

WYROK

z dnia 31 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Członkowie: Emil Kawa

Justyna Tomkowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 marca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Kliniczny im. Ks. Anny Mazowieckiej, 00-315 Warszawa, ul. Karowa 2** protestu z dnia 9 lutego 2010 r.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu przedmiotowego postępowania oraz nakazuje dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. Kosztami postępowania obciąża Szpital Kliniczny im. Ks. Anny Mazowieckiej, 00-315 Warszawa, ul. Karowa 2 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 uiszczanego przez **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13**;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Szpital Kliniczny im. Ks. Anny Mazowieckiej, 00-315 Warszawa, ul. Karowa 2** na rzecz **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;

- 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 **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13**

Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Kliniczny im. Ks. Anny Mazowieckiej, 00-315 Warszawa, ul. Karowa 2 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług telekomunikacyjnych”. Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu 17.06.2009 r. przekazaniem w drodze elektronicznej do publikacji ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE z dnia 19.06.2009 r. Nr 2009/S 116-167965. Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia ustalona przez Zamawiającego wyniosła, zgodnie z protokołem postępowania (druk ZP – 1)

864.000,00 zł, co stanowi równowartość kwoty 222.847,00 euro i jest większa od kwot określonych na podstawie przepisów wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Z protokołu postępowania (druk ZP – 1) wynika, iż otwarcie ofert w przedmiotowym postępowaniu nastąpiło 12.08.2009 r. o godzinie 10.30. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, w wysokości 1.054.080,00 zł brutto.

W dniu 05.01.2010 r. Zamawiający, po przeprowadzeniu powtórnej oceny ofert w wyniku wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1551/09) uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Odwołującego, który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za łączną cenę 1.001.333,44 zł brutto.

Podstawą wniesienia odwołania oraz poprzedzającego go protestu była czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, o której to czynności informację dnia 02.02.2010 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu.

W dniu 09.02.2010 r. na powyższą czynność Zamawiającego polegającą na unieważnieniu przedmiotowego postępowania Odwołujący wniósł pisemny protest zarzucając naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 oraz art. 41 pkt 15 ustawy Pzp i żądając unieważnienia czynności Zamawiającego obejmującej unieważnienie postępowania. Odwołujący w uzasadnieniu protest wskazał, iż Zamawiający pismem z dnia 02.02.2010 r. poinformował go, iż unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający poinformował ponadto, iż w treści ogłoszenia określił wartość szacunkową przedmiotu zamówienia na kwotę 864.000,00 zł bez podatku VAT. Zamawiający powołał się zarazem na fakt, iż kwota podana w ogłoszeniu uwzględniała wartość zamówień uzupełniających, dlatego cena oferty złożonej przez Odwołującego (w kwocie 820.765,12 zł netto) przekracza budżet Zamawiającego przeznaczony na realizację przedmiotowego zadania. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający popełnił błąd związany z ujawnioną w ogłoszeniu wartością przedmiotu zamówienia. Zgodnie z treścią art. 32 ust. 3 ustawy, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ustawy, przy ustalaniu wartości zamówienia winien on uwzględnić wartość zamówień uzupełniających. W takim jednak przypadku Zamawiający zobowiązany jest, zgodnie z art. 41 pkt 15 ustawy Pzp, do zawarcia w ogłoszeniu informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie zawarł ww. informacji w treści ogłoszenia o zamówieniu, tym samym bezpodstawne jest przywoływanie przez Zamawiającego zamiaru udzielenia zamówień uzupełniających, jako

