 12 ustawy stanowi, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej opis sposobu obliczenia ceny. Obowiązkiem Zamawiającego jest wskazanie w treści siwz wszystkich elementów składających się na cenę oferty, w tym na wymagany od wykonawców sposób jej obliczenia." (...)

"Sposób obliczenia ceny jest obligatoryjnym elementem treści siwz co wynika expressis verbis z treści art. 36 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp. Fakt zamieszczenia informacji o sposobie obliczenia ceny w Ogłoszeniu o zamówieniu nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku jasnego i precyzyjnego wskazania w treści siwz sposobu obliczenia ceny." (...)

"Brak staranności ze strony Zamawiającego w zamieszczeniu powyższego zapisu w treści siwz nie może stanowić uzasadnienia dla odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż to Odwołujący byłby obciążony konsekwencjami wynikającymi z błędów Zamawiającego, zaś sam Zamawiający nie ponosiłby żadnych konsekwencji z tytułu błędów popełnionych w dokumentacji postępowania."

"(...) treści pkt. 14 siwz jest niejasna i mogła rodzić wątpliwości wykonawców."

"W ocenie Izby powyższe zestawienie informacji przekazanych przez Zamawiającego wykonawcom potwierdza brak staranności Zamawiającego oraz niespójność dokumentacji

przetargowej sporządzonej przez Zamawiającego. Spowodowało to, że wykonawcy ubiegając się o udzielenie zamówienia nie mieli jasności w jaki sposób należało obliczyć cenę, przy zachowaniu jakich parytetów podziału i czy podział zamówienia na usługę sprzątnięcia i transportu wewnątrz szpitalnego miał charakter jedynie porządkowy czy wiążący dla wykonawców. Zamawiający nie wskazał bowiem w sposób jednoznaczny w treści siwz, że przyjęty parytet podziału należy obligatoryjnie uwzględnić przy przygotowaniu ofert, w szczególności przy obliczeniu ceny."

"W ocenie Izby w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy należy uznać, że Zamawiający nie uwzględnił w treści siwz obligatoryjnego jej elementu tj. sposobu obliczenia ceny. Brak wskazania sposobu obliczenia ceny spowodowała, że wykonawcy zastosowali różne parytety podziału usług składających się na całość zamówienia, co spowodowało, że ich oferty są nieporównywalne, z uwagi na odmienne stawki VAT obowiązujące dla usługi sprzątnięcia i usługi transportu wewnątrzszpitalnego. Zamawiający formułując siwz w sposób niejasny i nieprecyzyjny doprowadził do rozbieżności w ofertach wykonawców, które znalazły odzwierciedlenie w zaproponowanych cenach. "

"To zamawiający ponosi odpowiedzialność za tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych i to zamawiający powinien dołożyć należytej staranności przygotowując postępowanie przetargowe w celu uniknięcia sytuacji z jaką mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Zamawiający winien dochować należytej staranności sporządzając oba dokumenty tj. ogłoszenie o zamówieniu i siwz przede wszystkim dbając o zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Sposób sporządzenia powyższych dokumentów przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jest zaprzeczeniem tych zasad."

Wreszcie w konkluzji argumentacji w tym zakresie Krajowa Izba stwierdziła:

"Na marginesie Izba zauważa, że obecne brzmienie siwz i wskazany w niej sposób obliczenia ceny w połączeniu z treścią Ogłoszenia o zamówieniu jak i samymi niejasnościami co do podziału zamówienia na zadania czy części i konsekwencji tego wpływających powoduje, iż Zamawiający winien rozważyć możliwość unieważnienia postępowania. Obecne brzmienie siwz w zakresie obliczenia ceny powoduje, że wykonawcy nie mają obowiązku zachowania procentowej wielkości poszczególnych usług, a w konsekwencji brak jest możliwości porównania oferty poszczególnych wykonawców co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Decyzja o unieważnieniu należy jednak do Zamawiającego i wymaga analizy zaistniałej sytuacji i podjęcia próby zminimalizowania ewentualnych strat na jakie może narazić Skarb Państwa."

Tym samym zamawiający stwierdził, że zagadnienie wadliwości siwz, którego bezpośrednią konsekwencją jest zaistnienie wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy z uwagi na nieporównywalność ofert, brak zamieszczenia w treści siwz



obligatoryjnych wymogów wynikających wprost z przepisu art. 36 ust. 1 pkt. 12 ustawy, niespójność wymagań pomiędzy treścią ogłoszenia a specyfikacji, brak możliwości podpisania umowy bez narażenia się na odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych były przedmiotem osądu Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 11 sierpnia 2014 r.

Mając na uwadze treść wniesionego odwołania te same okoliczności były by przedmiotem badania w przedmiotowej sprawie, co wypełnia przesłankę z art. 189 ust.2 pkt.4) ustawy.

Zdaniem zamawiającego okoliczności te wypełniają również przesłankę odrzucenia odwołania wynikającą z art. 189 ust. 2 pkt.5) ustawy, wielość wskazanych w treści uzasadnienia odwołania naruszeń, braków obligatoryjnych postanowień wynikających z treści przepisów a nie znajdujących odzwierciedlenia w treści siwz, czego konsekwencją jest naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych, a w szczególności stanowisko Izby co do unieważnienia postępowania wskazują na dokonanie czynności unieważnienia zgodnie z treścią wyroku Izby.

