

Sygn. akt: KIO 1897/12

WYROK
z dnia 19 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 września 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **7 września 2012 r.** wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (pełnomocnik)** i [2] **Impel Tech Solutions sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Książnica Pomorska im. St. Staszica, Podgórna 15/16, 70-205 Szczecin**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (pełnomocnik)** i [2] **Impel Tech Solutions sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118**

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: **piętnaście** tysięcy złotych **zero** groszy) uiszczone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (pełnomocnik)** i [2] **Impel Tech Solutions sp. z o.o. z**

siedzibą we Wrocławiu, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 615 zł 00 gr** (słownie: **trzy tysiące sześćset piętnaście złotych zero groszy**) przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (pełnomocnik)** i [2] **Impel Tech Solutions sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** na rzecz zamawiającego **Książnica Pomorska im. St. Staszica, Podgórna 15/16, 70-205 Szczecin** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę Izby i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1897/12

Uzasadnienie

Zamawiający **Książnica Pomorska im. St. Staszica, Podgórna 15/16, 70-205 Szczecin** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą **»Kompleksowa obsługa nieruchomości Książnicy Pomorskiej im. Stanisława Staszica w Szczecinie«**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **06.06.2012 r. pod nrem 106-176852**.

Zamawiający zawiadomił **28.08.2012 r.** o unieważnieniu postępowania z powodów określonych w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp:

- 1) niejednoznaczne postanowienia rozdz. III pkt 1 ppkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia), w związku z czym złożone oferty były nieporównywalne;
- 2) brak w specyfikacji istotnych postanowień umowy, ogólnych warunków umowy lub wzoru umowy.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **[1] Konsorcjum: Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu [pełnomocnik] i Impel Tech Solutions sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wnieśli **07.09.2012 r.** do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Kompleksowa Obsługa Nieruchomości Wiktor Walewicz, ul. Wojciecha Korfatego 3/2, 71-313 Szczecin, mimo że treść oferty wskazanego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji;
- 3) art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego dokonania czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;

- 4) art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie i unieważnienie przez zamawiającego postępowania mimo braku podstaw faktycznych i prawnych.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) uchylenia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) dokonania czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- 3) dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Kompleksowa Obsługa Nieruchomości W..... W....., ul. Wojciecha Korfantego 3/2, 71-313 Szczecin, gdyż treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji;
- 4) dokonania czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu, najtańszej i niepodlegającej odrzuceniu oferty złożonej przez niewykluczonego z postępowania wykonawcy tj. oferty odwołującego.

Argumentacja odwołującego

Odwołujący w 28 sierpnia 2012 r., na podstawie przekazanego przez zamawiającego zawiadomienia (pismo z 28 sierpnia 2012 r.), uzyskał informację, że postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp.

Zamawiający dokonaną czynność uzasadnił, wskazując, że postępowanie obarczone jest wadami uniemożliwiającymi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj.: złożone w postępowaniu oferty są nieporównywalne a ponadto specyfikacja nie zawiera istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy.

W ocenie odwołującego, stanowisko zamawiającego jest nieprawidłowe, gdyż postępowanie nie jest obarczone żadnym z ww. uchybień, albo innymi wadami, które uniemożliwiłaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wobec powyższego odwołujący podnosi:

I. W zakresie wady dotyczącej nieporównywalności ofert

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty. Zgodnie z wymogami określonymi w specyfikacji – Załączniku nr 1 pkt 3, wykonawcy zobowiązani byli zaoferować cenę brutto za wykonanie całości zamówienia. Ta też cena, zgodnie ze specyfikacją, była jedynym kryterium oceny ofert. Odwołujący zaoferował cenę 2.649.253,44 zł.

Po wyrażeniu zgody na poprawienie oczywistych omyłek cena odwołującego wynosi 2.702.061,29 zł. Tę cenę zamawiający uznał za prawidłową uwzględniając odwołanie wniesione w 2 sierpnia 2012 r. do Krajowej Izby Odwoławczej (pismo zamawiającego

uznające odwołanie w całości z 13.08.2012 r. sygn. akt: KIO/1651/12).

Tymczasem wykonawca Kompleksowa Obsługa Nieruchomości Wiktor Walewicz zaoferował cenę: 3.119.555,75 zł.

Zamawiający na realizację przedmiotu zamówienia przeznaczył kwotę 3.190.000,00 zł. Jednocześnie zamawiający, w myśl postanowień rozdz. III pkt 2 specyfikacji, zobowiązał się wybrać ofertę najkorzystniejszą na podstawie jednego kryterium tj. cena.

Cena zaoferowana przez odwołującego jest tylko ok. 15% niższa od ceny jaką zamawiający przeznaczył na realizację tego zamówienia. Odwołujący zatem prawidłowo oszacował i obliczył realizację usługi. Cena powinna być obliczona jako cena ryczałtowa (rozdz. III pkt 1 ppkt 3 i 7 specyfikacji).

Zamawiający nie wskazał w specyfikacji wzorów obliczeń lub działań matematycznych, które wykonawcy zobligowani byli zastosować do obliczenia ceny oferty. Bezwzględna powinnością wykonawców było uwzględnienie czynników cenotwórczych określonych w rozdz. III pkt 1 ppkt 7 specyfikacji.

