

Sygn. akt: KIO 1582/12

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu **6 sierpnia 2012 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 lipca 2012 r.** przez wykonawcę **Stanisława Modlińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Centrum Podróży Air Club Stanisław Modliński ul. Senatorska 28, 00-095 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Ośrodek Rozwoju Edukacji Al. Ujazdowskie 28, 00-478 Warszawa,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie,

1.1. nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia Nr 4 w ramach zawartej umowy ramowej 488/ZZP/2012 z dnia 14 maja 2012 r. na „Organizację konferencji i spotkań” i dokonanie ponownej oceny w tym zakresie.

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Ośrodek Rozwoju Edukacji Al. Ujazdowskie 28, 00-478 Warszawa,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Stanisława Modlińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Centrum Podróży Air Club Stanisław Modliński ul. Senatorska 28, 00-095 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Skarbu Państwa - Ośrodka Rozwoju Edukacji Al.**

Ujazdowskie 28, 00-478 Warszawa na rzecz wykonawcy **Stanisława Modlińskiego** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **Centrum Podróży Air Club Stanisław Modliński ul. Senatorska 28, 00-095 Warszawa**, kwotę **18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 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 Skarb Państwa – Ośrodek Rozwoju Edukacji w Warszawie przeprowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na zawarcie umowy ramowej w trybie art. 99 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych na „Organizację konferencji i spotkań – umowa ramowa”. Ogłoszenie na zawarcie umowy ramowej zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 grudnia 2011 r., pod numerem 2011/S 244-396169. Zawarcie umowy ramowej nr 488/ZZP/12 z 3 wykonawcami, między innymi z odwołującym nastąpiło w dniu 14 maja 2012 r.

Odwołanie zostało wniesione w dniu 25 lipca 2012 r. w formie pisemnej (w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym) przez wykonawcę Stanisława Modlińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Centrum Podróży Air Club Stanisław Modliński z siedzibą w Warszawie. Podstawą wniesienia odwołania była czynność zamawiającego unieważnienia zamówienia realizacyjnego nr 4 na organizację konferencji i spotkań, o której odwołujący został powiadomiony w formie elektronicznej w dniu 17 lipca 2012 r.

Wobec podjętych czynności oraz zaniechania czynności nakazanych ustawą odwołujący zarzucił zamawiającemu Skarbowi Państwa - Ośrodkowi Rozwoju Edukacji w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej ustawą Pzp, tj.:

1. art. 7 ust. 1 ustawy,
2. art. 91 ust. 1 i 2, art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania poprzez bezpodstawne unieważnienie przedmiotowego postępowania i zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego.

Powołując się na swój interes w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że zamawiający poprzez unieważnienie postępowania i co za tym idzie zaniechanie zawarcia umowy z