Zamawiający podkreślił, że znane jest mu stanowisko Sądu Najwyższego co do wiążącej mocy sentencji orzeczeń, tym niemniej podstawą każdej sentencji są motywy jej wydania jakie znajdują odzwierciedlenie w treści uzasadnienia wyroku. Tym samym sentencja wyroku w sprawie KIO 1488/14 wynika z obowiązków jakie dla wyrokowania nakłada na Izbę przepis art. 192 ust.3 pkt. 1) Pzp. Skoro bowiem umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została w tym postępowaniu zawarta to Izba uwzględniając odwołanie musiała nakazać unieważnienie czynności i ich powtórzenie z udziałem oferty odwołującego. Obecnie obowiązujące przepisy ustawy nie dają Izbie prawa do unieważnienia postępowania z urzędu nawet w przypadku zaistnienia takich okoliczności.

Istotne w tej kwestii jest to, że materiał dowodowy tj. treść ogłoszenia, treść siwz, treść ofert i ewentualnie udzielonych odpowiedzi, a także stanowiska stron (tych samych) są tożsame w obu postępowaniach odwoławczych. Tym samym zamawiający stwierdził, że okoliczności faktyczne w obu sprawach są tożsame. Ocena stanu faktycznego i stwierdzenie jego tożsamości zdaniem zamawiającego nawet przy braku tożsamości żądania powoduje ziszczenie się przesłanki odrzucenia odwołania. Ustawa bowiem nie mówi wprost o ziszczeniu się przesłanki jedynie w przypadku podnoszenia tych samych zarzutów.

W przypadku braku uwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania zamawiający wniósł o jego oddalenie jako bezzasadnego.

Podstawą unieważnienia przedmiotowego postępowania jest stwierdzona wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt. KIO 1488/14) wadliwość sporządzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie pominięcia obligatoryjnego jej elementu wynikającego z brzmienia art. 36 ust. 1 pkt. 12 ustawy. Przepis art. 36 ust. 1 ustawy nie pozwala na jakąkolwiek dowolność w zakresie doboru elementów jakie mogą znaleźć się w specyfikacji,

a wręcz przeciwnie poprzez stwierdzenie "zawiera co najmniej" wskazuje, na konieczność zawarcia w treści siwz tego elementu jako niezbędnego minimum. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia stanowi dokument opracowany na potrzeby konkretnego postępowania i ma zawierać w szczególności informacje uwzględniające specyfikę zamówienia. Przedmiotowe zamówienie w znaczącej wielkości zakresu sprowadza się do świadczenia usługi sprzątnia, zaś usługa transportu wewnątrz szpitalnego stanowi zdecydowanie mniejszy element postępowania.

Zróżnicowanie wartościowe i ilościowe szczególnie w zakresie koniecznych do realizacji poszczególnych zadań nakładów i kosztów od samego początku przejawiało się w tym postępowaniu właśnie w proporcji większościowej dla sprzątnia i mniejszościowej dla transportu.

Począwszy bowiem od szacowania wartości zamówienia zamawiający mając na uwadze zakres poszczególnych prac, konieczność ponoszonych nakładów w postaci zaangażowania personelu oraz środków na realizację oszacował przedmiot zamówienia w następujący sposób:

usługa kompleksowego sprzątnia budynków Szpitala Wolskiego na 36 miesięcy :  
4.536.460.64 zł. netto +23%,

usługa transportu wewnętrznego 1.925 467,92 zł. netto + 0% VAT.

Intencja zamawiającego znalazła odzwierciedlenie w treści ogłoszenia o zamówieniu w którym zastrzegł, że wartość usługi sprzątnia nie może stanowić więcej niż 70%) wartości zamówienia, zaś wartość usług transportu wewnątrzszpitalnego nie może stanowić więcej niż 30%o wartości zamówienia. Postanowienie to nie zostało wprowadzone do treści siwz, co spowodowało, że złożone na jej podstawie oferty są nieporównywalne.

Dodatkowo brak umieszczenia tego wymogu w treści siwz, powoduje, że zamawiający nie może ocenić złożonych ofert, w tym w szczególności oferty odwołującego z punktu widzenia brzmienia art. 89 ust.1 pkt. 6 ustawy , art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy, zbadania oferty na podstawie art.90 ust. 1 i ewentualnie podjęcia czynności wynikających z art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy.

Informacje dotyczące ceny oferty, są informacjami istotnymi, tak m.in. wyrok z dnia 03.02.2014 r. sygn. akt KIO 77/14 "Do rangi istotnych postanowień siwz, a zarazem oferty zamawiający ma prawo zaliczyć takie postanowienia, które stanowią oznaczone wymogi do wykazania w ofercie, przy pomocy których zamawiający chce zrealizować swoje uzasadnione zamierzenia. Zamawiający powinien z góry w siwz podać za niespełnienie jakich wymagań, oferta zostanie odrzucona. Takim postanowieniem istotnym jest cena całkowita, czy też ceny jednostkowe służące do rozliczeń stron w trakcie realizacji umowy." Zatem ich brak czy niejasność powodują, że postępowanie obarczone jest wadą.

Odwołujący bowiem pomimo wymogów ogłoszenia, wykorzystując niespójność tego dokumentu z treścią siwz, a przede wszystkim mając na uwadze fakt, że usługa transportu jest zwolniona z podatku VAT złożył ofertę gdzie usługa sprzątnia stanowi 25,43%, wartości zamówienia, zaś usługa transportu 74, 57%.

1. usługa sprzątnia 1.477.524,00 zł. netto +23%VATco daje 1.817.354,52 zł. brutto
2. usługa transportu 5.329.724,76 zł. netto + 0 % VAT co daje 5.329.724,76 zł. brutto

Tym samym w gdyby wykonawca zastosował prawidłowe proporcje jakie wynikają z zakresu przedmiotu zamówienia to wartość jego oferty winna być powiększona o ponad 600 tys. zł. podatku VAT.

