

Sygn. akt: KIO/2704/10

WYROK
z dnia 30 grudnia 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 grudnia 2010 r.** w Warszawie odwołania z dnia 16 grudnia 2010 r. wniesionego przez **Agencję Ochrony Osób i Mienia „Reflex” sp. z o.o. , 26-600 Radom, ul. Wałowa 45**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Agencję Mienia Wojskowego - Oddział Terenowy Biura Agencji Mienia Wojskowego, 00-911 Warszawa, ul. Nowowiejska 26A**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Agencję Mienia Wojskowego - Oddział Terenowy Biura Agencji Mienia Wojskowego, 00-911 Warszawa, ul. Nowowiejska 26A**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Agencję Ochrony Osób i Mienia „Reflex” sp. z o.o., 26-600 Radom, ul. Wałowa 45**, tytułem wpisu od odwołania;
- 2) dokonać wpłaty kwoty w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Agencję Mienia Wojskowego - Oddział Terenowy Biura Agencji Mienia Wojskowego, 00-911 Warszawa, ul.**

Nowowiejska 26A na rzecz odwołującego zamawiającego **Agencja Ochrony Osób i Mienia „Reflex” sp. z o.o., 26-600 Radom, ul. Wałowa 45**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Mienia Wojskowego - Oddział Terenowy Biura Agencji Mienia Wojskowego w Warszawie, 00-911 Warszawa, ul. Nowowiejska 26, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na usługę polegającą na ochronie fizycznej wraz z elementami technicznego utrzymania nieruchomości będących w zasobach Oddziału Terenowego Biura Agencji Mienia Wojskowego w Warszawie. Wartość przedmiotowego zamówienia oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 19 listopada 2010 r., nr 2010/S 225-344267.

W dniu 16 grudnia 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie (wpływ bezpośredni) wniesione przez Agencję Ochrony Osób i Mienia „Reflex” sp. o.o.. 26-600 Radom, ul. Wałowa 45 od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a dotyczących następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- 1) naruszenia art. 92 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zawiadomienia wykonawców o wyniku oceny ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty,
- 2) naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania z powodu braku środków finansowych na realizację zamówienia - *„cena oferty, która zdobyła najwyższą liczbą punktów przekracza kwotę przeznaczoną na elementy technicznego utrzymania”,*
- 3) naruszenia art. 93 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wskazania podstaw prawnych czynności unieważnienia postępowania.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert, nakazanie uznania, że najkorzystniejszą jest oferta Odwołującego.

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z art. 179 ustawy Pzp jest uprawniony do wniesienia odwołania, albowiem ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest jednym z wykonawców ubiegających się o realizację przedmiotowego zamówienia i zgodnie z

posiadanymi informacjami jego oferta jest najkorzystniejsza. Niezgodne z ustawą Pzp działania Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, że dnia 6 grudnia 2010 r. otrzymał od Zamawiającego informację o unieważnieniu postępowania (pismo z dnia 6 grudnia 2010 roku, nr: 3114). Wskazywał, iż próba dokonania czynności unieważnienia postępowania podjęta za pomocą w/w dokumentu jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający wskazał w w/w piśmie, iż postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz wskazano jako uzasadnienie faktyczne okoliczność, iż „Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę łączną 3 250 000,00 zł w tym na ochronę w 2011 r. - 1 800 000,00 zł i w 2012 roku - 900 000,00 zł oraz na elementy technicznego utrzymania w 2011 r. - 350 000,00 zł i w 2012 - 175 000 zł. Rozbicie kwoty łącznej było konieczne, gdyż w planie finansowym ochrona i techniczne utrzymanie występują pod osobnymi pozycjami. Ponieważ cena oferty, która zdobyła najwyższą liczbę punktów przekracza kwotę przeznaczoną na elementy technicznego utrzymania i postępowanie obarczone jest wadą (sposób punktacji) niepozwalającą na wybór oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny jednostkowej za 1 rbh ochrony za posterunek stały i na rowerach oraz wysokości brutto miesięcznego wynagrodzenia ogółem za techniczne utrzymanie, Zamawiający postanawia jak na wstępie". Odwołujący podkreślał, iż Zamawiający jako podstawę prawną unieważnienia postępowania podał jedynie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Tym samym wszelkie inne opisane w piśmie z 6 grudnia 2010 r. informacje o przyczynach unieważnienia postępowania, jako pozostające poza przesłankami i standardami określonymi ustawą Pzp, nie mogą być przez Odwołującego uznane za skutecznie przekazane. Jako uzasadnienie faktyczne czynności unieważnienia, zgodnie ze wskazaną podstawą prawną, podano okoliczność, iż cena oferty, która zdobyła najwyższą liczbę punktów przekracza kwotę przeznaczoną na elementy technicznego utrzymania. Oznacza to, iż Zamawiający w rzeczywistości dokonał oceny ofert i ustalił punktację ofert w zakresie poszczególnych kryteriów oraz ustalił, która z ofert jest ofertą najkorzystniejszą. Zgodnie z informacjami z czynności otwarcia ofert Odwołujący ma wszelkie podstawy by sądzić, iż w toku postępowania złożył ofertę przedstawiającą najkorzystniejszy dla Zamawiającego bilans kryteriów oceny ofert. Zamawiający pismem z dnia 1 grudnia 2010 roku (nr 3062) dokonał w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwania wnoszącego odwołanie do przedstawienia kalkulacji cenowej 1 rbh pracy na posterunku stałym i objazdowym na rowerze oraz przedstawienia kalkulacji cenowych za miesiąc technicznego utrzymania poszczególnych nieruchomości. Wyjaśnienia zostały złożone przez Odwołującego oraz przyjęte przez Zamawiającego, gdyż nie otrzymał po ich złożeniu żadnej informacji o odrzuceniu jego oferty. Jednak wbrew treści art. 92 ust. 1 pkt 1 - 3 ustawy Pzp Zamawiający nie podał wymaganych tym przepisem informacji, szczególnie w zakresie

