

Sygn. akt: KIO/UZP 613 /08

WYROK
z dnia 7 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek
Członkowie: Andrzej Niwicki
Marzena Teresa Ordysińska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 lipca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **CONSORTIA Sp. z o.o., 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji ul. Stefana Batorego 5, 02-591 Warszawa** protestu z dnia **11 czerwca 2008 r.**

przy udziale **Biuro Informatyczno Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o.o., 30-017 Kraków, ul. Raclawicka 56** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża CONSORTIA Sp. z o.o., 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **CONSORTIA Sp. z o.o., 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **CONSORTIA Sp. z o.o., 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74** na rzecz **Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji ul. Stefana Batorego 5, 02-591 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **CONSORTIA Sp. z o.o., 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę i instalację sprzętu komputerowego w urzędach stanu cywilnego, urzędach gminnych i w siedzibie Zamawiającego na potrzeby Zintegrowanego Systemu Informatycznego PESEL2* (numer sprawy: 17/BAF-VI/PN/07), ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 lipca 2007r. pod numerem 2007/S 135-165988. W toku postępowania, Zamawiający dwukrotnie unieważniał postępowanie, powołując się na przesłanki określone odpowiednio w art. 93 ust. 1 pkt 6 (28 grudnia 2007r.) oraz art. 93 ust.1 pkt 7 (18 marca 2008r.) ustawy Prawo zamówień publicznych. W stosunku do pierwszej czynności unieważnienia, wyrokiem z dnia 18 lutego 2008r., Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając odwołanie, unieważniła czynność unieważnienia postępowania i nakazała dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. (sygn. akt. KIO/UZP 76/08). Wykonując wyrok, Zamawiający w dniu 18 marca 2008r., dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Biuro Informatyczno Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o.o. (w

częściach 1, 2, 4, 5 i 6) oraz Consortia Sp. z o.o. (w części 3). Jednocześnie, Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp., w związku z upływem terminu związania ofertą. Wyrokiem z dnia 21 kwietnia 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza unieważniła czynność unieważnienia postępowania (sygn. akt. KIO/UZP 315/08 i KIO/UZP 330/08). W dniu 4 czerwca 2008r., Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Na czynność tą, w dacie 11 czerwca 2008r., Wykonawca wniósł protest, w którym podniósł, iż podstawa faktyczna decyzji o unieważnieniu postępowania dotyczy tych samych okoliczności, które stanowiły podstawę unieważnienia przedmiotowego postępowania w dniu 27.12.2007 r. i co do których zapadło prawomocne rozstrzygnięcie wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2008r. (sygn. akt KIO/UZP 76/08). Wprawdzie, podstawą decyzji o unieważnieniu postępowania w dniu 27.12.2007r., było wypełnienie przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jednak Izba badając zagadnienie brała pod uwagę okoliczności podnoszone przez Zamawiającego, w tym brak środków finansowych. Zamawiający dokonując ponownego unieważnienia postępowania, tym razem na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp., nie wykazał wystąpienia przesłanki zastosowania powołanego przepisu. W uzasadnieniu, Zamawiający powołał się na ograniczenie rzeczowe projektu nr WKP_1/1.5.0/1/2004/14/14/26/U, z którego wyłączono, na skutek podpisanego aneksu nr 4 do umowy o dofinansowanie projektu, zadanie obejmujące przedmiot niniejszego zamówienia.

Mając na uwadze zamknięty charakter katalogu przesłanek unieważnienia postępowania, określonych w art. 93 ust. 1, jedynie wystąpienie którejś z nich zobowiązuje Zamawiającego do unieważnienia postępowania. W ocenie Protestującego, w przedmiotowej sprawie nie zaistniała żadna z okoliczności objętych art. 93 ust. 1 ustawy Pzp.

Ceny ofert złożonych w postępowaniu są znacznie niższe od kwoty podanej przez Zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert, zarówno dla całości zamówienia, jak i poszczególnych części. Zamawiający związany jest kwotą, jaką podał przed otwarciem ofert, która jest kwotą minimalną, a zatem nie ma podstaw unieważnienia postępowania, skoro żadna z ofert, w tym oferta najkorzystniejsza, tj. oferta protestującego, jej nie przekracza.