odwołującym naruszył jego interes (jako wykonawcy) w uzyskaniu i realizacji zamówienia. Jednocześnie zarzucił, że zamawiający uchybił przepisom ustawy Pzp i na skutek tego odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wyjaśniał, że 21 czerwca 2012 r. otrzymał zaproszenie do złożenia w oferty w terminie do dnia 4 lipca 2012 r. Oferty złożyło 3 wykonawców. W dniu 17 lipca 2012r. zamawiający poinformował wykonawców, że unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, że wprawdzie zamawiający zasadnie przypuszcza, iż jego działanie spowoduje odpowiedzialność odszkodowawczą, to jednak art. 94 ust. 4 ustawy Pzp nie stanowi podstawy do unieważnienia postępowania. Dlatego błąd ten sam w sobie uznał za wystarczający do uwzględnienia odwołania. Przyjmując jednak, iż zamawiający miał na myśli unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - to odwołujący argumentował nadal, że subsumcja dokonana przez zamawiającego jest błędna i narusza tak zasady jak i szczegółowe przepisy prawa zamówień publicznych. Zamawiający bowiem w uzasadnieniu kwestionowanej czynności podał, że „cena najkorzystniejszej (ważnej) oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (cena oferty wykonawcy Centrum Podróży Air Club Stanisław Modliński wynosi 3 821 012,09 zł.). Kwota jaką dysponuje zamawiający na realizację tego zamówienia, wynosi 1 800 000,00 zł brutto.” W treści pisma zamawiający poinformował także, że odrzucił ofertę złożoną przez KDK sp. z o.o. oraz ofertę złożoną przez PSDB sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Odwołujący zaznaczał, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wymaga, by zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej - czynność ta została dokonana, jednak brak pozostałych przesłanek warunkujących unieważnienie postępowania. Z informacji z dnia 17 lipca 2012 r. jednoznacznie wynika, iż cena najkorzystniejszej oferty (ważnej) przewyższa kwotę 1 800 000,00 zł (...). Zamawiający wskazał jednoznacznie, iż jest to jedyna skutecznie złożona oferta - oferty konkurencyjne zostały odrzucone. Zdaniem odwołującego, zamawiający wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert nie podał kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Uchybienie to nie wpływa jednak na skutki prawne jakie wynikają z prowadzonego postępowania. W szczególności okoliczność ta nie stanowi podstawy unieważnienia postępowania i nie wpływa na ważność umowy, która ma być zawarta. Odwołujący przekonywał, że ze względu na fakt, iż zamówienie realizacyjne nr 4 jest zamówieniem w ramach umowy ramowej, zatem wiadomym jest, jaką kwotą dysponuje zamawiający – gdyż jest to kwota nie mniejsza niż kwota wskazana w umowie ramowej pomniejszona o kwoty wydatkowane wcześniej na zamówienia udzielane w ramach tejże umowy ramowej.

Zdaniem odwołującego z umowy ramowej wynika, iż zamawiający na realizację zamówienia objętego umową ramową przeznaczył kwotę 5 826 522,67 zł brutto. Środki te winny być wydatkowane do dnia 31 grudnia 2013 r. Zgodnie z pkt V SIWZ zamówienie na podstawie umowy ramowej będzie realizowane do dnia 31 grudnia 2013 r. lub do wyczerpania kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na realizację umowy ramowej. Łączna wartość dotychczas zawartych umów wynosi 90 187,17 zł brutto, co oznacza, że zamawiający dysponuje kwotą 5 736 333,50 zł brutto, którą może przeznaczyć na wykonanie zamówienia. Wynika to z faktu, iż do dnia wniesienia niniejszego odwołania, w ramach umowy ramowej zamawiający zawarł trzy umowy szczegółowe - realizacyjne:

- a. zamówienie nr 1: umowa z KDK sp. z o.o. na kwotę 34 864,65 zł brutto,
- b. zamówienie nr 2: umowa z Centrum Podróży Air Club Stanisław Modliński na kwotę 31 199,25 zł brutto,
- c. zamówienie nr 3: umowa z PSDB sp. z o.o. na kwotę 24 123,27 zł brutto.

Odwołujący wskazywał, iż z terminu realizacji zamówienia (pkt V SIWZ) wynika, że zamawiający może wyczerpać tę kwotę wcześniej niż do 31 grudnia 2013 r. Z treści umowy ramowej wynika, iż wartość umowy ramowej nie jest rozłożona równo na wszystkie planowane zamówienia, a jej realizacja może zakończyć się przed końcem bieżącego roku. Tym samym, w ocenie odwołującego, skoro oferta odwołującego opiewała na cenę niższą niż 5 736 333,50 zł brutto, czyli niższą niż kwota, którą zamawiający realnie dysponuje, to unieważnienie postępowania jest niedopuszczalne. Odwołujący argumentował, że unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne należy traktować jako czynność wyjątkową. Celem prowadzenia postępowania jest zawarcie umowy i zrealizowanie zamówienia. W konsekwencji wykładnia przesłanek unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne musi być dokonywana zawężająco. Dlatego też, w przypadku unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp należy dokonać dodatkowych czynności polegających - w uproszczeniu - „na poszukiwaniu środków finansowych”. Odwołujący przytoczył opinię Urzędu Zamówień Publicznych („Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a obowiązek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych”), która podaje:

- a. „Nałożenie na zamawiającego ustawowego obowiązku podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia rodzi istotne skutki prawne. Rozwiązanie to zwiększa bowiem jawność postępowania oraz uniemożliwia zamawiającym arbitralne unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. (...)
- b. Reasumując, zamawiający nie jest zobowiązany do unieważniania postępowania w każdym przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza równowartość kwoty, którą

planował przeznaczyć na realizację zamówienia. 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.

c. 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.”