podstawy do umniejszenia kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Takie działanie Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, narusza wprost art. 41 pkt 15 ustawy Pzp. Wszczęcie postępowania (rozumiane, jako publikacja ogłoszenia) należy traktować w kategoriach swego rodzaju przyrzeczenia publicznego, w którym Zamawiający zobowiązuje się udzielić zamówienia publicznego konkretnemu, wybranemu w postępowaniu podmiotowi, przy wypełnieniu określonych wymogów i przesłanek. W odniesieniu do podniesionego przez Zamawiającego w treści pisma z dnia 02.02.2010 r. faktu, iż zamówienia uzupełniające przewidziane były w treści SIWZ Odwołujący podniósł, iż powstała pomiędzy tymi dokumentami rozbieżność związana z różnym określeniem wartości przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny i orzecznictwa, wszelkie niejasności istniejące w dokumentacji postępowania nie mogą być wykorzystywane na niekorzyść wykonawców. Reguła ta, zdaniem Odwołującego, ustanawia swoistą wykładnię zapisów dokumentacji postępowania, która nakazuje przedkładać interes wykonawców ponad interes zamawiającego w przypadku istnienia niejasności w przygotowywanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania. Odwołujący wskazał, iż charakter rozstrzygający w niniejszym postępowaniu ma fakt, udokumentowany w treści protokołu postępowania, gdzie Zamawiający w trakcie czynności obejmującej otwarcie ofert potwierdził na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1.054.080,00 zł brutto. Kwota ta widnieje w treści protokołu postępowania. Obowiązek podania tej kwoty ma zapobiegać sytuacjom, w których zamawiający unieważnia postępowanie pod pretekstem braku środków finansowych. Jeżeli cena najkorzystniejszej oferty mieści się w kwocie podanej przed otwarciem ofert, Zamawiający nie może unieważnić postępowania z powodu braku środków. Zarazem zgodnie z utrwalonym już obecnie poglądem doktryny, kwota podawana przed otwarciem ofert, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to kwota tylko zamówienia podstawowego (bez zamówień uzupełniających). Należy zauważyć, zdaniem Odwołującego, iż kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest kwotą odnoszącą się wyłącznie do podstawowego postępowania (w ramach którego następuje otwarcie ofert), nie zaś do przyszłych i niepewnych zamówień udzielanych w oparciu o odrębnie prowadzone postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ustawy Pzp. Zawarte w art. 32 ustawy Pzp odstępstwo, w zakresie sumowania wartości zamówień podstawowych i uzupełniających, zostało wprowadzone do ustawy Pzp wyłącznie celem przeciwdziałania możliwości dzielenia zamówień na dwa odrębne postępowania (podstawowe i uzupełniające) w celu uniknięcia stosowania niektórych przepisów ustawy w zależności od wartości przedmiotu zamówienia. Jak zostało wskazane w treści uzasadnienia protestu naruszeniem ustawy Pzp jest także spóźnione podjęcie przez Zamawiającego czynności polegającej na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4. Zamawiający winien bowiem w dacie wyboru oferty najkorzystniejszej dokonać ewentualnego, równoczesnego

unieważnienia postępowania z powodu zbyt wysokiej ceny. W dacie tej znana jest wysokość oferty najkorzystniejszej. Unieważnianie postępowania po prawomocnym wyborze wykonawcy oraz po pierwszych ustaleniach na temat daty podpisania umowy, może budzić poważne wątpliwości, co do rzeczywistych intencji Zamawiającego. Odwołujący podniósł, iż każda decyzja o unieważnieniu postępowania godzi w uzasadnione interesy wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i składających oferty, zatem to na Zamawiającym ciąży obowiązek szczególnie starannego przeanalizowania i udowodnienia, czy sytuacja będąca powodem unieważnienia postępowania spełnia ustawowe przesłanki. Odwołujący wskazał również, iż jak wspomniano powyżej, zgodnie z art. 41 pkt 15 ustawy Pzp w ogłoszeniu o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający winien zawrzeć informację o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, jeżeli przewiduje udzielenie takich zamówień. Jednak fakt pominięcia takiej informacji w treści ogłoszenia nie zamyka zamawiającemu drogi do zgodnego z prawem udzielenia zamówienia uzupełniającego, ponieważ zgodnie z przepisem art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przesłanką wystarczającą do zastosowania zamówienia z wolnej ręki w przypadku zamówień uzupełniających jest przewidzenie takiej możliwości w treści SIWZ. Pomimo wadliwości działania Zamawiającego w tym zakresie nie będzie on pozbawiony możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego w przyszłości. Konkludując Odwołujący wskazał, iż w art. 93 ust. 4 Ustawy zastrzeżono dla wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty, w przypadku gdy unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego następuje z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Powyższe jest jedną z uregulowanych w ustawie Prawo zamówień publicznych form zabezpieczenia wykonawców przed nadużywaniem przez zamawiającego tej instytucji. Odwołujący zwrócił uwagę w treści uzasadnienia protestu także na to, iż zgodnie z art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

Biorąc pod uwagę wyżej wymienione okoliczności, zdaniem Odwołującego, należy uznać, iż jego interes prawny doznał uszczerbku wskutek bezzasadnego unieważnienia postępowania, co uniemożliwiło mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył on najkorzystniejszą ofertę.