W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, nietrafionym jest stanowisko zamawiającego, że złożone w postępowaniu oferty są nieporównywalne. Obie oferty zawierają ceny ryczałtowe. Wykonawcy skalkulowali ceny na podstawie tych samych specyfikacji i uwzględniają w minimalnym wymaganym postanowieniami dokumentacji postępowania, te same czynniki kosztotwórcze.

Mając na względzie istotę wynagrodzenia ryczałtowego, w opinii odwołującego. z ww. powodów oferty złożone w postępowaniu są porównywalne. Metoda obliczenia i jej konsekwencje (wysokość ceny) pozostaje wyłącznie ryzykiem obciążającym wykonawcę.

Teza ta znajduje potwierdzenie także w zachowaniu zamawiającego, który nie określił sposobu obliczenia ceny, pozostawiając decyzje w tym zakresie wykonawcom. Tym samym, uznać trzeba, że ww. oferty jako zawierające ceny bezsprzecznie ryczałtowe i skalkulowane na podstawie tych samych postanowień specyfikacji są porównywalne. Podkreślić także trzeba, że metoda obliczenia ceny ryczałtowej, jest indywidualnym wyborem wykonawcy i nie wpływa na zakres zobowiązania wykonawcy.

Stanowisko odwołującego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej np.: „brak jakiegokolwiek elementu kosztorysu w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, wobec generalnego zobowiązania się do realizacji całego przedmiotu zamówienia wynikającego ze specyfikacji (co wynika wprost z formularza ofertowego), nie może świadczyć o niezgodności treści oferty ze specyfikacją” (sygn. akt: 847/12). Podobnie KIO w 1058/12; 954/12. Cyt. „w przypadku ceny ryczałtowej wykonawcy nie mają obowiązku przedstawiania szczegółowej kalkulacji ceny oferty z rozbiem na ceny jednostkowe” (KIO 654/12).

Jednocześnie należy zauważyć, że wysokość ceny zaoferowanej przez odwołującego,

uznana została przez zamawiającego za skalkulowaną prawidłowo, co potwierdza okoliczność, że zamawiający nie skorzystał z przysługujących mu na podst. art. 90 Pzp uprawnień.

Odwołujący ponadto podnosi, że: zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania wskazuje, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, skalkulowali ceny złożonych przez siebie ofert stosując odmienne metody kosztorysowania oraz założenia co do wielkości i zakresu przedmiotu świadczenia.

Zamawiający uzasadniając przedstawioną tezę podnosi, że zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny zawartym w specyfikacji (rozdz. III pkt 1 ppkt 7 specyfikacji), wykonawca zobligowany był podać cenę oferty w złotych polskich, do dwóch miejsc po przecinku, przy uwzględnieniu wymagań i specyfikacji oraz jej załączników, uwzględniając doświadczenie i wiedzę zawodową wykonawcy, liczbę osób przewidzianych do realizacji zamówienia i czas ich pracy, koszt zużywanych środków czystości i zużycia oraz sprzętu przewidzianego do sprzątnięcia, jak i wszystkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, podatki oraz rabaty, opusty itp., których wykonawca zamierza udzielić. Zamawiający twierdzi, że wykonawcy mieli skalkulować całkowitą cenę oferty w oparciu o wzór przedstawiony w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania.

Cena za świadczenie usług polegających na obsłudze szatni, serwisie elektrycznym, serwisie sanitarno-hydraulicznym, konserwacji szklarskiej, stolarskiej, ślusarskiej i malarskiej, organizacji i obsłudze imprez, transportu wewnętrznego, powinna być obliczona jako cena ryczałtowa. Kalkulacja świadczenia usług sprzątnięcia powinna być ustalona w oparciu o cenę jednostkową za 1 m² sprzątnięcia za jeden (1) dzień roboczy, w myśl wzoru ujawnionego w ww. piśmie tj.: A – powierzchnia do sprzątnięcia w dni robocze od poniedziałku do piątku zgodnie z pkt 13.1.1 specyfikacji: „[1] Lp; [2] Cena za 1 m² sprzątniętej powierzchni netto według oferty; [3] VAT 23%; [4] Cena brutto (poz. 2 + poz. 3); [5] Ilość powierzchni do sprzątnięcia od poniedziałku do piątku w m²; [6] Ilość powierzchni do sprzątnięcia w zł – wartość dziennie (poz. 4 x poz. 5); [7] Ilość dni do sprzątnięcia do poniedziałku do piątku – średnio w miesiącu 20 dni (poz. 6 x 20 dni); [8] Czas trwania umowy – 48 m-cy (poz. 7 x 48)”.

B – powierzchnia do sprzątnięcia w soboty zgodnie z załącznikiem nr 3 do specyfikacji (metraż pomieszczeń do sprzątnięcia w soboty): „[1] Lp; [2] Cena za 1 m² sprzątniętej powierzchni netto według oferty; [3] Podatek VAT 23%; [4] Cena brutto (poz. 2 + poz. 3); [5] Ilość powierzchni do sprzątnięcia w soboty w m²; [6] Ilość powierzchni do sprzątnięcia w zł – wartość dziennie (poz. 4 x poz. 5); [7] Ilość sobót do sprzątnięcia – średnio w miesiącu 4 soboty (poz. 6 x 4 soboty); [8] Czas trwania umowy – 48 m-cy (poz. 7 x 48)”.