W opinii odwołującego, w niniejszej sprawie zamawiający nie wykazał, iż dokonał jakichkolwiek czynności zmierzających do (jak to wyżej nazwał) „poszukiwania środków finansowych”. Co więcej, zgodnie z wcześniejszą podnoszoną argumentacją poszukiwania takie były zbędne, gdyż zamawiający dysponuje środkami na zrealizowanie zamówienia nr 4 w kwocie nie mniejszej niż 5 736 333,5 zł. Zamawiający dopiero w piśmie z dnia 17 lipca 2012 r. powołał się na to, iż na realizację Zamówienia nr 4 przeznaczył kwotę 1 800 000 zł brutto. Oświadczenie to uznał odwołujący za nieprawdziwe, gdyż:

1. Po pierwsze zamawiający dysponuje kwotą 5 736 333,50 zł, co wynika bezpośrednio z zawartych umów.

2. Po drugie zamawiający znając kwoty wynikające z ofert poprzedzających zawarcie umowy ramowej nie mógłby ustalić wartości szacunkowej Zamówienia nr 4 na kwotę 1 800 000,- zł. – ustalenie takie w opinii odwołującego, byłoby przejawem skrajnej niekompetencji lub co gorsza świadomą próbą wpłynięcia na wynik przetargu publicznego, co jest działaniem spenalizowanym w polskim systemie prawa.

3. W ramach Zamówienia nr 4 Air Club zaoferował ceny analogiczne do tych, które wskazał w ofercie złożonej w postępowaniu w celu zawarcia umowy ramowej na organizację konferencji i szkoleń. W konsekwencji swe usługi wycenił na kwotę 3 821 012,09 zł brutto. Wobec tego, zamawiający posiadał wiedzę o maksymalnej cenie oferty, którą może złożyć odwołujący w ramach zamówień szczegółowych i winien zabezpieczyć na realizację zamówienia taką kwotę, która umożliwi wykonawcom, którzy podpisali umowę ramową - realizację zamówienia. W innym przypadku zawarcie umowy ramowej z Air Club miałyby wyłącznie charakter iluzoryczny i sprzeczny z założeniami ustawy. Air Club złożył ofertę zgodnie z SIWZ i na podstawie cen rynkowych, a mimo to cena jego oferty o ponad 2 miliony złotych przekracza kwotę, którą zamawiający przywołał w informacji z dnia 17 lipca 2012 r.

Za istotne w tej sprawie okoliczności, poczytał odwołujący, iż zgodnie z pkt. 1.3 SIWZ

zamawiający dopuścił udzielenie zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec powyższego zamawiający przy ustalaniu wartości zamówienia zobowiązany był uwzględnić wartość zamówień uzupełniających - dlatego wskazana przez zamawiającego kwota 1 800 000,00 zł, wydała się odwołującemu niewiarygodna i podana w jedynie dla uzasadnienia unieważnienia postępowania. Całą swoją argumentację uznał odwołujący za potwierdzenie, iż unieważnienie postępowania o udzielanie Zamówienia nr 4 zostało dokonane bezprawnie. Podanie w informacji z 17 lipca 2012 r. kwoty 1 800 000,00 zł – jako możliwości finansowych zamawiającego, odwołujący przyjął jako niedającą się obronić próbę nadania unieważnieniu postępowania pozorów legalności. Podtrzymał, że unieważnienie postępowania jest naruszeniem prawa, dlatego czynność ta winna być unieważniona, a umowa winna być zawarta z odwołującym.