W tej sytuacji, zdaniem zamawiającego, nie ulega wątpliwości, że usługa sprzątnia będzie w większości realizowana z wynagrodzenia za transport, bowiem rozliczenie za oba zadania odbywa się systemie miesięcznym w 36 równych ratach za każdy miesiąc, a wykonawca nie będzie odprowadzał z tego tytułu należnego Skarbowi Państwa podatku VAT.

Odwrócenie proporcji wynagrodzenia i skalkulowanie cen za poszczególne zadania w przypadku usługi sprzątnia na poziomie absolutnie nie rentownym i zdecydowanie zbyt wysokim za usługę transportu spowodowało nieporównywalność złożonych ofert zarówno w stosunku do zakresu przedmiotu zamówienia jak również pomiędzy poszczególnymi wykonawcami. Sama już ta okoliczność uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. I powoduje, że jej zawarcie skutkować będzie odpowiedzialnością Zamawiającego z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z uwagi na sporządzenie siwz wbrew obowiązkom wynikającym z ustawy, ale również z tytułu narażenia Skarbu Państwa na starty.

Ponadto odwrócenie proporcji powoduje, że zagrożony zostaje cel zawartej umowy w tym m.in. w zakresie dochodzenia należności z tytułu kar umownych. Umowa w tym postępowaniu szczególnie nacisk kładzie na należyte wykonywanie usługi sprzątnia, co jest wynikiem ewentualnej odpowiedzialności Szpitala w przypadku zaistnienia zakażeń szpitalnych. Tym samym postanowienia umowy w tym w szczególności w § 8 ust. 1 pkt. 1) i pkt. 2) dyscyplinują wysokimi karami umownymi, których wartość miała być odnoszona do wartości usługi sprzątnia. Dyscyplinującymi byłyby jedynie kary odnoszące się do miesięcznego wynagrodzenia brutto ale tylko wówczas, gdyby zostały zachowane proporcje 70/30 procent poszczególnych usług w wartości całej oferty. W obecnym stanie faktycznym jak w przypadku Odwołującego kary umowne nie realizują celu na jaki zostały określone.

Reasumując w przedmiotowym postępowaniu, co podkreśliła kilkakrotnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11.08.2014 r. w wyniku nie wskazania w treści siwz wymogów co do sposobu obliczenia ceny oferty doszło do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa (art. 36 ust.1 pkt. 12), konsekwencją tego jest niejasność postanowień siwz, wprowadzenie niepewności co do sposobu oceny ofert, niespójność siwz z treścią

ogłoszenia o zamówieniu, doprowadzenie do sytuacji nieporównywalności ofert, a w konsekwencji doprowadzenie do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Tym samym nie możliwości dokonania jakichkolwiek zmian z treści siwz, z uwagi na upływ terminu składania ofert. Przede wszystkim jednak nie ma możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z tym, że wady te mają wpływ na wynik postępowania. Tym samym wyżej wskazane okoliczności uprawniają do unieważnienia postępowania na podstawie art.93 ust. 1 pkt. 7 Pzp.

Przy podejmowaniu decyzji o unieważnieniu postępowania wbrew twierdzeniom odwołującego, podejmując decyzję o unieważnieniu zamawiający nie jest zobowiązany jedynie przesłankami określonymi w art. 146 ust. 1, nie stanowią one wyłącznej podstawy do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 (tak KIO z dnia 19 stycznia 2011 r., KIO 34/11. Podobne stanowisko wynika z wyroku z dnia 19 września 2012 r., KIO 1900/12 w którym Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że "zamawiający są uprawnieni do badania okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania, które mieszczą się w dyspozycji art. 146 ust. 6 ustawy. Przeciwny pogląd prowadziłby do wniosku, że zamawiający nie może unieważnić postępowania, w którym doszło do naruszenia przepisów ustawy (którego nie można usunąć) mającego wpływ na wynik postępowania, jeśli nie jest to wada wymieniona w art. 146 ust. 1 ustawy. W konsekwencji stanowiłoby to przyzwolenie na zawieranie umów nawet w sytuacji, gdy postępowanie obarczone byłoby poważną wadą, jeśli wada ta jest nieusuwalna. "

Na prawidłowość dokonanej czynności wskazuje również stanowisko KIO:

W wyroku z dnia 8.07.2013 r. (KIO 1512/13) Izba stwierdziła zaistnienie przesłanek do unieważnienia postępowania na skutek rozbieżności pomiędzy treścią ogłoszenia a siwz,: " W ogłoszeniu o zamówieniu i siwz muszą znaleźć się finalne takie same dane dotyczące kryteriów oceny ofert i ich znaczenia - zamawiający, który odkrył, że w jego procedurze wystąpiła opisywana różnica między treścią ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji może (jest obowiązany) na każdym etapie procedury, do czasu zawarcia umowy, unieważnić postępowanie, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p." Wyrok ten co prawda dotyczy kryteriów tym niemniej jest to tak samo jak opis sposobu obliczenia ceny oferty obligatoryjny element wynikający z treści art. 36 ust. 1 Pzp.

