

Sygn. akt KIO/UZP 2091/10

WYROK
z dnia 8 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Paweł Trojan
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Ekośrodowisko Sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 50, 41-909 Bytom** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zarząd Ulic i Mostów, ul. Budowlanych 59, 43-100 Tychy** protestu z dnia 10 września 2010 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,

2. Kosztami postępowania obciąża Miejski Zarząd Ulic i Mostów, ul. Budowlanych 59, 43-100 Tychy i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczzonego przez odwołującego **Ekośrodowisko Sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 50, 41-909 Bytom,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 264 zł 00 gr** (słownie: **osiem tysięcy dwieście sześćdziesiąt cztery złote zero groszy**) przez **Miejski Zarząd Ulic i Mostów, ul. Budowlanych 59, 43-100 Tychy** na rzecz **Ekośrodowisko Sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 50, 41-909 Bytom** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: **dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy**) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego **Ekośrodowisko Sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 50, 41-909 Bytom**.

UZASADNIENIE

W dniu 27 września 2010 roku (data nadania pisma w placówce operatora 24 września 2010 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wpłynęło odwołanie złożone przez **Ekośrodowisko Sp. z o.o.** w postępowaniu prowadzonym przez Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach na „Zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczanie dróg i obiektów drogowych na terenie miasta Tychy w sezonach 2009/2010, 2010/2011, 2011/2012 -Zadanie 1”.

Protest wniesiony w dniu 10 września 2010 roku od czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania oddalony został w dniu 17 września 2010 roku.

Zarzuty Odwołującego:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 roku, nr 223, poz. 1655, ze zm. - dalej „ustawa PZP”), poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców.
- 2) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP poprzez bezprawne unieważnienie postępowania.
- 3) naruszenie art. 94 ust. 1 ustawy PZP poprzez bezprawne zaniechanie zawarcia umowy z Wykonawcą, którego oferta została wybrana.

Żądania Odwołującego:

- 1) Nakazanie unieważnienia bezprawnej czynności unieważnienia postępowania z dnia 17 września 2010 roku.
- 2) Nakazanie wykonania zaniechanej czynności zawarcia umowy z Wykonawcą, którego oferta

została wybrana.

Interes Prawny Odwołującego:

Odwołujący złożył ważną ofertę na wykonanie zadania pn. „Zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczanie dróg i obiektów drogowych na terenie miasta Tychy w sezonach 2009/2010, 2010/2011, 2011/2012 - Zadanie 1”. Z uwagi na rażące naruszenie przez Zamawiającego przepisów prawa, skutkujące zaniechaniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i bezprawnym unieważnieniem postępowania, Wykonawca traci możliwość ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, co istotnie narusza przepisy prawa, a tym samym interes prawny Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, iż w dniu 19 lipca 2010 roku Zamawiający przekazał protestującemu zawiadomienie o wyborze oferty EKOŚRODOWISKO Sp. z o.o. wyznaczając termin zawarcia umowy na dzień 16 sierpnia 2010 roku. Przedmiotowa czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została oprotestowana przez ALBA ekoserwis Sp. z o.o. protestem złożonym w dniu 2 sierpnia 2010 roku. W tym samym dniu Zamawiający przekazał Wykonawcy EKOŚRODOWISKO Sp. z o.o. zawiadomienie o wniesionym proteście oraz anulował wcześniej wyznaczony na dzień 16 sierpnia 2010 roku termin zawarcia umowy. Protest złożony przez ALBA Ekoserwis Sp. z o.o. został odrzucony przez Zamawiającego w dniu 9 sierpnia 2010 roku w trybie art. 180 ust. 7 ustawy PZP, jako wniesiony po terminie.

W dniu 2 września 2010 roku Zamawiający przekazał protestującemu za pośrednictwem faksu zawiadomienie o unieważnieniu postępowania w trybie art. 93 ust. 1. pkt 4 ustawy PZP. Jako uzasadnienie wskazano, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Na czynność unieważnienia postępowania Odwołujący złożył w dniu 10 września 2010 roku Protest, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy PZP, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców.
- art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP poprzez bezprawne unieważnienie postępowania.
- art. 94 ust. 1 ustawy PZP poprzez bezprawne zaniechanie zawarcia umowy z Wykonawcą, którego oferta została wybrana.

W żądaniach protestu domagano się unieważnienia bezprawnej czynności unieważnienia postępowania z dnia 2 września 2010 roku, oraz wykonania zaniechanej czynności zawarcia umowy z Wykonawcą, którego oferta została wybrana.