V – powierzchnia sprzątniętej posesji zgodnie z pkt I.3.1.3 specyfikacji: „[1] Lp; [2] Cena za 1 m² sprzątniętej posesji netto; [3] VAT 8%; [4] Cena brutto (poz. 2 + poz. 3); [5] Ilość

posesji do sprzątnięcia w m²; [6] Ilość posesji do sprzątnięcia wartość w zł dziennie (poz. 4 x poz. 5); [7] Ilość dni do sprzątnięcia posesji – średnio 20 dni (poz. 5 x poz. 6); [8] Czas trwania umowy – 48 m-cy (poz. 7 x 48).

Zamawiający uzasadnia dalej, że oszacował wartość zamówienia na podstawie przedstawionych m.in. w ww. tabelach założeń a ponadto wskazuje, że w postępowaniu złożone zostały dwie oferty, których ceny obliczone zostały przy zastosowaniu różnych metod kalkulacji.

Odwołujący obliczył cenę oferty, jako cenę ryczałtową. Wykonawca Kompleksowa Obsługa Nieruchomości W..... W..... skalkulował cenę oferty, zgodnie z oświadczeniem wiedzy zamawiającego zawartym w informacji o unieważnieniu postępowania, zgodnie z intencją i zamiarem Książnicy Pomorskiej im. St. Staszica tj. przy zastosowaniu wzorów jw. oraz jako ryczałt za wskazane świadczenia.

Tym samym, w ocenie zamawiającego, w postępowaniu „doszło do złożenia dwóch całkowicie nieporównywalnych ofert, co uniemożliwia wybór oferty najkorzystniejszej”. Wobec ustaleń i wniosków zamawiającego, odwołujący podnosi, że stanowisko zamawiającego jest błędne i nie znajduje uzasadnienia ani w stanie faktycznym sprawy ani nie jest zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Specyfikacja zawiera opis sposobu obliczenia ceny, który wykonawcy, zobowiązani byli zastosować. Przywołany opis, oprócz instrukcji dotyczących elementów kosztotwórczych, które powinny zostać uwzględnione w kalkulacji, na mocy postanowienia zawartego w rozdz. III pkt 1 ppkt 3 specyfikacji, jednoznacznie obliguje wykonawców do podania ceny obejmującej wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia oraz warunkami stawianymi przez zamawiającego.

Bezspornym więc jest, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, w ofercie zobowiązany był podać zarówno ceny jak i stawki ryczałtowe. Stanowisko odwołującego w sprawie sposobu kalkulacji i sposobu przedstawienia ceny potwierdził również zamawiający uwzględniając odwołanie odwołującego z 26 lipca 2012 r.

Ponadto odwołujący wskazuje, że przedstawiona przez zamawiającego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, okoliczność, że wolą zamawiającego był odmienny od przedstawionego w specyfikacji, sposób kalkulacji ceny, nie wywiera wpływu zarówno na czynność badania i oceny ofert jak również nie skutkuje aktualizacją przesłanek stanowiących podstawę do unieważnienia postępowania. Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone jest wyłącznie na podstawie ujawnionych do wiadomości publicznej oświadczeń woli i wiedzy zamawiającego.

Stanowisko to znajduje potwierdzenie w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie, z którym „wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku z

niezastosowaniem się do niejasnych wymagań specyfikacji, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców” (KIO 468/12).

Odwołujący podnosi, że niedopuszczalnym jest dokonywanie przez zamawiającego oceny ofert w odniesieniu do nieistniejących postanowień specyfikacji lub innych oświadczeń niezłożonych w postępowaniu. Odwołujący podkreśla, że nie jest spornym, również w ocenie zamawiającego, że sposób obliczenia ceny przedstawiony w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, był wyłącznie intencją i zamiarem oraz nie został ani w sposób wyraźny ani w sposób dorozumiany ujawniony czy to w ogłoszeniu, czy specyfikacji lub wyjaśnieniach specyfikacji. Zamawiający w przywołanej informacji o unieważnieniu postępowania oświadczył, że wzory, o których mowa powyżej nie zostały zamieszczone w specyfikacji. Tym samym ww. intencje i zamiary, jako nieujawnione w sposób wystarczający tj. wymagany przepisami, są nieobowiązujące i nie wywierają żadnych skutków prawnych. Moc prawną moją bowiem wyłącznie te oświadczenia, które zostały uzewnętrznione, w sposób wymagany przepisami aktów prawnych.

W związku z powyższym, odwołujący podnosi, że ocena złożonych w postępowaniu ofert powinna być dokonywana wyłącznie w odniesieniu do rzeczywistej, a nie intencjonalnej (życzeniowej) treści dokumentacji postępowania. Mając na względzie, że sporządzony przez zamawiającego opis sposobu obliczenia ceny nie zawiera jakichkolwiek instrukcji, czy poleceń, które stanowić by mogły potwierdzenie tezy, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, zobowiązany był obliczyć cenę oferty, jako cenę ryczałtową z uwzględnieniem ww. wzorów, przyjęć należy, że wykonawca Kompleksowa Obsługa Nieruchomości W..... W....., złożył ofertę, której treść, w istocie, nie odpowiada treści specyfikacji. Wykonawca ten, jak ustalił również zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania, obliczył cenę oferty wykorzystując metodę identyczną lub zbliżoną do rozwiązań obecnie ujawnionych za prawidłowe w ocenie zamawiającego, ale zupełnie nieznanymi w fazie przygotowywania ofert, tj. do terminu składania ofert.