Zamawiający w dniu 19 czerwca 2008r. oddalił protest, wskazując, iż podstawą unieważnienia postępowania w dniu 28 grudnia 2007r., było wystąpienie przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy. Art. 93 ust. 1 pkt 7, stanowił podstawę unieważnienia postępowania w dniu 18 marca 2008r. Unieważniając w dniu 28 grudnia 2008r. postępowanie, Zamawiający powołał się na przesłankę istotnej zmiany okoliczności faktycznych powodującej, iż prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Uzasadnieniem tej przesłanki było ograniczenie rzeczowe i finansowe Projektu. W uzasadnieniu wyroku z dnia 18 lutego 2008r., KIO wypowiedziała się jedynie w granicach zaskarżenia, stwierdzając iż Zamawiający

nie udowodnił zaistnienia omówionej przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy. W kwestii przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4, KIO nie zajęła stanowiska.

W zakresie finansowania Projektu PESEL2, Zamawiający wskazał, iż jest on finansowany z budżetu państwa oraz ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego i jest realizowany w ramach Narodowego Programu Rozwoju na lata 2004-2006, którego częścią jest Sektorowy Program Operacyjny Wzrostu Konkurencyjności Przedsiębiorstw (SPO WKP), Działanie 1,5 *Rozwój Systemu dostępu przedsiębiorców do informacji i usług publicznych on-line*. W dniu 21 grudnia 2007r., Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji podpisało z Ministerstwem Nauki i Szkolnictwa Wyższego Aneks nr 4 do umowy o dofinansowanie projektu, którym wyłączono z harmonogramu rzeczowo-finansowego zadanie obejmujące zamówienie na dostawę i instalację sprzętu komputerowego w urzędach stanu cywilnego, urzędach gminnych i w siedzibie Zamawiającego na potrzeby Zintegrowanego Systemu Informatycznego PESEL2. Zatem obecnie, Ministerstwo nie posiada środków finansowych na te cel i nie może udzielić zamówienia, ponieważ zgodnie z ustawą o finansach publicznych jednostki sektora finansów publicznych mogą zaciągać zobowiązania do finansowania w danym roku, wyłącznie do wysokości wynikającej z planu. W niniejszym postępowaniu doszło do utraty środków, które nastąpiło na skutek okoliczności zewnętrznych. Zamawiający ma obowiązek oceniać swoje możliwości finansowe na dzień zaciągania zobowiązania, a w sytuacji braku środków, oczywistym i uzasadnionym jest unieważnienie postępowania w oparciu o przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Protestujący w dniu 23 czerwca 2008r. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie (wpływ bezpośredni), w którym podtrzymał zarzuty podniesione w proteście. Wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący uzupełnił argumentację protestu dodając, iż zbieżność pomiędzy czynnościami unieważnienia postępowania z dnia 28 grudnia 2007r. z obecną czynnością Zamawiającego, dotyczy podstawy faktycznej, a nie prawnej, gdyż rzeczywiście, postawą unieważnienia postępowania w grudniu 2007r. był art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PZp. Niezasadne jest również twierdzenie Zamawiającego, jakoby Izba nie mogła orzekać w kwestii art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, gdyż zgodnie z art. 191 ust. 3 Pzp, Izba z urzędu bierze pod uwagę okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania. Skoro Izba badała stan faktyczny i nie doszukała się przesłanek unieważnienia postępowania, występuje powaga rzeczy osądzonej. Nie ma wątpliwości, iż poza stanowiskiem wyrażonym w piśmie z dnia 26 maja 2008r. (nr BAF-VII-311-6114(1)/08), na które powołuje się Zamawiający, nie doszło do zmiany stanu faktycznego w stosunku do sytuacji z grudnia 2007r. W zakresie podpisanego aneksu, Odwołujący podniósł, iż to Zamawiający sam ograniczył środki przeznaczone na

sfinansowanie zamówienia. Aneks został odpisany przez dwie równoprawne strony umowy dotyczącej dofinansowania projektu. Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji decyzji Zamawiającego w przedmiocie ograniczenia realizacji projektu lub zakresu jego finansowania. Odwołujący zagada się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż Zamawiający ma możliwość dokonywania przesunięć w planie finansowym, jeżeli najkorzystniejsza oferta przewyższa kwotę wskazaną w art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie może natomiast ograniczać tej kwoty i unieważniać postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Podsumowując, kwota wskazana przez Zamawiającego w dniu 30.08.2007r., jest wiążąca dla Zamawiającego i skoro cena najkorzystniejszej oferty nie przewyższa tej kwoty, Zamawiający nie ma podstaw do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W dniu 03 lipca 2008 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się zgłosiło Biuro Informatyczno Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o.o. Skład orzekający KIO postanowił dopuścić do udziału w postępowaniu Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się.

Na podstawie dokumentacji, stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, a także dowodów przedstawionych i dopuszczonych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W części dotyczącej zarzutu oparcia decyzji o unieważnieniu postępowania, na okolicznościach, będących przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą, Izba oddaliła odwołanie.

Przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w lutym 2008r. (sygn. akt. KIO/UZP 76/08), było wystąpienie przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie było można wcześniej przewidzieć, jako uzasadniającej czynność unieważnienia postępowania w grudniu 2007r. Dokonując rozstrzygnięcia, KIO orzekła o braku okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania z przywołanej podstawy prawnej, a także konieczności dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jednocześnie z czynnościami wykluczenia i odrzucenia ofert złożonych w postępowaniu, której to czynności Zamawiający zaniechał. W części uzasadnienia, Izba odniosła się do umowy o dofinansowanie projektu nr WKP_1/1.5.0/1/2004/14/14/26/U zawartej w dniu 02 sierpnia 2005r. pomiędzy Zamawiającym oraz Ministerstwem Nauki i Szkolnictwa Wyższego oraz aneksu nr 4 z dnia 21 grudnia 2007r., w kontekście wystąpienia ewentualnej zmiany celu

projektu, czyli interesu publicznego. W tym zakresie Izba stwierdziła, iż *„Działanie Zamawiającego, który pozbawiony środków finansowych postanawia zmienić zakres rzeczowy, aby osiągnąć cel nie jest właściwe (...) Wydaje się więc tak jak twierdzi w swoim piśmie z dnia 13 lutego 2008r. Przystępujący, iż interes publiczny (wykazany powyżej) w realizacji zamówienia istnieje mimo braku środków na jego realizację. Co więcej Zamawiający sam podkreśla jego kontynuację w ramach projektu pl. ID-POLSKA ID KARTA, wskazując tym samym jego dalsze istnienie i nie zmienia go fakt, iż Zamawiający nie zdołał w odpowiedni sposób zabezpieczyć środków na jego realizację w momencie wszczęcia postępowania przetargowego.”*. Mając na uwadze treść sentencji wraz z uzasadnieniem, należało uznać, iż wcześniejsze rozstrzygnięcie Izby wyrokiem z dnia 18 lutego 2008r., nie dotyczyło podstawy unieważnienia postępowania, z uwagi na brak środków na złożenie oferty najkorzystniejszej, której cena przewyższa kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.).

Skład orzekający ustalił, iż w dniu 10 lipca 2007r., na wniosek Departamentu Rozwoju Rejestrów – Biura Projektu PESEL2, komórka finansowa Biura Administracyjno Finansowego MSWiA potwierdziła zabezpieczenie środków finansowych na udzielenie przedmiotowego zamówienia w wysokości 39.650.000,00 zł. (*dowód - pismo nr BAF-VI/2374/129/BK/08 z dnia 28.04.2008r.*). Zamawiający, posiadał zatem zabezpieczone środki, wszczynając w dniu 17 lipca 2007 r. (data zamieszczenia ogłoszenia) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Wydatki dotyczące realizacji projektu PESEL2, w łącznej wysokości 50.889.391,96 zł., zostały przeniesione, jako wydatki, które nie wygasają z końcem roku 2007, z terminem realizacji do dnia 30.06.2008r. Ponieważ Biuro Administracyjno Finansowe nie posiadało planu rzeczowo-finansowego projektu PESEL2 w ramach środków, które nie wygasły z upływem 2007r., Główny Księgowy MSWiA, nie miał możliwości stwierdzenia sfinansowania zakupu sprzętu komputerowego (*dowód – pismo z dnia 07.05.2008r. nr BAF-VII-311-6114/08*).

W trakcie trwania procedury przetargowej, dokonywane były ustalenia na szczeblu resortowym, w efekcie prowadzące do zmiany zakresu rzeczowo- finansowego Projektu. Na mocy aneksu nr 4 (z dnia 21.12.2007r.) do umowy o dofinansowanie Projektu o numerze WKP_1/1.5.0/1/2004/14/14/26/U zawartej w dniu 02 sierpnia 2005r. pomiędzy MSWiA oraz Ministerstwem Nauki i Szkolnictwa Wyższego, zmniejszono wartość realizacji Projektu do kwoty 31 mln. zł. oraz ograniczono zakres rzeczowy realizowanych usług do dwóch. Realizacja Projektu PESEL2 w ostatecznym kształcie polega zatem na udostępnieniu dwóch usług – „dostęp w formie elektronicznej on-line do wydanych i unieważnionych dokumentów” oraz „weryfikację danych adresowych on-line”, pozwalających na osiągnięcie zakładanych celów operacyjnych i strategicznych oraz integrację z rejestrem PESEL. Realizacja projektu