Podsumowując, wnosił o uwzględnienie odwołania, gdyż złożył ofertę zgodną z wymaganiami zamawiającego zawartymi w umowie ramowej i w SIWZ oraz poniósł znaczne koszty związane z przygotowaniem oferty (w szczególności związane z rezerwacją miejsc w hotelach), zatem:

1. oferta odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą,
2. brak podstaw do unieważnienia postępowania, gdyż jak wynika z zawartej umowy ramowej - zamawiający ma środki na sfinansowanie zamówienia,
3. należy unieważnić unieważnienie postępowania,
4. zamawiający winien zawrzeć umowę z odwołującym.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 25 lipca 2012 r. do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania. W odpowiedzi na odwołanie - do protokołu rozprawy zajął stanowisko, iż nie zachodziły podstawy do uwzględnienia zarzutów, gdyż zamawiający nie dysponuje kwotą 3 821 012,09 zł pozwalającą na wybór oferty odwołującego. Podtrzymał uzasadnienie unieważnienia postępowania przytoczone w piśmie z dnia 17 lipca 2012 r. Zamawiający przyznał okoliczności podnoszone przez odwołującego, że w umowie ramowej podana została kwota ogółem na realizację zamówienia w wysokości 5 826 522,67 zł oraz, że do chwili obecnej na realizację tej umowy została wydatkowana kwota 90 187,17 zł.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu na zawarcie

umowy ramowej nr 488/ZZP/2012, oferty odwołującego, protokołu postępowania. Nadto Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający Skarb Państwa – Ośrodek Rozwoju Edukacji w Warszawie przeprowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na zawarcie umowy ramowej w trybie art. 99 ustawy Pzp. Zamówienie nr 4 poprzedzało postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na organizację konferencji i spotkań - umowa ramowa. Zamówienie nr 4 jest udzielane w ramach umowy ramowej.

Umowa ramowa została zawarta z wykonawcami:

- 1) PSDB sp. z o.o.,
- 2) KDK sp. z o.o.,
- 3) Odwołującym - Centrum Podróży Air Club Stanisław Modliński.

W § 2 ust. 1 umowa przewidywała, że na podstawie umowy ramowej Zamawiający może udzielać wykonawcom zamówień do kwoty (...) brutto w wysokości 5 826 522,67 zł, nie dłużej jednak niż od dnia zawarcia niniejszej umowy do 31 grudnia 2013 r. Ust. 2 stanowi, że kwota, o której mowa w ust. 1 jest jedynie kwotą orientacyjną i określa górną granicę zobowiązań jakie zamawiający może zaciągnąć na podstawie niniejszej umowy ramowej. Ust. 3 - udzielenie zamówień na niższą kwotę niż wskazana w ust. 1 nie może być podstawą roszczeń wobec zamawiającego z tytułu niewywiązania się z umowy ramowej. Ust. 4. W przypadku wyczerpania kwoty określonej w ust. 1 (...), umowa ramowa wygasa (...).

Dnia 21 czerwca 2012 r. zamawiający zaprosił wykonawców:

- 1) odwołującego, Centrum Podróży Air Club Stanisław Modliński,
- 2) PSDB sp. z o.o.,
- 3) KDK sp. z o.o.

- do złożenia ofert w zamówieniu szczegółowym zgodnie z umową nr 488/ZZP/2012 r.

Oferty w wyniku powyższego zaproszenia złożyli:

- 1) Odwołujący - cena brutto 3 821 012,09 zł,
- 2) PSDB sp. z o.o. - cena brutto 1 755 327,27 zł, - oferta odrzucona,
- 3) KDK sp. z o.o. – cena brutto 1 483 493,08 zł, - oferta odrzucona.