Podkreślenia także wymaga, że zastosowanie przez ww. wykonawcę wzorów, które zgodnie z ujawnioną po otwarciu ofert, wolą zamawiającego, powinny być zostać wykorzystane do obliczenia ceny, nie konwaliduje ww. oferty. Wykonawca przygotowuje i sporządza ofertę wyłącznie w oparciu o polecenia zawarte w specyfikacji. Wtórne, następcze oświadczenia zamawiającego, złożone po upływie terminu składania ofert, zmieniające treść specyfikacji, nie wywierają zamierzonego skutku prawnego.

Ponadto czynność zmiany treści specyfikacji jest niemożliwa, niedopuszczalna i

zakazana po upływie terminu składania ofert. Odwołujący zaznacza, że sama intencja podmiotu składającego oświadczenie woli (zamawiającego) nie jest także podstawą do kwalifikowania oferty, jako zgodnej lub niegodnej z treścią dokumentacji postępowania. Nie jest legalnym dokonywanie oceny ofert na podstawie subiektywnych i znanych wyłącznie zamawiającemu kryteriów zgodności z treścią specyfikacji.

Odwołujący ponosi także, że nieujawnienie w wymaganym terminie prawdziwych intencji i zamiarów zamawiającego nie jest także przesłanką stanowiącą podstawę do unieważnienia postępowania. Zamawiający, jako gospodarz postępowania, zobowiązany jest przeprowadzać procedurę z poszanowaniem przepisów prawa.

Zamawiający zobligowany jest przygotować dokumentację postępowania, w tym w szczególności specyfikację, która będzie zawierała jednoznaczne i wyczerpujące informacje i polecenia pozwalające przygotować wykonawcom oferty w sposób zapewniający równą i uczciwą konkurencję. Tym samym niedopuszczalnym jest, aby ww. niewątpliwe prawo zamawiającego do kształtowania procesu udzielania zamówienia, gwarantujące prawidłowość wydatkowania środków publicznych i zachowania reguł uczciwej konkurencji, wykonywane było sposobem sprzeczny z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem.

Odwołujący podkreśla, że ochroną prawną nie są objęte czynności i zaniechania, które pozwalają, z błahych i nieistotnych powodów, uchylać się zamawiającemu od obowiązku zawarcia umowy o zamówienie publiczne, które to zobowiązanie złożył ogłaszając postępowanie.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający opisał sposób kalkulacji ceny wyczerpująco i jednoznacznie. Bezspornym jest, że cena oferty powinna być ceną ryczałtową za całość zamówienia. Nie budzi wątpliwości, co przyznaje również zamawiający choćby w ww. zawiadomieniu o unieważnieniu, ale również uwzględniając wcześniejsze odwołanie, że cena oferty powinna zostać obliczona bez zastosowania szczególnych wzorów.

W związku z powyższym, zdaniem odwołującego, fałszywą jest przyjęta przez zamawiającego, jako podstawa unieważnienia teza, że w przedstawiony w specyfikacji opis sposobu obliczenia ceny, sporządzony został w sposób umożliwiający kalkulację ceny oferty wg różnych metod kalkulacji oraz z uwzględnieniem odmiennych czynników kosztotwórczych.

Czynność oszacowania wartości zamówienia dokonana przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania, wg założeń nieodpowiadających sposobowi obliczenia ceny zawartym w specyfikacji, z uwagi na treść art. 32 i 34 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie stanowi podstawy do unieważnienia postępowania.

Pomyłka w wyborze publikatora dokonana przez zamawiającego, nawet przy założeniu, że wartość szacunkowa zamówienia jest niższa od kwot określonych w przepisach

wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, nie skutkuje nieważnością umowy, o której mowa w art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp.

II. W zakresie wady dotyczącej braku w specyfikacji istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy

Zamawiający podnosi, że postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż specyfikacji, wbrew przepisowi art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp nie zawiera istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy.

Odwołujący pismem z 14 czerwca 2012 r., wystąpił do zamawiającego o udostępnienie ogólnych warunków umowy albo projektu umowy, którą zamawiający zamierza zawrzeć w sprawie zamówienia publicznego. W odpowiedzi odwołujący uzyskał 15 czerwca 2012 r. wyjaśnienie, że: „zamawiający określił w treści specyfikacji co najmniej istotne postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zawarcie w specyfikacji kompletnego wzoru umowy (w samej treści bądź w postaci załącznika) wynikać może z samodzielnej decyzji zamawiającego.