na poziomie lokalnym (urzędy stanu cywilnego, urzędy gmin), którego elementem jest dostawa i instalacja sprzętu komputerowego została wyłączona z harmonogramu rzeczowo-finansowego Projektu. Tym samym, środki budżetowe przekazane przez CPI MSWiA na realizację Projektu PESEL2 w Części 42 Dział 750 Rozdział 75095 Paragrafy 6068 i 6069 nie zabezpieczają finansowej realizacji zadania jakim w poprzednim kształcie Projektu była *Dostawa i instalacja sprzętu komputerowego w urzędach stanu cywilnego, urzędach gminy i w siedzibie zamawiającego na potrzeby ZSI PESEL2.*(dowód - pismo z Centrum Projektów Informatycznych MSWiA nr CPI-ZKF-051-452/08/PG z dnia 24 kwietnia 2008r.).

W piśmie z dnia 28.05.2008r., nr BAF-VII-311-6114(1)/08, kierowanym do Zastępcy Dyrektora Biura Administracyjno-Finansowego MSWiA, Główny Księgowy MSWiA wskazał, iż w związku z podpisanym aneksem nr 4 do umowy o dofinansowanie projektu, Ministerstwo nie posiada środków finansowych na ten cel i nie może udzielić przedmiotowego zamówienia, ponieważ zgodnie z ustawą o finansach publicznych jednostki sektora finansów publicznych mogą zaciągać zobowiązania do finansowania w danym roku, wyłącznie do wysokości wynikającej z planu.

Na podstawie powyższych ustaleń Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie naruszył przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, dokonując unieważnienia postępowania w dniu 4 czerwca 2008r.

W pierwszej kolejności skład orzekający stwierdził, iż Zamawiający ma możliwość dokonywania oceny swojej sytuacji finansowej, jeżeli wystąpiły okoliczności prowadzące do zmiany środków jakie zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wynika to przede wszystkim z rozróżnienia przez ustawodawcę kwoty, jaką zamawiający „zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” (art. 86 ust. 3 ustawy Pzp) od „kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” (art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.). Istota tej różnicy prowadzi do stworzenia możliwości reakcji zamawiającego na zmiany jego sytuacji finansowej między datą ogłoszenia postępowania o zamówienie publiczne, datą otwarcia ofert a datą rozstrzygnięcia przetargu (podobnie w wyroku ZA z 27.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-111/05). Najczęściej występuje to w sytuacji, gdy najkorzystniejsza oferta przewyższa kwotę, jaką zamawiający planował przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a dzięki przesunięciu środków w planie finansowym, może udzielić zamówienia. Nie ma przy tym znaczenia, że przed otwarciem ofert podana została inna kwota, niż ostatecznie przeznaczona przez zamawiającego. W doktrynie wyrażono pogląd, iż kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest kwotą minimalną, gwarantującą przejrzystość postępowania. Nie można na tej podstawie wykluczyć sytuacji, iż w toku postępowania nastąpi uszczuplenie środków finansowych, które prowadzić będą do konieczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Dokonując oceny stanu faktycznego sprawy, skład orzekający stwierdził, iż zmiana celu

Projektu PESEL2 doprowadziła do zmiany przeznaczenia środków, które zostały przesunięte na realizację Projektu w następnym etapie, z wyłączeniem szczebla lokalnego, objętego przedmiotowym postępowaniem. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż Zamawiający jest „Beneficjentem” w ramach umowy o dofinansowanie Projektu, natomiast „Instytucją Wdrażającą” jest Minister Nauki i Szkolnictwa Wyższego, który dofinansowuje Projekt w wysokości stanowiącej łącznie 75% przewidywanych wydatków kwalifikowanych. Zmiana przeznaczenia środków wynikała z uzgodnień międzyresortowych prowadzonych przez strony umowy o dofinansowanie Projektu i wynikała z konieczności zagospodarowania środków, których stopień wykorzystania na koniec roku 2007r był znikomy. W związku z przedłużającą się procedurą o udzielenie zamówienia, uległ znacznemu wydłużeniu okres od daty wszczęcia postępowania – 17.07.2007r, do daty unieważnienia postępowania – 04.06.2008r. Izba uznała, iż w związku z wydłużającym się czasem prowadzenia procedury przetargowej upłynął termin wykorzystania środków finansowych, które powinny być wydatkowane do 30 czerwca 2008r. Odwołujący nie wykazał, iż Zamawiający posiada środki na sfinansowanie zamówienia, w szczególności nie może być dowodem przedstawiony wydruk ze strony internetowej projektu budżetu na 2008r. Poziom szczegółowości danych uniemożliwia uzyskanie informacji w jakiej wysokości środki mają być przeznaczone na realizację Projektu PESEL, a ponadto projekt może ulec zmianie w toku prac Parlamentu nad projektem budżetu.