Pismem z dnia 17 lipca 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców, że unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający podał, że „cena

najkorzystniejszej (ważnej) oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (cena oferty wykonawcy Centrum Podróży Air Club Stanisław Modliński wynosi 3 821 012,09 zł.). Kwota jaką dysponuje zamawiający na realizację tego zamówienia, - wynosi 1 800 000,00 zł brutto.” W treści pisma zamawiający poinformował także, że odrzucił ofertę złożoną przez KDK sp. z o.o. oraz ofertę złożoną przez PSDB sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Zamawiający w umowie ramowej 488/ZZP/2012 z dnia 14 maja 2011 r. podał, że na usługi „Organizacji konferencji i spotkań” w okresie nie dłużej niż do 31 grudnia 2013 r. może udzielać wykonawcom zamówień do kwoty brutto 5 826 522,67 zł. Innej kwoty którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na wykonanie zamówień w ramach przedmiotowej umowy ramowej – odwołujący w trybie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, czy też w inny sposób – nie ogłosił i nie podał do wiadomości wykonawców. Z protokołu postępowania wynika, że wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w okresie obowiązywania umowy ramowej została ustalona na kwotę 5 826 522,67 zł.

Zamawiający przyznał, okoliczności podane przez odwołującego, że dotychczas w ramach wymienionej umowy wydatkował środki – do kwoty 90 187,17 zł.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący jest legitymowany do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie wykazywał, że może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp upoważnia zamawiającego do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli, 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. Stosownie do postanowień art. 93 ust. 1a tej ustawy zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w:

- 1) ogłoszeniu o zamówieniu - w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo licytacji elektronicznej, albo
- 2) zaproszeniu do negocjacji - w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki, albo
- 3) zaproszeniu do składania ofert - w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę.

Możliwość unieważnienia postępowania przewidziana w ust. 1a dotyczy tylko sytuacji, w której zamówienie jest finansowane w całości lub w części ze środków Unii Europejskiej lub niepodlegających zwrotowi środków państw EFTA. Unieważnienie to ma charakter fakultatywny, gdyż może się okazać, że pomimo nieprzyznania tych środków zamawiający będzie w stanie samodzielnie sfinansować zamówienie.

Przepis ust. 1 art. 93 ustawy Pzp zawiera zamknięty katalog przesłanek skutkujących unieważnieniem postępowania i ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że wystąpienie chociażby jednej z wymienionych przesłanek musi skutkować unieważnieniem postępowania. Powołany przepis znajduje zastosowanie do wszystkich trybów, w których prowadzone jest postępowanie. Odmienny charakter ma przepis zawarty w ust. 1a. Też stosuje się do wszystkich trybów zamówienia, ale ma charakter fakultatywny. Prawo zamówień publicznych nie pozwala na unieważnienie postępowania z innych powodów niż określone w przepisach ust. 1 i 1a art. 93 ustawy Pzp. Nie jest też możliwe unieważnienie postępowania bez podania przyczyn.

Zamawiający w niniejszej sprawie unieważnił postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który nakazuje zamawiającemu unieważnić postępowanie w przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Stosownie do wskazań wynikających z orzecznictwa oraz poglądów piśmiennictwa w sprawach zamówień publicznych (Prawo zamówień publicznych, Komentarz Jerzy Pieróg Rok wydania: 2012 C.H.Beck) - nie musi to być tożsama kwota jak ustalona podczas przygotowania postępowania szacunkowa wartość zamówienia. Jak również nie musi to być też taka sama kwota jak podana bezpośrednio przed otwarciem ofert - kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. Zasadą wynikającą z przytoczonego przepisu jest to, że zamawiający nie może unieważnić postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty jest niższa niż kwota podana podczas otwarcia ofert. Natomiast jeżeli kwota ta jest wyższa, zamawiający może albo unieważnić postępowanie, albo postarać się o zwiększenie tej kwoty do wysokości umożliwiającej sfinansowanie

zamówienia. Zamawiający nie jest bowiem zobowiązany do unieważnienia postępowania w każdym przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza równowartość kwoty, którą planował przeznaczyć na realizację zamówienia. Możliwe jest zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, tak aby była ona wyższa od ceny zawartej w ofercie najkorzystniejszej, w granicach i na zasadach określonych ustawą o finansach publicznych - w sytuacji, gdy zamawiający uzna to za uzasadnione i celowe. Dopiero, gdy dokonanie takich przesunięć środków nie jest możliwe lub uzasadnione, a kwota, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Unieważnienie może nastąpić zarówno po wyborze najkorzystniejszej oferty, ale może mieć też miejsce wcześniej. Także wówczas, gdy oferta z najniższą ceną spośród złożonych ofert przekraczać będzie kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający nie ma obowiązku zapraszać wykonawców, z którymi zawarł umowę ramową do składania ofert szczegółowych, ale jeżeli zaproszenia takie wystosuje, wówczas przytoczone wyżej reguły postępowania znajdują zastosowanie do udzielania zamówień w wykonaniu umów ramowych.