W dniu 17 września 2010 roku Zamawiający oddalił protest w całości. W uzasadnieniu oddalenia protestu zarzucono protestującemu niedostateczne zapoznanie się z uzasadnieniem unieważnienia postępowania, albowiem rzekomo wbrew twierdzeniom protestującego, środki publiczne przeznaczone na sfinansowanie ww. zadania **wynosiły**

8.385.165,00 zł. W dniu unieważnienia postępowania Zamawiający dysponował natomiast kwotą 5.167.794,88 zł, którą to zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odnosząc się do treści rozstrzygnięcia protestu, Odwołujący wskazywał na brak zrozumienia przez Zamawiającego treści art. 86 ust. 3 PZP i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP w brzmieniu ustalonym nowelizacją zawartą w ustawie z dnia 7 maja 2009 roku o zmianie ustawy o spółdzielniach socjalnych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 roku, nr 91, poz. 742). W proteście Odwołujący dokonał jednoznacznego rozróżnienia pomiędzy kwotą, którą Zamawiający zamierzał, a kwotą którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Pierwsza obejmuje kwotę przewidywaną, zaplanowaną, natomiast druga jest kwotą pewną, rzeczywiście dostępną, wynikającą z faktycznego stanu wykonania planu finansowego. Podkreślono przy tym, że Zamawiający przyznał, iż na realizację przedmiotu zamówienia aktualnie może przeznaczyć kwotę 5.167.794,88 zł, którą to okoliczność należy ponad wszelką wątpliwość uznać za bezsporną, albowiem została jednoznacznie przyznana w zarówno w uzasadnieniu unieważnienia postępowania jak i w rozstrzygnięciu protestu.

Mając na względzie dwie okoliczności bezsporne, iż na dzień unieważnienia postępowania do chwili obecnej kwota, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia wynosi 5.167.794,88 zł oraz, że jeden z trzech sezonów objętych przedmiotem zamówienia uległ zakończeniu, Odwołującemu podnosił, że nie doszło do ziszczenia się przesłanki unieważnienia postępowania określonej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP. Zamawiający popełnia błąd w obliczeniach dokonując kalkulacji środków na trzy sezony, podczas gdy wobec zakończenia sezonu 2009/2010 Zamawiający nie może już przeznaczyć na jego realizację środków zabezpieczonych w dniu otwarcia ofert. Z drugiej strony Zamawiający nie jest uprawniony do rozszerzenia przedmiotu zamówienia o kolejny sezon 2012/2013, możliwość taka nie została przewidziana w treści specyfikacji. Tym samym przedmiotowe zamówienie może zostać wykonane wyłącznie w 2/3 części. Jak wykazano w proteście kwota wymagana na realizację usług w sezonach 2010/2011 oraz 2011/2012 zawarta w ofercie EKOŚRODOWISKO Sp. z o.o. wynosi 4.992.666,67 zł. Tym samym wbrew argumentacji, a przede wszystkim wnioskowi Zamawiającego, zawartym w treści pisma nr DTT/ZP/30/5991/09/MW, Zamawiający nadal dysponuje środkami na realizację przedmiotowego zamówienia. W istocie Zamawiający posiada nadwyżkę budżetowa na realizację przedmiotowego zamówienia, albowiem różnica środków którymi aktualnie dysponuje Zamawiający, na potrzeby przedmiotowego postępowania w kwocie 5.167.794,88 zł, a kwota wymagana na realizację pozostałych do wykonania w ramach przedmiotu postępowania sezonów 2010/2011 oraz 2011/2012 w wysokości 4.992.666,67 zł, daje nadwyżkę w kwocie 175.128,21 zł.

Odwołujący podkreślał ponadto, iż w toku przedmiotowego postępowania nie doszło do ziszczenia się przesłanki unieważnienia postępowania określonej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP albowiem przepis ten dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy Zamawiający nie może wygospodarować dodatkowych środków na sfinansowanie zamówienia w kwocie przekraczającej kwotę, która zamawiający zamierzał przeznaczyć (cena oferty jest wyższa niż środki zaplanowane), podaną przed otwarciem ofert, jak również sytuacje, gdy brak środków następuje na skutek zmniejszenia kwoty, którą Zamawiający przewidywał na sfinansowanie zamówienia, tzn. może przeznaczyć kwotę niższą od podanej przed otwarciem ofert (cena oferty mieści się w kwocie zaplanowanej na początku postępowania), przy czym zmniejszenie środków nastąpiło w efekcie zdarzeń nieprzewidzianych niezależnych od Zamawiającego.