wyboru najkorzystniejszej oferty, punktacji przyznanych poszczególnym ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji. Nie podano również informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Zgodnie z nadal aktualnymi w tym zakresie poglądami doktryny „w myśl art. 93 ust. 1 pkt 4 PrZamPublU, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Interesujące jest porównanie zastosowanego w tym przepisie terminu "kwota, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia" z terminami "kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia" podawaną przed otwarciem ofert (art. 86 ust. 3 PrZamPublU) oraz "całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług" (art. 32 ust. 1 PrZamPublU). Porównując ze sobą dwa pierwsze terminy ZA w wyr. z 27.1.2005 r. (UZP/ZO/0-111/05) zwrócił uwagę, że: "Inna jest treść gramatyczna tych przepisów poprzez użycie, w zakresie kwot, które zamawiający wiąże z zamówieniem, innych słów. W art. 86 ust. 3 jest użyte sformułowanie "(...) zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia", natomiast w art. 93 ust. 1 pkt 4 "(...) może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia". Istotą tej różnicy jest stworzenie możliwości reakcji zamawiającego na zmiany jego sytuacji finansowej między datą ogłoszenia postępowania o zamówienie publiczne, datą otwarcia ofert a datą rozstrzygnięcia przetargu". (...). W innym orzeczeniu SO w Opolu (wyr. z 8.11.2005 r., II Ca 752/05, niepubl.) zajął stanowisko, że czynność w postaci ewentualnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 PrZamPublU następuje dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty." (Grzegorz Wicik, Piotr Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. C.H.Beck 2007, System Informacji Prawnej Legalis). Za niezasadny merytorycznie Odwołujący uznawał powód unieważnienia postępowania z przyczyny, iż cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Po pierwsze, Zamawiający zgodnie z zapisami SIWZ nie dopuszczał składania ofert częściowych (pkt III SIWZ - opis przedmiotu zamówienia - strona 2 SIWZ). Po drugie, podczas czynności otwarcia ofert Zamawiający podał jedną kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i była to jedna kwota za całość zamówienia (kwota 3 250 000 zł). Stąd całkowicie nieuprawnione jest uzasadnianie unieważnienia postępowania przyczynami związanymi z wewnętrznym podziałem źródeł finansowania, tym bardziej iż Zamawiający sam stwierdził, iż dysponuje środkami na realizację zamówienia, a jedynie przyporządkowanie kwot do zakresu usług objętych zamówieniem nie jest zgodne z planami finansowymi Zamawiającego. Podobny pogląd wyraża doktryna w sprawie interpretacji art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który nakazuje unieważnienie postępowania, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (wyrok KIO z 25 lutego 2008