W dniu 19.02.2010 r. na podstawie 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r, Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) Zamawiający

oddalił protest w całości uznając go za bezzasadny. W uzasadnieniu powyższego rozstrzygnięcia Zamawiający wskazał, że w ogłoszeniu o zamówieniu, które zostało przekazane do publikacji w dniu 17.06.2009 r. w sekcji „Całkowita wielkość zamówienia” podał do wiadomości szacunkową wartość 720.000,00 PLN (bez podatku VAT), zgodnie z otrzymanym „Wnioskiem o rozpoczęcie postępowania przetargowego”. W związku z faktem, iż w SIWZ przewidziano możliwość udzielenia w przyszłości zamówień uzupełniających do wartości 20% zamówienia podstawowego, co nie zostało ujęte w pierwotnym szacunku, postanowiono, iż wraz ze zmianą ogłoszenia wynikającą z modyfikacji przedmiotu zamówienia, dokona się zmiany treści działu, w którym została określona wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia. Dokonanie tej zmiany wynikało z konieczności publikacji wartości szacunkowej zamówienia wraz z przewidywanymi zamówieniami uzupełniającymi. W związku z powyższym w dniu 13.07.2009 r. przekazano do publikacji ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, w którym podano do wiadomości szacunkową wartość w wysokości 864.000,00 bez VAT z jednoczesną adnotacją na „Wniosku o rozpoczęcie postępowania przetargowego” o zamówieniach uzupełniających. Zdaniem Odwołującego formularz ogłoszenia, który wypełnia się w celu przesłania do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich nie zawiera miejsca, w którym zaznacza się, iż Zamawiający przewiduje zamówienia uzupełniające. W związku z tym, informacja o zamówieniach uzupełniających pozostała tylko w SIWZ. Zdaniem Zamawiającego nie można w tej sytuacji twierdzić, iż istnieje rozbieżność ogłoszenia ze SIWZ. Co za tym idzie, wszyscy Wykonawcy czytając ogłoszenie i SIWZ wiedzieli, iż Zamawiający przewiduje zamówienia uzupełniające, a kwota podana - w ogłoszeniu o zamówieniu jest kwotą uwzględniającą te zamówienia. Zamawiający poinformował, iż uwzględniając wyrok Krajowej Izby Odwoławczej dokonał powtórnej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wskazał, że cena wybranej oferty przekraczała kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na realizację podstawowego zakresu usługi i w związku z powyższym została przeprowadzona analiza ekonomiczna pod kątem możliwości dokonania przesunięcia środków finansowych na pokrycie zobowiązań umownych. Jednocześnie Dział Zamówień Publicznych przygotowywał treść umowy. W związku z ostatecznym uzyskaniem informacji z działu ekonomiczno - finansowego, iż w obecnej sytuacji finansowej Szpital nie posiada możliwości przesunięcia środków, powiadomiono Wykonawcę o unieważnieniu postępowania na podstawie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający przytoczył fragment uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 107/08) w treści którego Izba wskazała, że: „Czynność w postaci ewentualnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 następuje dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej skarżący ma interes prawny w domaganiu się ochrony prawnej. Unieważnienie jest, bowiem dalszym etapem

postępowania, od której to czynności również przysługiwałyby środki ochrony prawnej w postaci protestu, odwołania, ewentualnie skargi". Zgodnie z ww. wyrokiem, na który także powołuje się Protestujący, Zamawiający powinien możliwie szybko poinformować o unieważnieniu postępowania od powzięcia informacji o niemożności dokonania przesunięcia środków finansowych, zatem właściwe jest skrócenie tej drogi poprzez ujawnienie, którą ofertę uznano za najkorzystniejszą i równoczesne (w tym samym piśmie) unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych jest dopuszczalne (skoro Zamawiający ma wiedzę, iż nie jest w stanie zwiększyć ilości środków).