W ugruntowanym w tej materii orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza zwracała uwagę iż ocena, czy w konkretnej sprawie zachodzi okoliczność braku środków finansowych na realizację zamówienia, wynikła na skutek pogorszenia się sytuacji finansowej, musi być traktowana jako wyjątkowa i wymaga rzetelnego uzasadnienia ze strony Zamawiającego, podejmującego decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP. Zgodnie z orzecznictwem, unieważnienie postępowania na skutek zmniejszenia wysokości posiadanych środków jest dopuszczalne tylko wówczas gdy „uszczerpienie tych środków” wynika z okoliczności nieprzewidzianych i niezależnych od Zamawiającego. Podobne stanowisko wyraził sąd Okręgowy w Siedlcach (wyrok z 30.10.2005 r. sygn. akt: II Ca 484/04 niepubl.). Ciężar udowodnienia faktu braku środków finansowych na realizację zadania nr 1, zgodnie z treścią art. 6 k.c. spoczywa zatem w całości na Zamawiającym (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 19 maja 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 580/09).

Reasumując Odwołujący podkreślał, iż przedmiotowe postępowanie nie jest obarczone wadą stanowiącą przesłankę do unieważnienia postępowania, albowiem Zamawiający jak przyznano w piśmie z dnia 2 września 2010 roku nr DTT/ZP/30/5991/09/MW dysponuje środkami, które może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, czym nie wykazał i nie udowodnił okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania.

W rozstrzygnięciu protestu z dnia 17 września 2010 roku, Zamawiający oddalając go w całości stwierdził, że iż protestujący w sposób nienależyty zapoznał się z uzasadnieniem unieważnienia postępowania z dnia 1 września 2010 r. Zamawiający uzasadniając unieważnienie postępowania w sposób jasny i wyczerpujący wskazał, iż kwotą w wysokości 8.385.165,00 zł brutto przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia dysponował po rozpoczęciu postępowania w 2009 r. i przed terminem składania ofert (wrzesień 2009), a nie jak twierdzi protestujący w dniu unieważnienia postępowania.

Zaskakująca była dla zamawiającego propozycja protestującego podziału kwoty wynikającej z oferty złożonej w dniu 28.09.2009 roku na trzy części w sytuacji, w której umowa

na kwotę 7.489.000,00 zł obecnie dotyczyć będzie dwóch sezonów. Zamawiający wskazywał, iż niedopuszczalne jest w świetle zapisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, negocjowanie ceny.

Podnosił także kwestię treści art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie "Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany". Zamawiający podnosił, iż takiej możliwości - zmiany ceny (100% kryterium oceny ofert) zarówno w ogłoszeniu jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie było.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych przez strony i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów odnośnie istnienia podstaw bezprawnego unieważnienia postępowania oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania niniejszego zamówienia ze względu na złożenie jedynej ważnej oferty w postępowaniu. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zamawiający w dniu 19 lipca 2010 roku dokonał w prowadzonym postępowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej i za taką uznał ofertę złożoną przez Odwołującego się Ekośrodowisko Sp. z o.o. Jednocześnie w tym samym dniu wystąpił do Działu Księgowości o podanie kwoty, jaką obecnie dysponuje Zamawiający na sfinansowanie zamówienia. W związku z wpłynięciem protestu innego wykonawcy na wybór oferty najkorzystniejszej, w dniu 2 sierpnia 2010 roku, Zamawiający poinformował o tym fakcie obecnie Odwołującego się i w piśmie zaznaczył, iż wyznaczony termin na podpisanie umowy – 16 sierpnia 2010 roku, jest nieaktualny. Protest został odrzucony w dniu 9 sierpnia 2010 roku.