r., sygn. akt KIO/UZP 107/08). Najczęściej kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wynika z planu finansowego zamawiającego i oznacza środki, jakie mają być przeznaczone na pokrycie realnych wydatków z tytułu realizacji zamówienia. Zgodnie z zasadą jawności postępowania, zamawiający podaje tę kwestię bezpośrednio przed otwarciem ofert (art. 86 ust. 3 ustawy). Jednakże zgodnie z opinią UZP Nr 23, zamawiający nie jest zobowiązany do unieważniania postępowania w każdym przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza równowartość kwoty, którą planował przeznaczyć na realizację zamówienia, a więc kwotę ujawnioną na podstawie art. 86. ust. 3 ustawy. "W szczególności, w przypadku gdy zamawiający należy do grona podmiotów sektora finansów publicznych, może zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, tak aby była ona wyższa od ceny zawartej w ofercie najkorzystniejszej, w granicach i na zasadach określonych ustawą o finansach publicznych, o ile uzna to za uzasadnione i celowe, udzielając następnie zamówienia wykonawcy. Dopiero w sytuacji, gdy dokonanie takich przeniesień nie jest możliwe lub celowe, a kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy" (por. wyrok SO w Warszawie z 23 kwietnia 2003 r., V Ca 79/04, niepubl.; wyrok KIO z 25 lutego 2008 r., KIO/UZP 107/08; wyrok KIO z 18 lutego 2008 r., KIO/UZP 87/08; wyrok ZA z 17 października 2007 r., UZP/ZO/0-1226/07). W uzasadnieniu wyroku z 6 lutego 2003 r. (V Ca 29/03, niepubl.) Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził, iż niedopuszczalna jest sytuacja, w której dopiero po otwarciu ofert przeprowadza się analizę, jaka kwota może być wydana na realizację zamówienia. Ta wielkość powinna być znana przed rozpoczęciem postępowania, a niewątpliwie najdalej w chwili unieważnienia przetargu zamawiający powinien dysponować dokumentem finansowym, który wskazywałby tę kwotę. Ciężar udowodnienia braku informacji co do kwoty spoczywa na zamawiającym (por. wyrok SO w Warszawie z 8 września 2008 r., V Ca 1554/08). (Paweł Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. C.H.Beck 2009, System Informacji Prawnej Legalis*). Na uzasadnienie swojego stanowiska Odwołujący wskazywał poglądy orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. W sprawie o bardzo zbliżonym stanie faktycznym KIO zajęła następujące stanowisko: „ponadto Izba podzieliła pogląd odwołującego, iż w tej sprawie nie ma decydującego znaczenia, iż zamówienie zostało podzielone na dwie części. Okoliczność przyznaną przez zamawiającego stanowiło, iż zamówienie w całości finansowane jest z jego środków własnych, a podział został dokonany wyłącznie ze względów pragmatycznych, tak aby całości usług porządkowych na rozległym terenie nie wykonywał jeden wykonawca. Przepis art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, w przypadku gdy zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych za wartość zamówienia uznaje łączną wartość poszczególnych części zamówienia. Tak samo plan finansowy jednostki obejmuje zbiorczą kwotę planowanych wydatków na określony rodzaj usług. Podział zamówienia na