W podsumowaniu Zamawiający wskazał, iż w odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy ustawodawca zagwarantował mechanizm uniemożliwiający jej nadużycie zobowiązując Zamawiającego na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy do podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy nakazuje unieważnienie postępowania, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (wyrok KIO z dnia 25.02.2008 r., sygn. akt KIO/UZP/107/08). Zdaniem Zamawiającego niekwestionowana jest w orzecznictwie KIO doktryna, iż ustalenie wartości szacunkowej jest obowiązkiem Zamawiającego, tak jak podanie tej kwoty do wiadomości Wykonawców w trakcie czynności otwarcia ofert,

Zamawiający wskazał, iż nie widzi możliwości zwiększenia wysokości wskazanej kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotowego zamówienia, zatem zachodzi przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy i na potwierdzenie swojej argumentacji wskazał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.02.2008 (sygn. akt KIO/UZP 107/08) oraz wyrok z dnia 18.02.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 87/08).

Odwołujący w dniu 26.02.2010 r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W uzasadnieniu Odwołujący powtórzył żądania zawarte w proteście i zarzucił Zamawiającemu bezprawne unieważnienie postępowania naruszające art. 93 ust. 1 pkt 4 oraz naruszenie art. 41 pkt 15 ustawy. Odwołujący wniósł o nakazanie przez Izbę unieważnienia wadliwej czynności Zamawiającego. Odwołujący wskazał w uzasadnieniu, że Zamawiający w treści ogłoszenia określił wartość szacunkową przedmiotu zamówienia na kwotę 864.000,00 zł bez podatku VAT (ogłoszenie nie przewidywało możliwości udzielenia zamówień uzupełniających). Zarazem zgodnie z treścią protokołu postępowania Zamawiający w trakcie czynności obejmującej otwarcie ofert potwierdził na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 864.000 zł bez podatku VAT. Kwota ta widnieje w treści protokołu postępowania jako kwota 1.054.080,00 zł brutto. W wyniku oceny ofert, poprzedzonej wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2009 roku, Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego zawierającej

cenę 820.765,12 złotych netto. Następnie strony ustaliły termin podpisania umowy oraz inne szczegóły związane z rozpoczęciem wykonywania umowy.

Odwołujący dodał, iż Zamawiający dysponuje środkami niezbędnymi do podpisania umowy z Odwołującym. Zabezpieczona kwota została przez Zamawiającego dwukrotnie wskazana, w ogłoszeniu o zamówieniu oraz przed otwarciem ofert. Ponadto, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie może zrezygnować z nabycia usług telekomunikacyjnych, dlatego próba unieważnienia niniejszego postępowania godzi w zasadę uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania zostało ponadto podniesione, iż każda decyzja o unieważnieniu postępowania godzi w uzasadnione interesy wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i składających oferty, zatem to na Zamawiającego ciąży obowiązek szczególnie starannego przeanalizowania i udowodnienia czy sytuacja będąca powodem unieważnienia postępowania spełnia przesłanki unieważnienia postępowania.

Odwołujący wskazał, iż jak wspomniano powyżej, zgodnie z art. 41 pkt 15 ustawy Pzp w ogłoszeniu o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający winien zawrzeć informację o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, jeżeli przewiduje udzielenie takich zamówień. Jednak fakt pominięcia takiej informacji w treści ogłoszenia nie zamyka zamawiającemu drogi do zgodnego z prawem udzielenia zamówienia uzupełniającego, ponieważ zgodnie z przepisem art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, przesłanką wystarczającą do zastosowania zamówienia z wolnej ręki w przypadku zamówień uzupełniających jest przewidzenie takiej możliwości w treści SIWZ. Pomimo wadliwości działania Zamawiającego w tym zakresie nie będzie on pozbawiony możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego w przyszłości.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, treścią oferty Odwołującego, jak również po zapoznaniu się z protestem, rozstrzygnięciem protestu, odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie złożoną na rozprawie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, 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 ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, Odwołującemu, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w przypadku braku unieważnienia przedmiotowego postępowania przez Zamawiającego przysługiwałoby roszczenie o zawarcie umowy. Oznacza to, iż w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz nakazania powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwagi na przedłożenie oferty najkorzystniejszej Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści protokołu postępowania, treści oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, treści SIWZ wraz z załącznikami oraz ze stanowisk stron złożonych na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację postępowania, tj. ogłoszenie o zamówieniu, protokół postępowania wraz z załącznikami (SIWZ, ofertę złożoną w przedmiotowym postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencję pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie publiczne).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Izba uznała za zasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie ww. zarzutu:

Izba ustaliła w oparciu o treść protokołu postępowania, iż bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, w wysokości 1.054.080,00 zł brutto (druk ZP – 1).