Jak stanowi art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp jednym z obowiązkowych elementów treści specyfikacji są istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy – jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Ustawodawca posługuje się łącznikiem „albo”, co oznacza, że zamawiający może samodzielnie zdecydować, jaką formułę wybierze. Obowiązkiem jest wskazanie wykonawcom co najmniej istotnych postanowień umowy. Istotnymi postanowieniami umowy – tj. elementami przedmiotowo istotnymi, tzw. *essentialia negotii* są te, które określają cechy konstytutywne takiej umowy, jej istotną treść. Zamawiający może również określić ogólne warunki umowy (istotne postanowienia określające elementy konstytutywne i treść umowy oraz warunki, wedle których ustalona zostanie pełna treść umowy) albo podać wzorzec umowy, rozumiany przez pryzmat art. 384 § 1 Kc.

Bez względu na wybór formuły zaprezentowania treści przyszłej umowy (istotne postanowienia, ogólne warunki, wzór) zamawiający powinien na tyle szczegółowo określić ten element treści specyfikacji, by umowa w sprawie zamówienia publicznego była zawarta z uwzględnieniem wszystkich istotnych dla zamawiającego okoliczności, zamierzeń i oczekiwań zamawiającego określonych w prowadzonym przez niego postępowaniu. I tak też zamawiający postąpił w tym przypadku.

Mając powyższe na uwadze odwołujący ponownie podjął starania (wykazał należyta staranność) w dookreśleniu postanowień przyszłej umowy przez pytania skierowane do zamawiającego 15 czerwca 2012 r.

Wyjaśnienia przedstawione powyżej oraz odpowiedzi zamawiającego, odwołujący uznał za złożone zgodnie z prawdą i w dobrej wierze. Odwołujący przyjął również argumentację zamawiającego, że nie jest konieczne przedstawienie warunków umowy w jednym dokumencie jak to zwyczajowo jest czynione np. załączniku do specyfikacji.

Postanowienia dokumentacji postępowania, precyzują zakres zobowiązania stron umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne wystarczająco. W związku z powyższym oraz mając na uwadze ujawnione w toku procedowania o udzielenie zamówienia informacje i jednoznaczne stanowisko zamawiającego, że specyfikacja zawiera istotne dla stron postanowienia umowy, niekonsekwentnym, w opinii odwołującego, jest wskazywanie jako podstawy unieważnienia, okoliczności, że ww. dokument nie zawiera przedmiotowych postanowień.

Niezależnie od powyższego odwołujący podnosi, że zamawiający zobligowany jest zawrzeć w treści specyfikacji istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby ten zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. W związku z powyższym, przyjąć należy, że zamawiający zobligowany jest zawrzeć w specyfikacji omawiane postanowienia umowne, jeżeli określonej treści kontrakt o realizację zamówienia publicznego zamierza zawrzeć z wykonawcą.

Tym samym należy przyjąć, że w przypadku, gdy zamawiający nie decyduje się na odmienne niż określone to zostało w przepisach Kodeksu cywilnego warunki świadczenia usługi, to nie jest zobowiązany do formułowania wzoru umowy, istotnych warunków umowy lub ogólnych warunków umowy.

Odwołujący zaznacza, że nawet przyjmując, że specyfikacja nie zawiera informacji, o których mowa w art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, to nie może być kwalifikowane jako podstawa unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne. Jednocześnie odwołujący podkreśla, że z uwagi na wcześniejsze wyjaśnienia zamawiającego, wskazywanie przedmiotowej okoliczności, jako przyczyny unieważnienia, kwalifikowane może być jako nadużywanie przysługującego zamawiającemu uprawnienia i działanie mające na celu bezprawne i bezpodstawne uchylanie się od zawarcia umowy, skutkujące naruszeniem dyscypliny finansów publicznych. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z 16 stycznia 2009 r., zgodnie, z którym: „unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania stanowi

naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (...)” (sygn. akt: KIO/UZP 1510/08).

III. W zakresie wykładni pojęcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego

Kwestia wykładni pojęcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego była wielokrotnie przedmiotem rozważań zarówno doktryny jak i Krajowej Izby Odwoławczej. Aktualnym i utrwalonym jest pogląd zgodnie, z którym: „art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp wskazuje na bezwzględny obowiązek zamawiającego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten niewątpliwie odwołuje się w swojej dyspozycji do oceny danego postępowania pod kątem tego, czy zawarcie w tym postępowaniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego nie doprowadzi w sposób nieodwołalny do jej unieważnienia. Istotne w tym zakresie jest zatem sięgnięcie do ustawowych przesłanek nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, określonych w art. 146 ust. 1 Pzp, ale również do przesłanki określonej w art. 146 ust. 6 Pzp” (KIO 2535/11). W związku z powyższym należy przyjąć, że nie każda wada postępowania o zamówienie publiczne, kwalifikowana być może jako wada, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Co do zasady, bezspornym jest, że zamknięty katalog wad, o których mowa w przywołanym art. 93 Pzp wyznacza przepis art. 146 ust. 1 i 6 Pzp.

Zamawiający w treści informacji o unieważnieniu postępowania powołał art. 146 ust. 6 Pzp. Zamawiający uzasadniając to argumentował, że działania zamawiającego, w zakresie formułowania treści specyfikacji miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający wskazał, że oferty złożone w postępowaniu są nieporównywalne, gdyż wykonawcy skalkulowali ceny złożonych przez siebie ofert stosując odmienne metody kosztorysowania oraz założenia co do wielkości i zakresu przedmiotu świadczenia.