W wyroku z dnia 19.09.2012 r. (KIO 1897/12) Izba stwierdza: "Wstęp do wyliczenia w art. 36 ust. 1 p.z.p. brzmi "Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej:". Dlatego zamawiający musi zawrzeć w siwz istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia albo ogólne warunki umowy. (...)Skoro zamawiający opracował siwz w sposób na tyle nieprecyzyjny, że wykonawcy złożyli oferty zgodne z siwz, jednak nieporównywalne, zamawiający nie mógł

odrzuć żadnej z ofert, ale nie mógł dokonać wyboru którejkolwiek z ofert. Stwierdzenie nieporównywalności ofert (jednak zgodnych z siwz) jest kolejną przyczyną unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 p.z.p." Z porównania art. 36 oraz przepisów art. 41 oraz 48 regulujących treść ogłoszenia o zamówieniu wynika, że treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi uzupełnienie informacji zawartych w ogłoszeniu. Do wzajemnej relacji tych dwóch dokumentów odniosła się KIO w wyroku z dnia 2 czerwca 2010 r. (sygn. KIO/UZP 939/10), stwierdzając, że „ustawa nie pozwala na przyjęcie prymatu zapisów siwz nad treścią ogłoszenia. Są to dokumenty, które powinny być ze sobą spójne i w sposób jednakowy opisywać np. sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wymieniając przy tym taki sam katalog dokumentów, które należy wraz z ofertą przedłożyć". W tym samym orzeczeniu Izba podkreśliła, że „zamawiający powinien dochować należytej staranności sporządzając obydwa dokumenty przede wszystkim dbając o zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców."

Tak więc każde zachowanie sprzeczne z treścią przepisu stanowi rażące naruszenie prawa. Ponadto zamawiający uważa, że nie może zawrzeć umowy z sprawie zamówienia publicznego, w takim kształcie który narazi go na odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Tym samym był zobowiązany do podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

W wydanym w dniu 11 sierpnia 2014r. wyroku w sprawie sygn. akt KIO 1488/14 i KIO 1538/14 Izba wydała następująca sentencję :

1. „Uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę Aspen Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie (sygn. akt. 1488/14) i nakazuje zamawiającemu Szpitalowi Wolskiemu im. dr Anny Gostyńskiej Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Aspen Sp. z o.o. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty wykonawcy Aspen Sp. z o.o.
2. Oddała odwołanie wykonawcy: Konsorcjum firm: Izan+ Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, Naprzód Cleaning Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, Vendi Servis Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi oraz Medassist Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie (sygn. KIO 1548/15)”

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Izba stwierdziła:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp stanowi, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej opis sposobu obliczenia ceny. Obowiązkiem Zamawiającego jest wskazanie w treści SIWZ wszystkich elementów składających się na cenę oferty, w tym na wymagany od wykonawców sposób jej obliczenia.

W pkt 14 SIWZ Zamawiający wskazał, że w ofercie należy podać cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 385) za wykonanie wybranej części przedmiotu zamówienia. Ponadto, Zamawiający wskazał, że w cenie należy uwzględnić wszystkie wymagania określone w SIWZ. W treści pisma z dnia 17 lipca 2014 r. Zamawiający wskazał, że odrzuca ofertę Odwołującego, gdyż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny i w konsekwencji tego jest ona rażąco niska. Zamawiający wskazał, że usługa sprzątnia stanowi 25,43% wartości zamówienia, natomiast usługa transportu wewnątrzszpitalnego stanowi 74,57% wartości zamówienia, co było niezgodnie z wymaganiem zawartym w treści Ogłoszenia o zamówieniu stanowiącym, że wartość usługi sprzątnia nie może stanowić więcej niż 70% wartości zamówienia, zaś wartość usługi transportu wewnątrzszpitalnego nie może stanowić więcej niż 30% wartości przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że w treści SIWZ brak jest jakiegokolwiek informacji dla wykonawców o obowiązku sporządzenia oferty z uwzględnieniem podziału: wartość usługi sprzątnia nie więcej niż 70% wartości zamówienia, wartość usługi transportu wewnątrzszpitalnego nie więcej niż 30% wartości przedmiotu zamówienia. Sam Zamawiający potwierdził podczas rozprawy, że w SIWZ nie został zawarty powyższy wymóg. Wskazał jednak, że informacja ta została zamieszczona w treści Ogłoszenia o zamówieniu i wykonawcy winni ją uwzględnić obliczając swoją cenę. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego. Sposób obliczenia ceny jest obligatoryjnym elementem treści SIWZ, co wynika *expressi verbis* z treści art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Fakt zamieszczenia informacji o sposobie obliczenia ceny w Ogłoszenia o zamówienia nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku jasnego i precyzyjnego wskazania w treści SIWZ sposobu obliczenia ceny. Obowiązek ten nadal istnieje, a ustawa Pzp nie zawiera odmiennej regulacji i nie zwalnia Zamawiającego z powyższego obowiązku w przypadku podania takiej informacji w treści ogłoszenia o zamówieniu. W ocenie Izby zasadnym jest przyjęcie stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, że wykonawcy obliczając cenę za realizację zamówienia nie byli zobowiązani do uwzględnienia parytetu podziału wskazanego przez Zamawiającego, gdyż treść SIWZ nie zawierała odpowiednich zapisów w zakresie sposobu obliczenia ceny. W pkt 14 SIWZ Zamawiający wskazał, że należy obliczyć cenę uwzględniając wszystkie wymagania zawarte w SIWZ. Zamawiający nie odesłał

wykonawców do postanowień Ogłoszenia o zamówieniu. Obowiązkiem Zamawiającego było wskazanie w treści SIWZ w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny sposobu obliczenia ceny. Wszelkie niejasności w tym zakresie Izba zobowiązana jest interpretować na korzyść wykonawców. Izba nie znajduje racjonalnych przesłanek uzasadniających brak wskazania w treści SIWZ sposobu obliczenia ceny, z uwzględnieniem parytetów: nie więcej niż 30% wartości ceny usługi transportu wewnątrzszpitalnego; nie więcej niż 70% wartości ceny usługi sprzątnia. Brak staranności ze strony Zamawiającego w zamieszczeniu powyższego zapisu w treści SIWZ nie może stanowić uzasadnienia dla odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż to Odwołujący byłby obciążony konsekwencjami wynikającymi z błędów Zamawiającego, zaś sam Zamawiający nie ponosiłby żadnych konsekwencji z tytułu błędów popełnionych w dokumentacji postępowania.