części, w ocenie Izby, mógłby mieć istotne znaczenie np. wówczas, gdyby określona jego część była finansowana ze środków zewnętrznych, przyznanych na ten w oznaczonej kwocie. Jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższałaby tak podaną kwotę jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zachodziłyby podstawy do unieważnienia postępowania w zakresie danej części zamówienia. Samo postanowienie art. 93 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiące, że jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio, wbrew stanowisku prezentowanemu przez zamawiającego i przystępującego, nie niweczy ograniczenia dla czynności zamawiającego unieważnienia postępowania w określonej części, gdyż także konieczne byłoby wykazanie, że zamawiający nie mógł zwiększyć kwoty podanej w odniesieniu do pierwszej części zamówienia do wysokości ceny oferty odwołującego. Izba przyznała rację odwołującemu, że w sytuacji, gdy zamawiający przed otwarciem ofert wskazał, że na pierwszą część zamówienia przeznaczył kwotę 15 918 085,57 złotych, a na drugą część kwotę 15 533 170,17 złotych (łącznie na całość zamówienia przeznaczył kwotę 31 342 856,65 złotych), a kwota łączna podana w ofertach wybranych przez zamawiającego na obie części zamówienia wynosząca 30 763 942,69 złotych, jest niższa od tej, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na całe zamówienie o 578 913,96 złotych, nie zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania określone przepisem art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp na część postępowania, gdzie została złożona oferta z ceną wyższą niż kwota jaką zamawiający zamierzał na ten cel wydatkować. Samo zestawienie powyższych kwot, jak trafnie wskazywał odwołujący, dowodzi, iż możliwe było zwiększenie kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w odniesieniu do pierwszej części, gdyż pozwalała na to wielkość kwoty całkowitej, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację pełnego zakresu zamówienia. W ocenie Izby, dla wykazania usprawiedliwionych przyczyn unieważnienia postępowania na skutek braku środków, niewystarczające jest jedynie ogólne powołanie się przez zamawiającego, że sytuacja taka ma miejsce. Obowiązkiem zamawiającego było wykazanie za pomocą dostępnych dowodów, jaką kwotą w rzeczywistości dysponuje, czy może dysponować na dany cel. Podział zamówienia na części spowodował, iż zamawiający podał wyodrębnione kwoty, które zamierzał przeznaczyć na realizację poszczególnych części zamówienia, co nie jest równoznaczne z tym, iż plan finansowy ujmuje planowane wydatki na usługi porządkowe w analogicznym podziale. Według klasyfikacji wydatków, objęte są one w planie finansowym niezależnie od podziału zamówienia na części, a więc w kwocie łącznej. Zamawiający nie wykazał też, że zaszły jakieś zmiany w jego sytuacji i wobec dysponowania ograniczonymi środkami w stosunku do pierwotnie planowanych, priorytety zaspokojenia potrzeb zamawiającego uległy zmianie, w taki sposób, że nie może przeznaczyć większej kwoty środków na sfinansowanie usług stanowiących przedmiot zamówienia - w

części pierwszej i zwiększyć tej kwoty do wysokości ceny oferty odwołującego" (wyrok KIO z 12 sierpnia 2010 roku, sygn. akt 1624/10 i 1625/10).

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 16 grudnia 2010 r.

W dniu 17 grudnia 2010 r. Zamawiający faxem wezwał pozostałych wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, przekazując wraz z wezwaniem kopię odwołania. Ani w ustawowym terminie 3 dni ani do dnia posiedzenia i rozprawy przed Izłą żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia po postępowania odwoławczego po żadnej ze stron.

Na posiedzeniu Izby Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o odrzucenie odwołania, względnie jego oddalenie oraz zasądzenie kosztów zgodnie ze złożonym rachunkiem. Wskazywał na brak interesu po stronie Odwołującego warunkującego skuteczność wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Podnosił, iż pojęcie interesu prawnego było przedmiotem szeregu wypowiedzi Krajowej Izby Odwoławczej i wskazywał reprezentatywne, jego zdaniem, orzeczenia. Z wyroku KIO z 31 maja 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 849/10, KIO/UZP 888/10 wynika, iż: 1. Interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia musi być skonkretyzowany i pewny. Interesu tego nie można opierać na samych domniemaniach, przypuszczeniach czy hipotezach w uzyskaniu zamówienia. 2. Interes prawny wykonawcy we wnoszeniu środków odwoławczych ograniczony jest wyłącznie do uszczerbku w interesie tego konkretnego wykonawcy, a nie w interesie innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, bądź w interesie ogólnej normy obowiązku przestrzegania ustawy. 3. Interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej winien być powiązany i prowadzić do uznania złożonej oferty za najkorzystniejszą i umożliwiać zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei w wyroku KIO z 13 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1324/10 przewidziano: 1 Szeroko rozumiany interes nie jest wystarczającą przesłanką legitymacji czynnej, ponieważ w koniunkcji z interesem wykonawcy musi wykazać, że poniósł lub może ponieść szkodę (rozumiany wyłącznie jako szkoda majątkowa, a więc nie obejmujący krzywdy, stanowiącej szkodę niemajątkową) w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p. 2. Wykonawca, który kwestionując wykluczenie z postępowania, bądź odrzucenie jego oferty, nie kwestionuje wyboru oferty najkorzystniejszej, nie ma interesu w dokonaniu zmiany w zakresie wyboru oferty. Powoływał także wyrok KIO z 2 czerwca 2010 r. KIO/UZP 921/10: 1. Brzmienie przepisu art. 179 ust. 1 p.z.p. wyraźnie referuje do pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia, a nie pojęcia interesu prawnego oraz wprowadza dodatkową, obligatoryjną przesłankę korzystania ze środków ochrony prawnej, która powinna wystąpić łącznie z powołanym interesem – zaistniałą lub możliwą szkodę po stronie wykonawcy związaną z naruszeniem przepisów ustawy przez zamawiającego. 2.