Odwołujący wykazał powyżej tj. w pkt I, że nieporównywalność ofert, na którą wskazuje zamawiający, nie jest konsekwencją wad postępowania. Wykonawca Kompleksowa Obsługa Nieruchomości W..... W....., skalkulował ofertę niezgodnie z instrukcjami zawartymi w specyfikacji tj. złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Tym samym odwołujący podnosi, że postępowanie nie jest obarczone ww. wadą.

Wadą taką nie jest również rzekomy brak wzoru umowy lub istotnych postanowień umowy w specyfikacji.

Czynność unieważnienia jest czynnością szczególną, również dlatego, że nie zaspokaja

potrzeb i oczekiwań wszystkich uczestników postępowania. Z uwagi na powyższe unieważnienie dokonywane być powinno wyjątkowo, w enumeratywnie oznaczonych w ustawie okolicznościach. Niedopuszczalną jest rozszerzająca wykładnia przesłanek i podstaw uzasadniających dokonanie ww. czynności.

Bezprawnym jest również kreowanie i interpretowanie stanów faktycznych w sposób, który z jednej strony sankcjonuje bezpodstawne unieważnienie, a z drugiej jest niejako furtką pozwalającą uniknąć odpowiedzialności stanowiących konsekwencję decyzji o kształcie i sposobie prowadzenia postępowania tj. uchylanie się od złożonych w postępowaniu oświadczeń. W ocenie odwołującego, jak zostało wykazane w pkt I i II, postępowanie nie jest obarczone żadną z wad wskazanych przez zamawiającego. Tym bardziej nie znajduje potwierdzenia teza, że są to wady uniemożliwiające zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Tym samym działania zamawiającego rozpatrywać w kategoriach niedopuszczalnego i zakazanego na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych poszukiwania podstaw unieważnienia w celu uchylecia się od zawarcia umowy o zamówienie publicznego.

Bezspornym, zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie jest, że przyczyna unieważnienia musi istnieć obiektywnie. Stanowisko odwołującego znajduje także potwierdzenie w aktualnej wykładni prawa zamówień publicznych.

Mając na względzie dotychczasowe liczne nowelizacje liberalizujące przepisy tej ustawy, zmierzające do podstawowego i nadrzędnego celu postępowania, którym jest wybór oferty najkorzystniejszej, niedopuszczalnym i całkowicie sprzecznym z ideą prawidłowego procedowania o zamówienia jest działanie zamawiającego.

Działania zamawiającego nie tylko naruszają podstawowe zasady Prawa zamówień publicznych, w szczególności te, o których mowa w art. 7 Pzp, ale również stanowią przejaw dowolnego stosowania i interpretacji, zupełnie wyjątkowych regulacji *de facto* skutkujących uchyleciem się zamawiającego od obowiązku zawarcia umowy.

Odwołujący podkreśla, że w postępowaniu o zamówienie publiczne, zamawiający przyrzeka i jest zobowiązany przede wszystkim – wybrać ofertę najkorzystniejszą, zgodnie z przyjętymi przez siebie kryteriami. Niedopuszczalnym i stanowiącym także przejaw łamania dyscypliny finansów publicznych jest „siłowe” poszukiwanie podstaw unieważnienia postępowania.

Odwołujący podkreśla, że w myśl stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej: „treść przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zestawieniu z art. 146 ust. 6 Pzp pozwala wysnuć wniosek, że rygor unieważnienia postępowania ustawodawca przewidział w szczególności wobec czynności zamawiającego, które spowodowały naruszenie ustawy i miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania, a jednocześnie wada ta jest nieusuwalna” (KIO

767/12).

W zaistniałym stanie faktycznym sprawy, zamawiający nie naruszył przepisów prawa, w sposób opisany w zawiadomieniu o unieważnieniu i tym samym nieprawdziwa jest teza, że ww. działania miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Z uwagi na powyższe bezprzedmiotowa jest dyskusja o nieusuwalności przedmiotowych wad.

Odwołujący podkreśla, że sprzeczność pomiędzy rzeczywistą treścią oświadczeń i poleceń zawartych w specyfikacji, a wyobrażeniem o ich treści nie stanowi podstawy do unieważnienia. Powyższa okoliczność nie została wymieniona w katalogu przesłanek uzasadniających unieważnienie. Błąd zamawiającego co do treści własnej specyfikacji w żaden sposób nie wpływa na obiektywną i rzeczywistą treść ww. dokumentu ani nie zmienia pozycji wykonawców w postępowaniu. Wykonawcy znają bowiem wyłącznie ujawnioną do wiadomości publicznej treść specyfikacji i tym samym żaden z nich nie jest w lepszej zarówno w aspekcie gospodarczym jak i prawnym, sytuacji. Zaznaczyć trzeba, że uczestnicy postępowania (wykonawcy) nie mając innego niż ściśle sformalizowany przepisami prawa, kontakt z zamawiającym, nie mogą znać i nie znają intencji lub zamierzeń zamawiającego. Badanie i ocena ofert złożonych w postępowaniu, również dokonywana być powinna wyłącznie na podstawie istniejącej materialnie tj. ujawnionej w wymaganej formie, a nie intencjonalnej treści dokumentacji postępowania. Tak więc błąd zamawiającego, o którym mowa powyżej, stanowiący konsekwencję jego mylnych wyobrażeń o rzeczywistości nie powinien być wpłynąć na wynik postępowania w zakresie i w sposób opisany w informacji o unieważnieniu.