Podkreślić nadto należy, że treść pkt 14 SIWZ jest niejasna i mogła rodzić wątpliwości wykonawców. W pkt 14 SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawcy winni wskazać cenę za wybraną część przedmiotu zamówienia. Jednakże ten sam Zamawiający w piśmie z dnia 23 czerwca 2014 r., wskazał, że zamówienie nie jest podzielone na części, a podział na zadania miał wyłącznie charakter porządkowy. Wykonawcy winni podać cenę za wykonanie całego zamówienia. Jednakże w treści Ogłoszenia o zamówieniu, w pkt II.1.8 Zamawiający wskazał, że zamówienie jest podzielne na części, a oferty można składać w odniesieniu do wszystkich części. Zamawiający użył stwierdzenia „można” składać oferty na wszystkie części zamówienia, co nie implikuje w sobie obowiązku złożenia oferty na wszystkie części zamówienia.

W ocenie Izby powyższe zestawienie informacji przekazanych przez Zamawiającego wykonawcom potwierdza brak staranności Zamawiającego oraz niespójność dokumentacji przetargowej sporządzonej przez Zamawiającego. Spowodowało to, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie mieli jasności w jaki sposób należało obliczyć cenę, przy zachowaniu jakich parytetów podziału i czy podział zamówienia na usługę sprzątnia i usługę transportu wewnątrzszpitalnego miał charakter jedynie porządkowy czy wiążący dla wykonawców. Zamawiający nie wskazał bowiem w sposób jednoznaczny w treści SIWZ, że przyjęty parytet podziału należy obligatoryjnie uwzględnić przy przygotowaniu ofert, a w szczególności przy obliczeniu ceny. Skoro tak, to na etapie oceny ofert nie może nadinterpretowywać treść SIWZ w sposób dla siebie korzystny. Sprzeczności występujące pomiędzy informacjami zawartymi w treści Ogłoszenia o zamówienia jak i SIWZ wprowadziły niepewność wśród wykonawców w jaki sposób Zamawiający będzie oceniał oferty i czy wykonawcy winni przygotowywać oferty zgodnie ze SIWZ, treścią Ogłoszenia o

zamówienia czy wyjaśnieniami samego Zamawiającego, które czytanie łącznie pozostają ze sobą niespójne.

W ocenie Izby w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy należy uznać, że Zamawiający nie uwzględnił w treści SIWZ obligatoryjnego jej elementu tj. sposobu obliczenia ceny. Brak wskazania sposobu obliczenia ceny spowodował, że wykonawcy zastosowali różne parytety podziału usług składających się na całość zamówienia, co spowodowało, że ich oferty są nieporównywalne, z uwagi na odmienne stawki VAT obowiązujące dla usługi sprzątnięcia i usługi transportu wewnątrzszpitalnego. Zamawiający formułując SIWZ w sposób niejasny i nieprecyzyjny doprowadził do rozbieżności w ofertach wykonawców, które znalazły odzwierciedlenie w zaproponowanych cenach. Jednakże Zamawiający nie może obarczać samych wykonawców konsekwencjami wynikającymi z własnych zaniechań. Argument Zamawiającego jakoby zwiększenie usługi transportu wewnątrzszpitalnego przez Odwołującego narażało na straty Skarb Państwa z tytułu nieodprowadzenia przez tego wykonawcę należnego podatku VAT jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia Izby. To niestaranne działanie Zamawiającego i brak dokładności byłby powodem ewentualnych strat Skarbu Państwa, nie zaś działania Odwołującego. To Zamawiający ponosi odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych i to Zamawiający winien dołożyć należytej staranności przygotowując postępowanie przetargowe w celu uniknięcia sytuacji z jaką mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Zamawiający winien dochować należytej staranności sporządzając oba dokumenty tj. Ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ przede wszystkim dbając o zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Sposób sporządzenia powyższych dokumentów przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jest zaprzeczeniem tych zasad.

Izba nie podziela argumentacji Zamawiającego, że wielkość poszczególnych usług Zamawiający potwierdził w opisie przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 do SIWZ poprzez wymóg podziału 90 etatów w następującej proporcji: 65 etatów na sprzątnięcie, 25 etatów na transport wewnątrzszpitalny. Jak słusznie wskazał Odwołujący przedkładając odpowiednie wyliczenie, podział etatów wskazany przez Zamawiającego w treści SIWZ nie pokrywa się z parytetem podziału usługi jaki zastosował Zamawiający przy ocenie ofert wykonawców. Z przyjętego przez Zamawiającego parytetu podziału etatów wynika bowiem, że usługa transportu winna stanowić 27,77% wartości zamówienia, zaś usługa sprzątnięcia 72,22% wartości zamówienia. Ponadto Izba zauważa, że Zamawiający wskazał, że podział ma charakter wyłącznie informacyjny, nie zaś wiążący dla wykonawców.