Redakcja przepisu art. 179 ust. 1 p.z.p. nie uprawnia do twierdzenia o dopuszczalności jakiegokolwiek „szerokiego” rozumienia pojęcia interesu, abstrahującego od zabezpieczenia możliwości uzyskania danego zamówienia przez wykonawcę oraz zapobieżenia powstaniu szkody, a polegającego na ogólnym interesie w zapewnieniu zgodnego z prawem przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. 3. Uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Dziale VI p.z.p. nie można utożsamić ani sprowadzić do ogólnej kontroli prawidłowości/zgodności z prawem prowadzonego postępowania, jaką dokonują np. uprawnione organy państwa (np. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, Najwyższa Izba Kontroli, regionalne izby obrachunkowe, etc ...). Zamawiający wskazywał, że z karty oceny oferty (ZP-20) nr 7 oferta Odwołującego w zależności, czy punktacja byłaby policzona wedle błędnego wzoru czy też według wzoru prawidłowego i tak nie zostałaby uznana za najkorzystniejszą (byłaby odpowiednio na trzecim lub drugim miejscu). Tym samym Odwołujący nie posiada interesu prawnego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a brak takiego interesu z woli ustawodawcy uniemożliwia skuteczne sięganie po środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie Pzp. Zamawiający wskazywał, iż wbrew faktom (ilość otrzymanych punktów) Odwołujący nie może domagać się nakazania „uznania, że najkorzystniejszą jest oferta wnoszącego odwołanie”, w sytuacji, gdy oferta ta jest oceniana jako druga lub trzecia w kolejności. Powtórzenie kwestionowanych czynności przez Zamawiającego nie doprowadziłoby do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Zamawiający wskazywał, iż w przypadku uwzględnienia odwołania jedynie skoryguje uzasadnienie swojej decyzji, uzna swój błąd w specyfikacji, który może prowadzić do niegodnego z prawem wydatkowania środków publicznych i unieważni postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego w piśmie informującym o unieważnieniu postępowania można wskazać elementy prawidłowego uzasadnienia decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, jedynie wskazana została pierwsza przesłanka (wg kolejności ustawowej). Brak wskazania drugiej przesłanki prawnej przy podaniu podstawy faktycznej nie może prowadzić do konieczności powtórzenia czynności, która miała już miejsce, a jedynie jej udokumentowanie ma pewne mankamenty.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, w tym dokumentację postępowania, odwołanie, jak również wyjaśnienia i pisma złożone przez strony na rozprawie, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, uiszczono od niego wpis, jak również nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania określone ustawą Pzp. W tym zakresie Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego wyrażonej w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający podnosił, iż Odwołujący nie posiada

interesu prawnego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ z karty oceny oferty (ZP-20) nr 7 wynika, iż oferta Odwołującego w zależności, czy punktacja zostanie policzona wedle błędnego wzoru (wynikającego z SIWZ) czy też wedle wzoru prawidłowego i tak nie byłaby uznana za najkorzystniejszą. Klasyfikowana jest bowiem odpowiednio na trzecim lub drugim miejscu. Brak takiego interesu z woli ustawodawcy uniemożliwia skuteczne sięganie po środki ochrony prawnej przewidziane ustawą Pzp. Izba podnosi, iż zgodnie z obecnym brzmieniem przepisu art. 179 ust.1 ustawy Pzp wnoszący odwołanie jest zobligowany do wykazania, iż miał lub ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Obecna regulacja nie posługuje się zatem kategorią interesu prawnego, do której odnosi się Zamawiający, lecz „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”. Ponadto powoływana przez Zamawiającego przesłanka interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz druga z przesłanek, tj. szkoda lub możliwość jej poniesienia przez wykonawcę wnoszącego odwołanie, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawiające do korzystania ze środków ochrony prawnej, mają charakter materialno-prawny i podlegają rozpoznaniu na rozprawie w kontekście stawianych w odwołaniu zarzutów oraz zaskarżanych w tym zakresie czynności, bądź zaniechań dokonania czynności przez Zamawiającego. Tym samym ewentualny ich brak lub nieudowodnienie stanowi przesłankę do oddalenia odwołania, nie zaś jego odrzucenia (np. wyrok KIO z 8 września 2010 r. sygn. akt KIO/1787/2010).