Przepis art. 93 ust. 3 ustawy Pzp nakazuje powiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia równocześnie wszystkim wykonawców, którzy złożyli oferty - w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Unieważnienie postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp może podlegać weryfikacji w przypadku skorzystania przez wykonawcę z prawa do wniesienia środków ochrony prawnej. Na zamawiającego został więc nałożony obowiązek zawiadomienia wykonawców o przyczynach unieważnienia postępowania. W zawiadomieniu tym nie wystarczy podać tylko podstawy prawnej. Niezbędne jest też dokładne poinformowanie o okolicznościach faktycznych, wyczerpujących przesłankę zawartą w powoływanym przepisie.

Przechodząc do rozstrzygnięcia sprawy, Izba miała na uwadze treść podanego przez zamawiającego uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania w piśmie z dnia 17 lipca 2012 r., gdyż zarzuty odwołania odnosiły się do przytaczanych wyżej podstaw faktycznych, które stały się przyczyną tej czynności.

Nie można było pominąć, że w odpowiedzi na odwołanie - przedstawionej do protokołu rozprawy, zamawiający podał zupełnie nowe okoliczności unieważnienia postępowania, do których odwołanie, ani się nie odnosi, ani nie mogło się odnosić - wskazujące na konieczność wykonania w ramach posiadanych środków finansowych -

innych zadań planu rzeczowo-finansowego działalności Ośrodka Rozwoju Edukacji. W żadnej mierze zamawiający nie był upoważniony, ażeby w postępowaniu odwoławczym uzupełniać uzasadnienie faktyczne podjętej czynności – unieważnienia postępowania.

Jak stanowi art. 190 ust. 1 Pzp, nawiązujący do art. 6 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, dowód zaistnienia przesłanek obligujących do unieważnienia postępowania spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny. Na gruncie rozpoznawanej sprawy zaistnienie okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania - powinno zatem zostać udowodnione przez zamawiającego – w granicach podanego uzasadnienia tej czynności. Zamawiający jest zobowiązany w toku badania ofert ustalić, że powołana przez niego przesłanka unieważnienia postępowania nastąpiła, a następnie poinformować o ustaleniach i podjętych czynnościach oraz ich konsekwencjach wykonawców podając - stosownie do normy wyrażonej w art. 93 ust. 3 Pzp - nie tylko uzasadnienie prawne (prawidłową podstawę prawną swojej czynności), ale także pełne uzasadnienie faktyczne. W realiach niniejszej sprawy, bez najmniejszych wątpliwości, zamawiający wadliwie dokonał poinformowania odwołującego o unieważnieniu postępowania, bowiem - wbrew dyspozycji przepisu art. 93 ust. 3 Pzp - zaniechał podania pełnego uzasadnienia faktycznego dokonanej czynności. Ogólnikowe sformułowania przez zamawiającego w piśmie z dnia 17 lipca 2012 r. o nieposiadaniu wystarczających środków na zawarcie umowy realizacyjnej z odwołującym w wykonaniu umowy ramowej, która podawała wartość 5 826 522,67 zł, do wysokości której zamawiający może udzielać wykonawcom zamówień w okresie do dnia 31 grudnia 2013 r. - jako podstawy unieważnienia - są niewystarczające aby uznać je za dostateczne uzasadnienie.