Izba nie podziela również argumentacji Przystępującego, że Odwołujący był zobowiązany do przygotowania oferty zgodnie z treścią Ogłoszenia o zamówienia, co wynika art. 70<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego i w związku z tym winien obliczyć swoją cenę w uwzględnieniu parytetu podziału 30:70. Izba zauważa, że to treść art. 36 ust. 1 ustawy Pzp reguluje minimalną treść SIWZ. Brak jest w ustawy Pzp przepisu, który zwalniałby Zamawiającego z obowiązku zamieszczenia w treści SIWZ informacji o sposobie obliczenia ceny, z uwagi na fakt, że informacja to jest zamieszczone w treści SIWZ. Ponadto, przepisy kodeksu cywilnego mają zastosowanie, jeżeli przepisu ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Przepisy ustawy Pzp zawierają wyczerpującą regulację dotyczącą obowiązkowych informacji jakie winny być zamieszczone w treści SIWZ i brak jest podstaw do stosowania w tym zakresie przepisów kodeksu cywilnego. Przystępujący pomija w swoich argumentach fakt, że w pierwszej kolejności sam Zamawiający nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku wynikającego z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i to właśnie niewypełnienie ciążącego na nim obowiązku spowodowało naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Pominięcie tej istotnej okoliczności i próba obarczenia Odwołującego konsekwencjami błędów Zamawiającego jest w ocenie Izby nieuprawnione.

Ponadto Izba uznała, że z uwagi na uwzględnienie zarzutu o bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, czynności podjęte przez Zamawiającego w celu wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na zaoferowaną cenę poprzedzające odrzucenie oferty należy uznać za bezpodstawne. Zauważyć bowiem należy, że Zamawiający w piśmie z dnia 17 lipca 2014 r. wskazał, że cena usługi sprzątnia w ofercie Odwołującego stanowi jedynie 25,43% wartości zamówienia, natomiast usługa transportu wewnątrzszpitalnego stanowi 74,57% wartości zamówienia i przekracza 30% wartości opisanej w Sekcji II ogłoszenia o zamówieniu. Tak więc oferta złożona przez Odwołującego zawierała w ocenie Zamawiającego błąd w obliczeniu ceny i w konsekwencji czego cena była rażąco niska, co również wynikało z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący w pkt 2 tabeli stanowiącej zestawienie kosztów miesięcznych realizacji zamówienia w pełni potwierdził rażąco niską cenę.

Z powyższego wynika, że podstawą do uznania ceny Odwołującego za rażąco niską było niezastosowanie parytetu podziału usługi 30/70. Skoro zaś Izba uznała, że w treści SIWZ brak był informacji o obowiązku obliczenia ceny z uwzględnieniem powyższego parytetu, to wezwanie Zamawiającego o złożenie wyjaśnień co do zadania nr 1 – świadczenie usługi sprzątnia Izba uznała za bezpodstawne. Wezwanie to wynikało bowiem z błędnego założenia jakim kierował się Zamawiający, iż wykonawcy winni uwzględnić w cenie parytet

podziału - 30% wartości zamówienia usługa transportu wewnątrzszpitalnego, 70% wartości zamówienia usługa sprzątania.

Na marginesie Izba zauważa, że obecnie brzmienie SIWZ i wskazany w niej sposób obliczenia ceny w połączeniu w treścią Ogłoszenia o zamówienia jak i samymi niejasnościami co do podziału zamówienia na zadania czy części i konsekwencji z tego wpływających powoduje, iż Zamawiający winien rozważyć możliwość unieważnienia postępowania. Obecnie brzmienie SIWZ w zakresie obliczenia ceny powoduje, że wykonawcy nie mają obowiązku zachowania procentowej wielkości poszczególnych usług, a w konsekwencji brak jest możliwości porównywania oferty poszczególnych wykonawców co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Decyzja co do unieważnienia należy jednak do Zamawiającego i wymaga analizy zaistniałej sytuacji i podjęcia próby zminimalizowania ewentualnych strat na jakie może narazić Skarb Państwa.

#### **Izba zważyła co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy. Izba oddaliła wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 4 i 5 ustawy z następujących względów :

Art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy stanowi o obowiązku odrzucenia odwołania, jeśli odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego. W niniejszym postępowaniu spełniona jest przesłanka tego samego postępowania, tego samego odwołującego, ale nie spełniona jest przesłanka wyłącznie tych samych okoliczności. Okolicznościami są bowiem te same zarzuty, podstawy faktyczne zarzutów czyli czynności lub zaniechania zamawiającego, oraz sformułowane na ich poparcie uzasadnienie faktyczne lub prawne. W sprawie sygn. akt KIO 1488/14 odwołujący formułował zarzuty dotyczące czynności zamawiającego tj. jego odrzucenia z postępowania, natomiast obecnie czynnością, którą skarży jest czynność unieważnienia postępowania i zarzuty i żądania, a także ich uzasadnienie faktyczne i prawne dotyczą wyłącznie czynności unieważnienia postępowania, a więc nie są to te same okoliczności, które były już przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy stanowi natomiast obowiązku odrzucenia odwołania jeśli dotyczy ono czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Izba w pełni podziela wskazane przez zamawiającego stanowisko Sądu Najwyższego, tj. że zamawiającego wiąże sentencja orzeczenia. Izba zwraca uwagę, że odwołanie w ogóle nie dotyczy czynności zamawiającego, która była przedmiotem wyrokowania przez Izbę, stąd

również i ta podstawa prawna odrzucenia nie ma zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym.