W przedmiotowej sprawie znaczenie na fakt, iż w dniu 1 września 2010 roku, Zamawiający otrzymał opinię w sprawie braku środków finansowych na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia podpisaną przez Głównego Księgowego jednostki. Z opinii tej wynikało, iż Zamawiający w chwili obecnej dysponuje kwotą w wysokości 5 167 794,88 zł na realizację usług w sezonach 2010/2011 i 2011/2012, natomiast cena najkorzystniejszej oferty wynosi 7 489 000,00 zł brutto za trzy sezony, zatem różnica między podanymi kwotami wynosi 2 321 205,12 zł. W opinii stwierdzono również, że zwiększenie środków publicznych na realizację przedmiotowego zadania nie jest możliwe i celowe. W tak zaistniałej sytuacji, komisja przetargowa zwróciła się z wnioskiem do Kierownika Zamawiającego o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Informację o unieważnieniu postępowania datowaną na 1 września 2010 roku, Odwołujący się otrzymał w dniu 2 września 2010 roku. Decyzja podjęta przez Zamawiającego została przez Ekośrodowisko Sp. z o.o. oprotestowana a w związku z oddaleniem protestu wniesiono do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie.

W związku z tak ustalonym we wstępie uzasadnienia stanem faktycznym, biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

Zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W ocenie składu orzekającego, podanie do publicznej wiadomości i ujawnienie kwoty przeznaczonej na finansowanie zamówień ma na celu zapobieżenie bezzasadnemu unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający składa w ten sposób oświadczenie w sprawie kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia i zobowiązuje się przyjąć ofertę najkorzystniejszą pod warunkiem, że zaoferowana cena nie przekroczy podanej przez zamawiającego kwoty. Przepisy ustawy Prawo zamówień

publicznych dopuszczają możliwość bieżącego reagowania na zachodzące zmiany w sytuacji finansowej jednostki przeprowadzającej postępowanie, także po otwarciu ofert. Jest to jak najbardziej sytuacja usprawiedliwiona ponieważ między otwarciem ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej może upłynąć znaczący czas nawet kilku miesięcy, co miało zresztą miejsce w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Izby możliwa jest zatem sytuacja, iż kwota podana bezpośrednio przed otwarciem ofert może ulec zarówno zwiększeniu, jak też zmniejszeniu w stosunku do pierwotnie podanej kwoty przed otwarciem ofert. Jest to także sytuacja bezsporna między stronami, że kwota podana przed otwarciem ofert uległa zmniejszeniu, choćby przez to, iż minął już jeden sezon wykonywania usługi, na którą przeprowadzane jest postępowanie.

W przypadku zaś, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, unieważnia on postępowanie.

Zgodzić się należy z tezą prezentowaną przez Odwołującego się, że pogorszenie się sytuacji finansowej musi być traktowane jako sytuacja wyjątkowa i wymaga rzetelnego uzasadnienia ze strony Zamawiającego, podejmującego decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego unieważnienie postępowania jest możliwe ze względu na zmniejszenie się środków finansowych tylko w sytuacji, jeżeli uszczuplenie tych środków wynika z okoliczności nieprzewidzianych i niezależnych od Zamawiającego (wyrok z 30 października 2005 roku, sygn. akt II Ca 484/04 niepubl.).

W ocenie Izby, w trakcie prowadzonego postępowania dowodowego, Zamawiający nie udowodnił, że powoływane przez niego ogólne pogorszenie się sytuacji finansowej skutkowało unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie składu orzekającego sytuacja zmiany kwoty przeznaczonej pierwotnie na sfinansowanie zamówienia wynika po prostu z faktu, iż minął już jeden sezon, w którym realizowana miała być usługa zimowego utrzymania oraz poziomego oczyszczania dróg na terenie miasta Tychy i oczywistym jest, że musiało dojść do przeszacowania kwoty pierwotnie podawanej przed otwarciem ofert z racji skonsumowania części funduszy. Nie zmienia to jednak sytuacji wykonawcy, który złożył ważną ofertę i w dniu 19 lipca 2010 roku została ona przez Zamawiającego uznana za ofertę najkorzystniejszą. Izba nie widzi przeszkód, aby umowa mogła być zawarta z takim wykonawcą na dalszy okres wykonywania usługi (wyznaczony przez Zamawiającego na sezony 2010/2011 oraz 2011/2012). Stanowisko takie potwierdzi także wyrok Krajowej izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/UZP 703/10. Zgodnie z zapisami zawartymi w SIWZ wynagrodzenie za przedmiot zamówienia ustalane będzie powykonawczo według obmiaru (tj. faktycznie wykonanych usług ujętych w raportach dobowych) i cen jednostkowych