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne. Izba dopuściła również dowód z odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie oraz stanowisk i oświadczeń Stron złożonych ustnie do protokołu. Izba uznała natomiast, iż dokument złożony przez Odwołującego – „Wykaz ofert i stawki złożone przez oferentów w przetargu na ochronę nieruchomości AMW w Warszawie” – a zawierający kalkulację punktacji poszczególnych ofert dokonaną przez Odwołującego nie ma w ocenie Izby waloru dowodowego w rozumieniu art. 190 ust. 3 ustawy Pzp. Stanowi on w istocie stanowisko Strony odnośnie rzetelności cen zaproponowanych przez innych oferentów oraz własną kalkulację punktową ofert, przy czym nie wskazuje on sposobu, w jaki kalkulacja została przeprowadzona. Dodatkowo kalkulacja ta opiera się na założeniu, iż nie uwzględnia się w niej ofert wykonawców, którzy podali ceny, w ocenie Odwołującego, nierzetelne oraz, jak wynika ze stanowiska prezentowanego na rozprawie, gdy cena oferty przekracza kwotę, jaką Zamawiający podał zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym, jak wskazano powyżej, może mieć wyłącznie walor stanowiska Strony.

Izba wskazuje, iż z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. interesu w uzyskaniu

danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Są to przesłanki warunkujące legitymację do wniesienia odwołania, co oznacza, iż w przypadku ich braku lub nieudowodnienia odwołanie podlega oddaleniu, niezależnie od zasadności podnoszonych w nim zarzutów. Izba uznała, iż w niniejszej sprawie Odwołujący spełnia przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Jest uczestnikiem postępowania, który złożył ofertę. Jego oferta nie została odrzucona ani on sam wykluczony z postępowania. Zamawiający natomiast unieważnił przedmiotowe postępowanie, powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując, iż cena oferty, która zdobyła największą liczbę punktów przekracza kwotę przeznaczoną na elementy technicznego utrzymania i postępowanie obarczone jest wadą (sposób punktacji), niepozwalającą na wybór oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny jednostkowej za 1 rbh ochrony za posterunek stały i na rowerach oraz wysokości brutto miesięcznego wynagrodzenia ogółem za techniczne utrzymanie. Z powyższego wynika, iż Zamawiający dokonał badania i oceny ofert, przyznał im punktację, jednak o tym fakcie nie poinformował wykonawców. Unieważnienie postępowania oparł natomiast na art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Zamawiający w trybie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, przy czym była to kwota łączna za całość zamówienia – 3 250 000 zł. Cena za realizację całego zamówienia wynikająca z oferty Odwołującego wyliczona przez Zamawiającego to 3.200.952 zł, a zatem nie przekracza kwoty podanej przez Zamawiającego. Tym samym ponieważ Zamawiający nie poinformował o wynikach dokonanej oceny ofert, uniemożliwił Odwołującemu zarówno ocenę jego własnej pozycji w rankingu ofert, jak i ewentualne wniesienie środków ochrony prawnej względem ofert wykonawców, którzy mogliby poprzedzać jego ofertę, jak również w zakresie czynności unieważnienia postępowania. Nie jest zatem wykluczone, aby Odwołujący uzyskał przedmiotowe zamówienie. Nie można bowiem uznać, iż jego pozycja w rankingu punktacji nie może ulec zmianie. Jego szkoda polega natomiast na pozbawieniu możliwości uzyskania zamówienia, jak również pozbawieniu informacji niezbędnych do oceny swojego statusu i zakresu uprawnień w postępowaniu.