Izba oceniła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego ustawy. W przedmiotowym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest cena. Cena oferty odwołującego jest ceną najniższą zaoferowaną w to postępowaniu (okoliczność niesporna). Izba w wyroku sygn. akt KIO 1488/14 KIO 1548/14 nakazała zamawiającemu m. in. powtórzyć czynność oceny ofert z udziałem oferty odwołującego. Zatem w przypadku uwzględnienia odwołania - oferta odwołującego byłaby najkorzystniejsza i uzyskałby on zamówienie. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakładał z tytułu wykonania zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji braku przesłanek do zastosowania powołanego przepisu i zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 146 ustawy przez jego błędną interpretację i uznanie, iż zamawiającemu przysługuje prawo unieważnienia postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonego przez niego postępowania

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy zamawiający jest zobligowany unieważnić postępowania w sytuacji, gdy:

1. jest ono obarczone wadą,
2. wada jest niemożliwa do usunięcia,
3. wada ma uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Izby takie wady zostały wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy, jednak nie wyczerpują one wszystkich wadliwości postępowania jakich może dopuścić się zamawiający, a które powinny skutkować unieważnieniem postępowania. W orzecznictwie wskazuje się na to, że również okoliczności uprawniające Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnienie umowy stanowią przesłankę dla samodzielnego dokonania przez zamawiającego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Kluczowym argumentem przemawiającym za taką możliwością jest fakt, że zamawiający unieważniając przed zawarciem umowy postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone wadą uprawniającą Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do żądania unieważnienia umowy, zapobiega szkodom, jakie mogą powstać w związku z wykonaniem lub częściowym wykonaniem umowy. Oznacza to, że dodatkową przesłanką, jaką należy brać pod uwagę przy

dokonywaniu oceny dopuszczalności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jest wymóg, aby

4. wada była wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Spór pomiędzy stronami nie dotyczy w istocie stanu faktycznego, który w niniejszej sprawie jest niesporny, ale oceny tego stanu prawnego. Poza sporem jest bowiem tak sentencja, jak i treść uzasadnienia wyroku w sprawie sygn. akt KIO 1488/14, jak również to, że pomiędzy ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia, a treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zachodzą różnice, co do opisu sposobu obliczenia ceny. Bezsporne jest także to, że część wykonawców zastosowała się do treści ogłoszenia o zamówieniu, a część w tym odwołujący i wykonawca Dozorbud zastosowali się do treści siwz. Niesporne jest to, że jedynym kryterium oceny ofert była cena, jak i to, że oferta wykonawcy Dozorbud została odrzucona z powodu nie zachowania parytetów wynikających z ogłoszenia o zamówieniu i wykonawca ten nie wniósł odwołania. Sporne jest natomiast, czy tak ustalony stan faktyczny, a przede wszystkim rozbieżność pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu, a siwz powoduje, że postępowanie obarczone jest wadą spełniającą wszystkie cztery wymienione wyżej przesłanki. Badając pierwszą z przesłanek tj. wystąpienie wady należy ustalić działanie lub zaniechanie zamawiającego, które jest źródłem wady, oraz po ustaleniu tego zdarzenia dokonać jego oceny w świetle zgodności z przepisami ustawy. Jak ustaliła Izba w sprawie sygn. akt KIO 1488/14, które to ustalenia Izba w obecnym składzie przyjmuje za własne wadliwość dotyczy dwóch czynności zamawiającego tj. sporządzenia ogłoszenia o zamówieniu i sporządzenia treści siwz. Wada sprowadza się do rozbieżności pomiędzy ogłoszeniem, w którym zamawiający zawarł wymaganie, że wartość usługi sprzątnięcia nie mogła stanowić więcej niż 70% wartości zamówienia, zaś wartość usługi transportu wewnątrzszpitalnego nie mogła stanowić więcej niż 30% wartości przedmiotu zamówienia, a rozdziałem 14 siwz – Sposób obliczenia ceny, które wprawdzie zawierało postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny, ale nie zawierało wskazanego wyżej wymagania zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu. Nadto rozbieżność dotyczyła sekcji II.1.8 ogłoszenia o zamówieniu i pkt 3.2. siwz, co do możliwości składania ofert częściowych. Przy czym w ocenie Izby ta rozbieżność została usunięta odpowiedzią na pytanie nr 100 wskazującą na to, że zamówienie nie jest podzielone na części. Taka konwalidacja jednak nie nastąpiła przed upływem terminu składania ofert w przypadku pierwszej ze stwierdzonych rozbieżności. Izba zatem rozważyła, czy fakt zaistnienia rozbieżności pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu, a specyfikacją istotnych warunków zamówienia narusza przepisy ustawy, a jeśli tak to jakie. Izba stwierdziła, że choć w ustawie brak wprost normy nakazującej zgodność treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z treścią ogłoszenia o zamówieniu (podczas gdy art. 82 ust. 3 ustawy wprost wskazuje na konieczność zgodności

oferty z treścią siwz, a art. 140 ust. 1, na tożsamość zobowiązania ofertowego ze zobowiązaniem ofertowym), to taką normę da się wyprowadzić z przepisów ustawy: przede wszystkim z art. 38 ust. 4 a, który nakazuje w przypadku dokonywania zmian treści siwz przed upływem terminu składania ofert, dokonywać także zmiany ogłoszenia o zamówieniu, o ile zmiany siwz wymagają zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Jakie zmiany wymagają tak zmiany ogłoszenia o zamówieniu jak i przedłużenia terminu składania ofert określa katalogiem otwartym art. 12a ust. 2 ustawy. Nadto art. 7 ust. 1 ustawy nakazuje zamawiającemu zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z tych norm prawnych należy zatem wyprowadzić normę nakazującą zgodność postanowień siwz z treścią opublikowanego ogłoszenia. Niewątpliwie siwz może zawierać więcej treści niż ogłoszenie o zamówieniu. Taka konstatacja wynika z analizy art. 36 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 41 ustawy, jednak jeżeli zamawiający decyduje się zawrzeć w ogłoszeniu więcej informacji niż wymagane art. 41 ustawy minimum, to również i w tym zakresie dla równego traktowania wykonawców musi zachodzić zgodność pomiędzy treścią ogłoszenia, a treścią siwz. Wyprowadzona przez Izbę norma zgodności treści siwz z treścią ogłoszenia wynika przede wszystkim z nakazu równego traktowania wykonawców. Nie można bowiem w ocenie Izby uznać za równe traktowanie wykonawców sytuacji, gdy wykonawcy będą brali udział w postępowaniu na odmiennych zasadach opierając się jedni na treści siwz, inni na treści ogłoszenia. W ocenie Izby zatem wada, która zaistniała w niniejszym postępowaniu powoduje naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy.