W ocenie odwołującego błędna jest ocena stanu faktycznego i prawnego postępowania dokonana przez zamawiającego i sama czynność unieważnienia. Brak natomiast, zdaniem odwołującego podstaw, aby uznać, że wadą obarczona jest treść specyfikacji.

Odwołujący zaznacza, że treść zawiadomienia o unieważnieniu, pozwala przyjąć, że również i zamawiający ma powyższego świadomość. Zamawiający bezsprzecznie przyznaje, że obliczenie ofert wedle przyjętych przez niego wzorów było niemożliwe na skutek braku w specyfikacji odpowiednich pouczeń, co spowodowało, że oczekiwania w rozpoznawanym zakresie są nieuzasadnione.

Tym samym aktualizuje się obowiązek zamawiającego do przeprowadzenia wszystkich czynności wymaganych prawem zmierzających do wyłonienia oferty najkorzystniejszej. W związku z powyższym, skoro w: ocenie zamawiającego, z uwagi na niezgodność oferty z treścią specyfikacji, niedopuszczalnym jest poprawienie oferty wykonawcy Kompleksowa Obsługa Nieruchomości W..... W....., w trybie art. 87 Pzp, to oferta taka w myśl postanowień art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp powinna zostać odrzucona.

Przedstawione stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 26 kwietnia 2010 r., zgodnie, z którym „wadą uniemożliwiającą zawarcie

ważnej umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Domniemania zamawiającego nie mogą być postrzegane jako obiektywna niemożność skutecznego wyboru” (sygn. akt: KIO/UZP 589/10).

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **07.09.2012 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **07.09.2012 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie **17.09.2012 r.** wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie i unieważnienie przez zamawiającego postępowania mimo braku podstaw faktycznych i prawnych – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający unieważnił postępowanie ze względu na zaistnienie przesłanek zawartych w art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp. Zamawiający uznał, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przyczyną takiego postępowania zamawiającego było stwierdzenie, że zamawiający w specyfikacji nie zawarł postanowień zawierających istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Obowiązek zawarcia w specyfikacji postanowień dotyczących przyszłej umowy wynika z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Skład orzekający Izby podkreśla, że wstęp do wyliczenia w art. 36 ust. 1 Pzp brzmi cyt. „Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej;”. Dlatego zamawiający musi zawrzeć w specyfikacji istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego albo ogólne warunki umowy. Wyjątkowo, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach zamawiający może zamieścić w specyfikacji wzór umowy. Koniec punktu 16 o treści cyt. „jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach” odnosi się tylko do stwierdzenia zawartego po łączniku „albo” czyli do zawartego w specyfikacji wzoru umowy. Gdyby część warunkowa przepisu art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp (jeżeli zamówienia wymaga...) odnosiła się do całego pkt 16, jak to rozumie odwołujący, wtedy treść przepisu pkt 16 znalazłaby się w art. 36 ust. 2 Pzp. Wstęp do wyliczenia tego przepisu brzmi, cyt. „W przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera również;”, a w każdym punkcie wyliczenia znajduje się warunek „jeżeli zamawiający dopuszcza” lub „jeżeli zamawiający przewiduje”.

Dlatego pominięcie przez zamawiającego w specyfikacji postanowień wynikających z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp jest ewidentne. Takie pominięcie postanowień odnośnie przyszłej umowy stanowi, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy, gdyż nie ma wystarczająco konkretnych wskazań do sformułowania treści postanowień umownych.

Zawarcie umowy bez wskazania podstaw treści umowy w specyfikacji byłoby również naruszeniem kardynalnej zasady zamówień publicznych – prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz zapewniający równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp), gdyż nikt nie może podstawnie zaręczyć, że jakkolwiek wykonawca widząc brak w specyfikacji postanowień umownych nie odstąpił od zamiaru złożenia oferty lub złożyłby bardzo korzystną ofertę, gdyby znalazł w warunkach umownych jakieś postanowienie odpowiadające temu wykonawcy. Ponadto odwołujący

pominał przesłanki do unieważnienia postępowania zawarte w art. 146 ust. 6 Pzp, czyli dokonania przez zamawiającego czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, a jak wyżej zostało wskazane pominięcie w specyfikacji postanowień odnośnie postanowień umowy miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W związku z powyższym zdaniem składu orzekającego Izby zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 Pzp przez unieważnienie przez zamawiającego postępowania – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Kompleksowa Obsługa Nieruchomości W..... W....., mimo że treść oferty wskazanego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający przewidział rozliczenia ryczałtowe wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia. Ponadto zamawiający nie wskazał w specyfikacji wzorów obliczeń lub działań matematycznych, obligujących wykonawców do zastosowania podczas obliczenia ceny ofertowej. Bezwzględna powinnością wykonawców było uwzględnienie czynników cenotwórczych określonych w rozdz. III pkt 1 ppkt 7 specyfikacji. W związku z tym brak jakiejś pozycji czy zastosowanie dowolnej metodologii konstruowania ceny ofertowej, wobec zobowiązania się do realizacji całego przedmiotu zamówienia, nie może świadczyć o niezgodności treści oferty ze specyfikacją, co podobnie zostało określone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt 847/12.