Zdaniem Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż skoro Zamawiający przy otwarciu ofert podał w trybie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp kwotę łączną, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, bez rozbicia jej na poszczególne elementy, tj. koszty ochrony oraz utrzymania technicznego, to jest nią związany. W odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ustawodawca zagwarantował bowiem mechanizm uniemożliwiający jej nadużycie, zobowiązując Zamawiającego na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp do podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Chroni to wykonawców przed arbitralnym i nieuzasadnionym unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Gwarancyjną rolę kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia należy odnieść do zasady jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyrok KIO z dnia 27 października 2010 r. sygn. akt KIO/2238/10). Należy wskazać, iż obecne brzmienie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp usunęło dychotomię wynikającą z odmiennego sformułowania zawartego w art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. Zarówno przepis art. 93 ust. 1 pkt 4, jak i art. 86 ust. 3 ustawy Pzp posługują się obecnie sformułowaniem „zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”. Oznacza to zatem, iż kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to ta sama kwota, która jest podawana bezpośrednio przed otwarciem ofert (art. 86 ust. 3 ustawy Pzp). „Podana podczas otwarcia ofert kwota wiąże zamawiającego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jej nie przekracza. Wówczas unieważnienie postępowania na podstawie przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 jest niemożliwe. Przepis wskazuje przy tym, że do kwoty zamierzonej na wydatek z tytułu zamówienia porównywana jest nie tylko cena oferty najkorzystniejszej, ale i oferta z ceną najniższą. Oferta z najniższą ceną nie musi być najkorzystniejsza, jeśli zastosowano również pozacenowe kryteria oceny ofert. Jeśli jednak taka sytuacja ma miejsce i oferta najkorzystniejsza nie jest najtańsza, to jeśli kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia przekracza oferta najtańsza, to najkorzystniejsza tym bardziej. Porównanie wielkości posiadanych przez zamawiającego środków do ceny oferty innej niż najkorzystniejsza, choćby najtańszej, jest przy tym bezcelowe, gdyż wybrana zgodnie z art. 91 może być wyłącznie oferta najkorzystniejsza. Kwota, podana zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, nie wiąże natomiast zamawiającego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty ją przekracza. Wówczas, jeśli po dokonaniu odpowiednich korekt w budżecie zamawiający zabezpieczy wyższe środki na finansowanie zamówienia, nie będzie zobowiązany do unieważnienia postępowania. Nie jest natomiast możliwe w żadnej sytuacji, aby na podstawie komentowanej przesłanki zawartej w art. 93 ust. 1 pkt 4 unieważnić postępowanie, np. udowadniając, że od momentu podania podczas otwarcia ofert kwoty zamierzonej do wyboru najkorzystniejszej oferty zaszyły

nieprzewidywalne okoliczności, które zasadniczo ograniczyły możliwości finansowe zamawiającego. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które w poprzednim stanie prawnym taką sytuację dopuszczało, ze względu na zmianę przepisu i uzależnienie przesłanki od obwieszczonego zamiaru finansowego, stało się nieaktualne. Tym samym zamawiający, nie mając pieniędzy wskutek zdarzeń nieprzewidywalnych, nie ma podstaw do unieważnienia postępowania i jest obowiązany udzielić zamówienia, chyba że jednocześnie wystąpią okoliczności opisane w art. 93 ust. 1 pkt 6, dając tym samym podstawy do skorzystania z innej przesłanki unieważnienia” (*Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz do art. 93 ustawy Pzp, Lex 2010*). Należy zauważyć, iż w niniejszej sprawie Zamawiający nie kwestionuje, iż posiada środki w kwocie łącznej przekraczającą kwotę oferty kwalifikującej się jako najkorzystniejsza według punktacji ocenionej przez Zamawiającego jako nieprawidłowa, znajdują się one pod osobnymi pozycjami w planie rocznym, a zdaniem Zamawiającego nie ma możliwości przesunięcia między pozycjami. W ocenie Izby z uwagi na stan faktyczny sprawy i brzmienie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie może to stanowić podstawy unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający podał łączną kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia, które obejmuje ochronę fizyczną i utrzymanie techniczne, nie dopuścił składania ofert częściowych, a ponadto nie wykazał niedopuszczalności przesunięć pomiędzy pozycjami w planie finansowym przeznaczonymi na sfinansowanie zamówienia. Sam zresztą na rozprawie przyznał, iż nie jest wykluczone dokonanie korekt w planie finansowym.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 93 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wskazania podstaw prawnych czynności unieważnienia postępowania. Odwołujący w odwołaniu wskazał, powołując się na treść pisma Zamawiającego z 6 grudnia 2010 r., iż Zamawiający jako podstawę unieważnienia postępowania podał jedynie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Tym samym wszelkie inne opisane w tym piśmie informacje o przyczynach unieważnienia postępowania jako pozostające poza przesłankami i standardami określonymi ustawą Pzp nie mogły być przez Odwołującego uznane za skutecznie przekazane. Zgodnie z art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp o unieważnieniu postępowania zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający pismem z 6 grudnia 2010 r. poinformował jedynie art. 93 ust. 1 pkt 4 jako podstawę prawną unieważnienia postępowania. Wskazał, iż przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę łączną 3 250 000 zł z rozbiem na koszt ochrony i utrzymania technicznego w poszczególnych latach. W treści pisma stwierdzono: „Rozbicie kwoty łącznej było konieczne, gdyż w planie finansowym ochrona i techniczne utrzymanie występują pod osobnymi pozycjami. Ponieważ cena oferty, która zdobyła najwyższą liczbę