określonych w ofercie przetargowej. Zamawiający przewidział również w SIWZ możliwość zmniejszenia zakresu usług oraz umownego wynagrodzenia, a na rozprawie przyznał, iż podane w formularzu ofertowym wartości poszczególnych jednostek są wartościami maksymalnymi i nie może dojść do ich przekroczenia. W takiej sytuacji, nie dojdzie, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, do jakichkolwiek negocjacji cenowych między stronami. Ceny jednostkowe podane w ofercie pozostaną, zgodnie z zapisami SIWZ, ostateczne i nie będą podlegały żadnym negocjacjom, nie będą waloryzowane w okresie realizacji zamówienia, a nie negowana przez żadną ze stron kwota na sfinansowanie zamówienia, jaką dysponuje Zamawiający, wynosić będzie 5 167 794,88 zł. Nie zachodzi konieczność jakiegokolwiek korekty czy też zmiany treści złożonej przez wykonawcę oferty ponieważ w tym postępowaniu decydujące znaczenie mają ceny jednostkowe, które nie ulegną zmianie. Cena, którą podał wykonawca w formularzu ofertowym była wartością ogółem brutto z podatkiem VAT wymaganą przez Zamawiającego na potrzeby porównania ofert w prowadzonym postępowaniu, braną pod uwagę podczas w trakcie oceny ofert przy zastosowanym kryterium najniższej ceny.

Izba nie dała wiary dowodom przedłożonym przez Zamawiającego na rozprawie (to jest wnioskowi datowanemu na 2 sierpnia 2010 roku o środki na zimowe utrzymanie dróg wraz z odpowiedzią z dnia 26 sierpnia 2010 roku udzieloną przez Prezydenta Miasta Tychy), iż potwierdzać one miały pogorszenie się jego sytuacji finansowej. Po pierwsze wniosek jest datowany po terminie wyboru oferty najkorzystniejszej, więc niezrozumiałym są dla składu orzekającego działania podejmowane przez Zamawiającego w takim terminie. Jeżeli Zamawiający posiadał wątpliwości co do wysokości posiadanych środków, to działania takie winien czynić przed wyborem oferty najkorzystniejszej, który jest swoistym przyrzeczeniem składanym wykonawcy zmierzającym do zawarcia z wybranym wykonawcą ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Nie właściwe jest również powoływanie się przez Zamawiającego na brzmienie art. 144 ustawy Pzp, z którego wynika, iż zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Izba pragnie zauważyć, iż cytowany przez Zamawiającego przepis dotyczy sytuacji, kiedy dokonuje się zmian w zawartej już umowie, a sytuacja taka nie ma miejsca w przedmiotowym postępowaniu ponieważ nie doszło jeszcze do zawarcia umowy między stronami. Przepis ten nie będzie miał w takiej sytuacji zastosowania. Ponadto, nawet biorąc pod uwagę postanowienia art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, z których wynika, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy ma być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, nie dojdzie do złamania tychże postanowień. Zakres świadczenia zawarty w ofercie odnosi się do świadczenia usługi

zimowego utrzymania oraz poziomego oczyszczania dróg w wyznaczonych sezonach za ceny jednostkowe zawarte w formularzu cenowym.

Reasumując, skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż w przedmiotowym postępowaniu, nie doszło do ziszczenia się przesłanek, które pozwoliłyby Zamawiającemu na unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dlatego też za niezasadne należy uznać działania Zamawiającego skutkujące unieważnieniem postępowania.

W zaistniałym stanie faktycznym i prawnym, doszło również, w ocenie Izby, do naruszenia przez Zamawiającego art. 94 ust. 1 ustawy Pzp. Artykuł ten stanowi, iż Zamawiający ma obowiązek zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego w określonym przez ustawę terminie po dokonanych skutecznie wyborze oferty najkorzystniejszej. Jeżeli nie zaszły przesłanki lub okoliczności, które spowodować mogłyby zmianę decyzji Zamawiającego (np. prawidłowe unieważnienie postępowania lub inne okoliczności, które znosiłyby dokonany wybór oferty najkorzystniejszej), to nie istnieją przyczyny, dla których Zamawiający może od podpisania umowy odstąpić.

Wobec sytuacji, iż potwierdziły się zarzuty podnoszone przez Odwołującego, doszło w przedmiotowym postępowaniu do naruszenia przez Zamawiającego w toku czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt. 4, art. 94 ust. 1 a tym samym doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Stwierdzone naruszenia mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego oraz kosztach uczestnika postępowania odwoławczego związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby, skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i 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 z późn. zm.), tj. zgodnie z przedłożonymi kserokopiami biletów kolejowych i rachunkiem.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....