Dokonanie przez Zamawiającego w dniu 18 marca 2008r. wyboru oferty najkorzystniejszej w poszczególnych częściach przedmiotu zamówienia, nie może być uznane za sprzeczne z dalszą czynnością - unieważnienia postępowania. Stanowisko to potwierdza wyrok SO w Opolu z dnia 8.11.2005 r. sygn. akt II Ca 752/05, w którym sąd zajął stanowisko, że czynność w postaci ewentualnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy następuje dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Ponadto, Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2008r.

Na tej podstawie, Izba stwierdziła, iż Zamawiający wykazał wystąpienie okoliczności, prowadzących do zmiany zakresu finansowania wdrażanego Projektu, uzasadniające unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Stanowiska Izby nie zmienia również fakt, iż najkorzystniejsze oferty były niższe od kwoty podanej przez Zamawiającego przed otwarciem ofert. Udzielenie zamówienia przy brak środków finansowych na jego pokrycie stanowiłoby naruszenie dyscypliny finansów publicznych, gdyż Zamawiający nie może dokonywać wydatków niezgodnie z przeznaczeniem środków oraz z przekroczeniem wysokości wynikającej z planu finansowego.

Niezależnie od powyższych ustaleń, Izba biorąc z urzędu pod uwagę okoliczności faktyczne stanu sprawy, stwierdziła iż postępowanie podlega unieważnieniu również na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, w związku z upływem terminu związania ofertą.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale X wskazał, iż termin związania ofertą w postępowaniu wynosił 60 dni. Jednocześnie, Zamawiający zastrzegł, iż w uzasadnionych przypadkach, co najmniej na 7 dni przed upływem terminu związania ofertą (liczonego bez okresu zawieszenia jego biegu) może tylko raz zwrócić się do Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Zamawiający zwracał się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 45 dni. Łączny termin związania ofertami, doliczając czas zawieszenia związania spowodowany wniesieniem środków odwoławczych wyniósł 176 dni i upłynął w dniu 22 lutego 2008r. (dowód – protokół postępowania, druk ZP 1 pkt 14). Niezależnie od tego, Wykonawcy, tj. Odwołujący się oraz uczestnik postępowania – Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się, samoistnie z własnej inicjatywy składali Zamawiającemu kilkakrotnie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertami, wydłużając je ostatecznie do 29.08.2008 r. (Odwołujący się) oraz 30.06.2008 (Przystępujący do postępowania odwoławczego).

Izba stwierdził, iż Wykonawcy nie mogli skutecznie przedłużyć terminu związania ofertą, ponad okres wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp., wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie dłużej niż, odpowiednio 30, 60 i 90 dni, w zależności od wartości przedmiotu zamówienia. Przepisy Prawa zamówień publicznych nakładają na zamawiającego obowiązek dokładnego określenia okresu, w którym wykonawcy pozostaną związani ofertami. Przy oznaczaniu terminu, zamawiający nie może jednak przekroczyć maksymalnych terminów, wskazanych wprost w ustawie. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, zawiera własną regulację dotyczącą długości terminu związania ofertami składanymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym nie może znaleźć zastosowania cywilistyczna konstrukcja, iż to oferent składając ofertę wskazuje termin, w którym oczekiwać będzie odpowiedzi (art. 66 par. 2 K.C.). Przyjęcie za skuteczne złożenie oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertami ponad terminy maksymalne wynikające z art. 85 ustawy, prowadziłoby do obejścia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z upływem terminu związania ofertami, postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co natomiast wypełnia przesłankę unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stanowisko Izby w tym zakresie popiera zarówno doktryna, jak i orzecznictwo sądów. W uzasadnieniu uchwały z dnia 24.11.2005r. Sąd Najwyższy

wyraził pogląd, iż: „niemożność zawarcia umowy wobec upływu terminu związania ofertą stanowi okoliczność określoną w art. 93 ust. 1 Pzp, nakładając na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia (III CZP 85/05, OSNC 2006r., Nr 10, poz. 161, str. 36).” W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Okręgowy w wyroku z dnia 15 grudnia 2006r. (sygn. akt II Ca 1239/06).

Ponieważ Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, a Izba nie dopatrzyła się naruszenia w tym zakresie ustawy, skład orzekający odstąpił od unieważniania postępowania, co skutecznie w jego ocenie uczynił sam Zamawiający.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami Zamawiającego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy i w wysokości ograniczonej do wynikającej z rozporządzenia), Izba obciążyła Odwołującego się.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*