Drugą przesłanką dopuszczalności unieważnienia postępowania jest niemożność usunięcia wady. Zgodnie z art. 38 ust. 4 zd. 1 ustawy zamawiający może zmienić treść siwz jedynie przed upływem terminu składania ofert, zaś z art. 12 ustawy wynika, że również zmiana ogłoszenia może być dokonana tylko przed upływem terminu składania ofert. W niniejszym postępowaniu bezsporne jest, że termin składania ofert już upłynął, zatem brak jest możliwości usunięcia wady przez zmianę czy to treści ogłoszenia o zamówieniu, czy zmianę treści siwz. Trzecia i czwarta przesłanka wiążą się wzajemnie. Trzecia przesłanka stanowi, że wada ma uniemożliwiać zawarcie ważnej umowy, a czwarta, że umowa podlega unieważnieniu jeśli stwierdzone naruszenie ma wpływ lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Izba analizując tę przesłankę doszła do wniosku, że stwierdzone naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, albowiem na skutek zaistniałej rozbieżności zamawiający inaczej traktował tych wykonawców, którzy zastosowali się do treści siwz (tj. nie uwzględniali parytetów) i odrzucał ich oferty, a inaczej wykonawców, którzy zastosowali się do parytetów. Co więcej na skutek zachowania zamawiającego, które nie podlegało weryfikacji przez Izbę doszło do sytuacji, w której krąg podmiotów spośród, których dokonywany był wybór oferty najkorzystniejszej był węższy niż w sytuacji, gdyby ta rozbieżność nie zaistniała tj. przy ocenie ofert nie była brana pod uwagę oferta ani

odwołującego, ani Dozorbud. Stąd wynik postępowania w sytuacji, gdyby stwierdzone naruszenie nie zaistniało, byłby inny. Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że wszystkie przesłanki dopuszczalności z art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy zostały wypełnione i zamawiający prawidłowo zastosował instytucję unieważnienia postępowania. Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że porównywalność ofert, to wyłącznie możliwość oceny w kryteriach oceny ofert. W ocenie Izby porównywalność ofert, to również stosowanie jednakowych przesłanek wykluczenia i odrzucenia ofert w stosunku do wszystkich wykonawców, a także niedopuszczanie do sytuacji braku możliwości jednoznacznego ustalenia kręgu ofert, które mogą być poddane ocenie merytorycznej, gdyż nie stosuje się do nich art. 89 ust. 1 ustawy. Ten ostatni brak porównywalności zaistniał bowiem w niniejszym postępowaniu, gdyż porównywano oferty zgodne z treścią ogłoszenia, a odmawiano takiego porównania ofertom zgodnym z treścią siwz, mimo, że wszyscy wykonawcy stosowali się do wymagań zamawiającego, ale różnych z zależności od dokumentu, który był podstawą przygotowanych przez nich ofert.

Co do konieczności wykonania wyroku Izby w sprawie sygn. akt KIO 1488/14, to Izba podziela stanowisko odwołującego, że wyrok Izby był wykonalny i zamawiający powinien był go wykonać. Jednak Izba zauważa, że art. 93 ust. 1 ustawy określając przesłanki unieważnienia postępowania nie określa zamawiającemu terminu na dokonanie takiej czynności, tym samym dopuszczalne było dokonanie unieważnienia postępowania przed czynnością oceny ofert. Nadto za takim działaniem zamawiającego przemawiają także względy ekonomiki postępowania. Fakt ponowienia czynności oceny ofert i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej nie sanował bowiem wady tkwiącej w postępowaniu, co z kolei powodowało, że postępowanie w wyniku wykonania literalnego sentencji orzeczenia Izby toczyłoby się nieco dłużej, ale prowadziłoby do identycznego skutku prawnego, jakim było unieważnienie postępowania. W tej sytuacji Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia przepisów ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez niezachowanie uczciwej konkurencji, nierówne traktowanie wykonawców, uporczywe i irracjonalne dążenie do niedopuszczenia odwołującego do realizacji zamówienia, które jest przedmiotem prowadzonego przez zamawiającego postępowania.

Zarzut nie potwierdził się. Odwołujący ma rację o tyle, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obarczone było wadą stanowiącą naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy. Jednakże sama czynność, która jest przedmiotem odwołania tj. unieważnienie przez zamawiającego postępowania, w ocenie Izby nie narusza art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż nie prowadzi do nierównego traktowania wykonawców. Natomiast teza odwołującego o

irracjonalnym dążeniu do niedopuszczenia go do realizacji zamówienia nie została przez odwołującego udowodniona, a w świetle zgromadzonego materiału dowodowego nie znajduje potwierdzenia. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 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) obciążając odwołujących kosztami postępowania w postaci uiszczanego wpisu od odwołania oraz nakazując odwołującemu zwrot zamawiającemu kosztów zastępstwa prawnego zgodnie ze złożoną fakturą z ograniczeniem do maksymalnej kwoty dopuszczonej przez rozporządzenie.

**Przewodniczący:** .....