Izba ustaliła ponadto, iż w dniu 05.01.2010 r. Zamawiający, po przeprowadzeniu powtórnej oceny ofert w wyniku wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1551/09) uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Odwołującego, który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za łączną cenę 1.001.333,44 zł brutto.

W dniu 02.02.2010 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Odwołującego, że unieważnia przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Izba uznała zasadność argumentacji Odwołującego wraz z przywołanym na jej potwierdzenie w odwołaniu orzecznictwem i dowodami z dokumentacji postępowania wskazanymi przez stronę.

Institucja unieważnienia postępowania ma znamienny wpływ na los postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skutki jakie wywołuje dla jego uczestników przesądzają o tym, iż obowiązek wykazania, iż czynność ta znalazła dla określonego postępowania swoje prawne i faktyczne uzasadnienie spoczywa każdorazowo na zamawiającym. Tym samym wykazanie i udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy spoczywa zawsze na zamawiającym i stosownie do treści art. 93 ust. 3 ustawy Pzp fakt ten powinien zostać jednocześnie uzewnętrzniony wszystkim wykonawcom. Niewątpliwie nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszakże sam fakt ogłoszenia postępowania lub przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert i złożenie w danym postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu przez wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu z postępowania powinno skutkować zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie, ze względu na podstawę unieważnienia przedmiotowego postępowania, istotne jest wskazanie, iż wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji błędów i zaniedbań zamawiającego, zaś w przypadku ich wystąpienia winny być one każdorazowo odczytywane i interpretowane na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazaną przez Zamawiającego w piśmie z dnia 02.02.2010 r. podstawą prawną unieważnienia przedmiotowego postępowania jest art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, który stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy ustawodawca zagwarantował mechanizm uniemożliwiający jej nadużycie zobowiązując zamawiającego na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy do podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Chroni to wykonawców przed arbitralnym i nieuzasadnionym unieważnieniem przez zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na fakt, że kwota najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zaś art. 86 ust. 3 ustawy nakazuje zamawiającemu podanie bezpośrednio przed składaniem ofert kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Istotą różnicy sformułowań określonych w wyżej wskazanych przepisach ustawy jest stworzenie możliwości dokonania zmian finansowych w okresie pomiędzy datą otwarcia ofert a datą rozstrzygnięcia postępowania o zamówienie publiczne. Wskazana okoliczność powoduje, że kwota jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie może być niższa od kwoty podanej bezpośrednio przed otwarciem ofert, jednakże nic nie stoi na przeszkodzie, aby kwota ta była kwotą wyższą. Decydującym argumentem za obligatoryjnością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jest kwota wynikająca z chwili otwarcia ofert. Prawo roszczenia wykonawcy do pozytywnego zakończenia postępowania zatrzymuje się na kwocie podanej na otwarciu ofert przez zamawiającego. Gwarancyjna rola kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia ma ten skutek, iż jest ona kwotą minimalną, gwarantującą przejrzystość postępowania i chroniącą interesy wykonawców.

Obowiązkiem Zamawiającego na etapie przygotowania postępowania (Rozdział 2 ustawy Pzp) jest ustalenie wartości zamówienia, zgodnie z procedurami wskazanymi w art. 32 – 35 ustawy Pzp. Ustalenie powyższej wartości ma znamienny wpływ na sposób przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Decyduje m. in. o wyborze trybu postępowania, miejsca ogłoszenia, terminów związania ofertą i składania ofert oraz katalogu czynności, co do których przysługuje środek ochrony prawnej w postaci odwołania. Jednakże szacunkowa wartość zamówienia nie ma żadnego wpływu na ocenę prawną i faktyczną zasadności zastosowania instytucji uregulowanej w art. 93 ust. 1 pkt 4