punktów przekracza kwotę przeznaczona na elementy technicznego utrzymania i postępowanie obarczone jest wadą (sposób punktacji) niepozwalającą na wybór oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny jednostkowej za 1 rbh ochrony za posterunek stały i na rowerach oraz wysokości brutto miesięcznego wynagrodzenia ogółem za techniczne utrzymanie, Zamawiający postanawia jak na wstępie". W oparciu o taką treść pisma Zamawiającego, zdaniem Izby, za słuszne należy uznać stanowisko Odwołującego co do braku wskazania pełnych podstaw prawnych czynności unieważnienia postępowania. W toku rozprawy oraz w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazywał, iż dodatkową podstawą, do której się odwołuje, jest art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, jednak sposób sformułowania treści pisma, choćby poprzez odniesienie się w końcowej części decyzji o unieważnieniu do podstawy tej decyzji określonej na wstępie (tj. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) – wskazuje na brak należytego uzasadnienia nie tylko prawnego, ale i faktycznego dla podjętej decyzji o unieważnieniu. Zawarte uzasadnienie faktyczne odwołuje się do pojęcia wady, ale nie wskazuje jednoznacznie, iż jest to wada uniemożliwiająca zawarcie umowy nie podlegającej unieważnieniu, a do takiej przesłanki referuje art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Izba podkreśla, iż wykazanie i udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy spoczywa zawsze na Zamawiającym, gdyż on wywodzi z nich skutki prawne. Zabezpieczeniu interesów wykonawców służy obowiązek podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności. Uzasadnienie to musi umożliwiać wykonawcy ocenę prawidłowości działań Zamawiającego i podjęcie decyzji o ewentualnym wniesieniu środków ochrony prawnej. W ocenie Izby sposób sformułowania treści pisma z 6 grudnia 2010 r. nie pozwala na jednoznaczne uznanie, iż decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania z innej przyczyny niż art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp była skuteczna. Oznaczałoby to bowiem faktyczne pozbawienie wykonawców możliwości wniesienia skutecznego odwołania, ponieważ treść pisma z 6 grudnia 2010 r. nie pozwalała na podjęcie merytorycznej polemiki ze stanowiskiem Zamawiającego. Jednocześnie jednak Izba stwierdza, iż działając w zakresie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, iż nie może orzekać co do zarzutów nie zawartych w odwołaniu (Odwołujący nie wskazywał na naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp), Izba nie rozstrzygała, czy w przedmiotowym stanie faktycznym rzeczywiście zachodzi przesłanka do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wskazuje jedynie, iż treść pisma z dnia 6 grudnia 2010 r. nie pozwala na przyjęcie, iż czynność taka w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp rzeczywiście została skutecznie przez Zamawiającego dokonana.

Co do naruszenia art. 92 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zawiadomienia o wyniku oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej Izba stoi na stanowisku, iż Zamawiający przed dokonaniem unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp winien takiej oceny ofert i wyboru dokonać, aby możliwa była weryfikacja przesłanek określonych w tym przepisie. Nie w każdej sytuacji zachodzić będzie konieczność badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej – dotyczy to sytuacji, gdy już oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W innych przypadkach należałoby uznać, iż konieczność dokonania takiego wyboru nadal zachodzi. W ocenie Izby przekazanie informacji o unieważnieniu następuje przede wszystkim w sposób zawarty w zawiadomieniu zgodnie z art. 93 ust. 3 ustawy Pzp. Z uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia winny zatem jednoznacznie wynikać przesłanki, które doprowadziły do decyzji o unieważnieniu postępowania, również w zakresie wyników badania i oceny ofert. Zgodnie z obecną treścią art. 92 ustawy Pzp zawiadomienie przekazywane po wyborze najkorzystniejszej oferty zawiera elementy, które w przypadku unieważnienia postępowania, gdy ma ono miejsce w tym samym czasie co wybór najkorzystniejszej oferty, nie mogą być podane (termin zawarcia umowy). Równocześnie jednak należy stwierdzić, iż literalnie art. 92 ustawy Pzp dotyczy ogólnie obowiązku zawiadomienia po wyborze najkorzystniejszej oferty, nie różnicując, czy skutkiem takiego wyboru jest zamiar zawarcia umowy, czy też jest to przesłanka niezbędna do ustalenia podstawy do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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), uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł.

Przewodniczący:

.....