Jednak specyfikacja musi zawierać na tyle jednoznaczne i precyzyjne postanowienia, aby wykonawcy mogli opracować oferty na podstawie tych samych czynników cenotwórczych. Jednak zamawiający w specyfikacji wskazał oprócz powierzchni przeznaczonej do sprzątnia również częstotliwość tego sprzątnia w poszczególnych pomieszczeniach. Jedne z pomieszczeń były przewidziane do sprzątnia od poniedziałku do piątku, a inne od poniedziałku do soboty. Zamawiający przewiduje wyłączenia powierzchni ze sprzątnia w dni świąteczne. Ponadto zamawiający przewiduje wyłączenia niektórych powierzchni w czasie okresów urlopowych, które mogą wynieść od kilkunastu dni do kilkudziesięciu dni w ciągu roku. Jednak ze względu na brak precyzyjnego przedstawienia wzoru sporządzenia ceny ofertowej zamawiający dopuścił do złożenia ofert na dowolny okres jednego dnia, tygodnia, dekady, miesiąca itd. Ze względu na różną liczbę dni i różne rozmiary powierzchni w trakcie rzeczywistego wykonywania zamówienia oferty opiewające na różne okresy wykonywania zamówienia, mimo że zgodne z nieprecyzyjnymi postanowieniami, nie były możliwe do porównania.

Ponadto odwołujący nie dowiódł przyczyn, dla których zamawiający powinien odrzucić

jedną z ofert, gdyż obaj wykonawcy stosowali się do postanowień specyfikacji, a jedynie przyjęli różne metodologie wyliczania ceny ofertowej, których to metodologii nie zabraniała specyfikacja.

Z powody zastosowania innej metody obliczania ceny, niż uczynił to odwołujący nie można odrzucić oferty wykonawcy i dlatego skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Kompleksowa Obsługa Nieruchomości W..... W....., gdyż treść oferty tego wykonawcy nie jest niezgodna z treścią specyfikacji.

Ponadto stwierdzenie nieporównywalności ofert (jednak zgodnych ze specyfikacją) jest kolejną przyczyną unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 Pzp, gdyż zamawiający opracował postanowienia specyfikacji w sposób nieprecyzyjny nie dający możliwości dokonania wyboru oferty jednoznacznie najkorzystniejszej.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego dokonania czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający opracował postanowienia specyfikacji w sposób na tyle nieprecyzyjny, że wykonawcy złożyli oferty zgodne ze specyfikacją, jednak nieporównywalne. W związku z tym zamawiający nie mógł odrzucić żadnej z ofert, ale nie mógł dokonać wyboru którejkolwiek z ofert, co zostało omówione wyżej. Ponadto zamawiający nie zawarł w specyfikacji postanowień wymaganych przez art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp. Przepis ten nakazuje zamawiającemu określenie w specyfikacji istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy. W związku z tymi przyczynami zamawiający zasadnie unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp. Dlatego zamawiający nie mógł dokonać czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, a więc zdaniem składu orzekającego Izby zarzut zaniechania dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty nie może zostać uwzględniony.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie. Od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, które nastąpiło 2 marca 2004 r. nie obowiązuje przepis art. 79 ust. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (ostatnie miejsce publikacji

Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, Nr 113, poz. 984 i Nr 197, poz. 1661 oraz z 2003 r. Nr 2, poz. 16, Nr 130, poz. 1188 i Nr 165, poz. 1591). Przepis ten brzmiał: *»Dostawcom lub wykonawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień, przysługują środki odwoławcze przewidziane w niniejszym rozdziale«.*

Pod rządami ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych – odwołujący [i ówcześni protestujący] mieli obowiązek wskazać naruszenie którejś z zasad udzielania zamówień. Jednak wobec obecnie obowiązującego art. 179 ust. 1 Pzp o brzmieniu *»Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy«*, odwołujący nie musi wykazywać naruszenia zasad zamówień publicznych, aby odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odwołujący przywołał tylko naruszenie ogólnej zasady art. 7 ust. 1 Pzp bez uzasadnienia. W związku z tym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas unieważnienia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 615, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Skład orzekający Izby nie zaliczył w poczet kosztów związanych z dojazdem za przelot samolotem na wyznaczoną rozprawę Izby, gdyż zwrot kosztów podróży obejmuje jedynie koszty przejazdu najtańszym z dostępnych środków lokomocji. Tak samo – wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 15 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 517/09. Tym niemniej skład orzekający Izby zaliczył do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 zł na podstawie rachunku za dojazd taksówką na terenie Warszawy do Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż ze względu na obarczenie pełnomocnika zamawiającego dowozem dokumentacji podróżowanie tym środkiem lokomocji było uzasadnione, a dojazd tańszym środkiem transportu –

tramwajem lub autobusem komunikacji miejskiej mógłby wiązać z nadmiernymi trudnościami noszenia ciężkiej dokumentacji od przystanku do Krajowej Izby Odwoławczej.

Przewodniczący:

.....