ustawy Pzp. Umieszczenie przepisów dotyczących szacowania wartości zamówienia w Rozdziale 2 ustawy zatytułowanym „Przygotowanie postępowania” oznacza, iż ustalenie tej wartości ma na celu przygotowanie postępowania pod względem formalnym i proceduralnym (wybór trybu, miejsce publikacji ogłoszenia, terminy składania ofert, obowiązek żądania dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, termin związania ofertą, terminy i zakres czynności objętych poszczególnymi środkami ochrony prawnej) i nie odnosi się do samej czynności obejmującej badanie i ocenę ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej i w konsekwencji samej czynności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe czynności dokonywane są w toku postępowania i podlegają w szczególności regulacjom zawartym w Rozdziale 4 ustawy Pzp zatytułowanym „Wybór najkorzystniejszej oferty”. W tym rozdziale ustawy Pzp została uregulowana instytucja unieważnienia postępowania oraz został w art. 86 ust. 3 zawarty obowiązek podania bezpośrednio przez otwarciem ofert kwoty, jaka zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Tym samym Izba nie podziela poglądu reprezentowanego przez Zamawiającego, że na fakt unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp jakkolwiek wpływ ma szacunkowa wartość zamówienia oraz sposób dokonania szacowania tej wartości. Czynność ustalania szacunkowej wartości zamówienia jest całkowicie irrelevantna w odniesieniu do uregulowanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przesłanki. Jedynie kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy Pzp oraz kwota, jaka może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp mają wpływ na spełnienie lub brak spełnienia przesłanki skutkującej unieważnieniem postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba pragnie ponadto zwrócić uwagę na fakt, iż Zamawiający w rozdziale XIII (Sposób obliczenia ceny) w pkt 2 wskazał, że: „Wyliczona przez Wykonawcę zgodnie ze wskazówkami Zamawiającego cena oferty w pozycji „koszty połączeń” będzie brana pod uwagę tylko do porównania złożonych ofert. Wartość umów stanowić będzie iloczyn faktycznie wykonanych połączeń danego rodzaju i poszczególnych cen określonych przez Wykonawcę w załączonym do oferty formularzu cenowym. Poza tym wartość umów obejmuje jednorazowej opłaty aktywacyjne wymienione w formularzu cenowym oraz miesięczne abonamenty płacone przez okres obowiązywania umowy”. Tym samym ustalona dla każdego rodzaju połączeń (lokalnych, międzystrefowych, komórkowych, międzynarodowych i pozostałych) średnia miesięczna jest wartością szacunkową czasu połączeń dla ww. jednostki czasu. Również pkt 10 zawarty w Rozdziale XVI SIWZ (Istotne postanowienia umowy) wskazuje, iż rozliczanie połączeń będzie się odbywało w oparciu o faktycznie zrealizowane usługi. Powyższe wskazuje, iż koszty połączeń na etapie realizacji umowy będą rozliczana w oparciu o faktyczne ilości połączeń i na etapie postępowania nie jest możliwe

ustalenie, jakie faktycznie koszty poniesie Zamawiający w trakcie realizacji umowy. Tym samym nie jest możliwe ustalenie, czy wskazana przed otwarciem ofert kwota 1.054.080,00 zł brutto jest kwotą wystarczającą na sfinansowanie usług na etapie ich realizacji, gdyż faktyczne koszty mogą być zarówno wyższe (zwiększenie zakresu przedmiotowego na podstawie art. 67 ustawy Pzp), jak również niższe (zmniejszenie zakresu przedmiotowego) niż określone w ofercie Odwołującego dla pozycji „koszty połączeń”. Ponadto, biorąc pod uwagę termin wykonania zamówienia wynoszący 48 miesięcy (Rozdział IV SIWZ) trudno jest założyć, iż wyliczona przez Zamawiającego na podstawie liczby połączeń z ostatnich 3 miesięcy (Rozdział III SIWZ) frakcja połączeń systemu telekomunikacyjnego odzwierciedla faktyczne potrzeby Zamawiającego dla tak długiego okresu realizacji przedmiotu umowy. Tym samym, jak zostało wyżej wskazane, ostateczna wartość umowy na zakończenie roku obrotowego nie musi przekroczyć wartości wyliczonej w oparciu o wskazówki zawarte w pkt 2 Rozdziału XIII SIWZ. Powyższe, zdaniem Izby znajduje swoje odzwierciedlenie w podanej przed otwarciem ofert wartości, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, gdyż kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie musi odpowiadać kwocie jaką faktycznie przeznaczy na etapie realizacji zamówienia. Wszakże dane do wyliczenia przez wykonawców ceny za połączenia opierają się na szacunkowych ilościach i nie jest możliwe określenie ich dla okresu 4 lat, tj. okresu obowiązywania umowy. Rzeczywiste koszty będą wynikały z rzeczywiście wykorzystanego czasu połączeń każdego rodzaju i w kolejnych latach realizacji umowy mogą ulec zarówno zwiększeniu, jak i zmniejszeniu. Tym samym koszty realizacji przedmiotowej usługi składają się zarówno z elementów o ustalonej z góry wartości (opłaty jednorazowe, opłaty abonamentowe) oraz z elementów, których wartość zależna będzie od zdarzeń przyszłych i niepewnych, tj. od faktycznie wykonanych połączeń międzynarodowych, komórkowych, lokalnych i międzystrefowych (koszty połączeń).

W związku z powyższym Izba uznała, iż kwota podana przed otwarciem ofert, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie utraciła swojego gwarancyjnego charakteru w odniesieniu do roli, jaką pełni w zakresie przesłanki skutkującej koniecznością unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Ponadto fakt jej podania w wysokości 1.054.080,00 zł brutto przed otwarciem ofert nie został w niniejszym postępowaniu zanegowany przez Zamawiającego. Na rozprawie Zamawiający stwierdził, iż przed otwarciem ofert zastrzegł, iż powyższa kwota obejmuje również wartość zamówień uzupełniających. Powyższy fakt nie został przez Zamawiającego wykazany żadnym środkiem dowodowym. Jednakże, zdanie Izby, jego wykazanie nie mogłoby mieć wpływu na przedmiotowe rozstrzygnięcie. Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia podstawowego za cenę 1.001.333,44 zł brutto. Biorąc pod uwagę fakt, iż faktyczny zakres zamówienia w odniesieniu do liczby i rodzaju połączeń jest na etapie postępowania trudny do ustalenia –

został określony przez Zamawiającego jako szacunkowy. Jak wyżej wskazano na etapie realizacji umowy ilość ta może ulec zarówno zwiększeniu, jak i zmniejszeniu. W przypadku zwiększenia tej ilości Zamawiającemu, zgodnie z informacją podaną przed otwarciem ofert na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, pozostanie rezerwa w wysokości 52.746,56 zł brutto, którą będzie mógł wydatkować po przeprowadzeniu postępowania w trybie konkurencyjnym lub trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ustawy Pzp (zamówienia uzupełniające). Tym samym, zdaniem Izby, bez znaczenia jest powoływanie się przez Zamawiającego na dowód w postaci planu kosztów na rok 2010. Powyższy dokument wyznacza jedynie limit środków zarezerwowanych w budżecie Zamawiającego na pierwszy rok realizacji usługi świadczenia usług telekomunikacyjnych. Oznacza to, iż nie sposób przyjąć na podstawie tego dokumentu, że Zamawiający nie będzie w stanie ponieść finansowego ciężaru zobowiązania w latach następnych. Na kolejne lata, zgodnie z poczynionym zobowiązaniem, Zamawiający winien zapewnić w budżecie na świadczenie usług telekomunikacyjnych taką kwotę, jaka wynika z zawartej przez niego umowy. Wszakże coroczny plan finansowy winien uwzględniać już zaciągnięte przez Zamawiającego zobowiązania oraz uwzględniać zobowiązania planowane i nie można założyć, iż na tym etapie postępowania zaszła w sytuacji ekonomicznej Zamawiającego trudna do przewidzenia zmiana powodująca, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie może opierać się na domniemaniach i przypuszczeniach, tym samym przesłanka ta powinna zostać spełniona w momencie podjęcia decyzji o unieważnieniu. Jak wyżej wskazano trudno jest na tym etapie postępowania założyć jakie koszty w zakresie połączeń (lokalnych, komórkowych, międzynarodowych, międzystrefowych itd.) Zamawiający będzie zmuszony ponieść, jak również trudno założyć jakimi środkami Zamawiający będzie dysponował na tego rodzaju usługi w następnych latach realizacji usługi.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie znalazła podstaw do uznania, iż zasadne było unieważnienie przedmiotowego postępowania. W związku z powyższym, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 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.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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:

.....

.....