Zamawiający zapraszając wykonawców, z którymi zawarł umowę ramową w dniu 14 maja 2012 r. do złożenia oferty w nieodległym czasie - bo w dniu 21 czerwca 2012 r. - nie wskazał precyzyjnie z czego wynikał brak środków, skoro zamawiający winien posiadać zabezpieczone środki na ten cel, jeżeli zdecydował się na zaproszenie wykonawców do złożenia ofert na warunkach umowy ramowej. Z przedstawionego uzasadnienia faktycznego nie sposób wywieść, z czego wynikało, że zamawiający dysponował jedynie kwotą 1 800 000,00 zł. W konsekwencji Izba podzieliła także stanowisko odwołującego, że uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego zawarte w piśmie z 17 lipca 2012 r. ograniczające się do przytaczanych wyżej ogólnikowych stwierdzeń braku środków, nie może być uznane za dostateczne uzasadnienie faktyczne, realizujące cel normy art. 93 ust. 3 Pzp. W istocie, dopiero stanowisko zamawiającego przedstawiane w odpowiedzi na odwołanie – do protokołu rozprawy - stanowiło próbę uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania.

Zasadnym jest podkreślenie, iż przyczyny podane w informacji o unieważnieniu postępowania - warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie. Treść zawiadomienia, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu (tak też podają wyroki: KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11; z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10). Z tego względu brak precyzyjnego wskazania z czego wynika unieważnienie postępowania, prowadzi do wniosku, iż zamawiający w istocie nie poinformował odwołującego o przyczynie unieważnienia postępowania. Na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn podjętych czynności, które rzutują na uprawnienia wykonawcy, w szczególności wynikające z faktu zaproszenia do złożenia oferty na podstawie wcześniejszej umowy ramowej. Wykonawca nie ma obowiązku domyślać się – czynić wyliczeń potwierdzających, że zamawiający powinien środki posiadać. Nie stanowi wypełnienia dyspozycji normy art. 93 ust. 3 Pzp podawanie przez zamawiającego dopiero na rozprawie, uzasadnienia faktycznego podjętych wobec oferty odwołującego decyzji (tak też wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1620/11 oraz sygn. akt KIO 1625/11).

Obowiązek zawiadamiania wykonawców określony w art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, stanowi realizację wyrażonej w art. 8 ust. 1 tej ustawy zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 ustawy - zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Izba uznała, że w okolicznościach rozpatrywanej sprawy, zamawiający uzasadniając w sposób lakoniczny i ogólnikowy - podjęte wobec oferty odwołującego czynności, pozbawił go możliwości oceny poprawności prowadzonych działań i ewentualnego ich rzeczowego zakwestionowania przez wniesienie odwołania, uchybiając tym samym regułom, rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle powołanych wyżej zasad, niedopuszczalnym jest aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec jego oferty przez zamawiającego czynności, samodzielnie zidentyfikował przyczyny unieważnienia postępowania, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemanych przyczyn decyzji zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o unieważnieniu postępowania - powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela - mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie.

Izba nie podzieliła podglądów zamawiającego, że skoro kwota określona w umowie ramowej ma charakter maksymalnych wydatków, a złożone oferty, które zostały odrzucone – podawały kwoty znacznie niższe, za które wykonawcy byli skłonni podjąć się realizacji zamówienia, to zamawiający nie musiał się liczyć z tym, że wykonawca w wyniku zaproszenia - może złożyć ofertę mieszczącą się w granicach stawek wyższych, jednakże przewidzianych umową ramową i w granicach kwoty podanej na sfinansowanie zamówienia.

Zdaniem Izby, brak prawidłowego uzasadnienia czynności względem oferty odwołującego, może mieć wpływ na wynik postępowania w rozumieniu postanowień art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiącego, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Odwołujący nie był bowiem w stanie sformułować w swoim odwołaniu - zarzutów kwestionujących prawidłowość unieważnienia postępowania - z przyczyn podawanych przez zamawiającego do protokołu rozprawy. Możliwość efektywnego korzystania ze środków ochrony prawnej, należy do podstawowych gwarantowanych praw wykonawcy, uczestniczącego w przetargu publicznym. Aby skutecznie korzystać z prawa do obrony oferty, wykonawca musi poznać pełne przyczyny wyeliminowania jego oferty wskutek unieważnienia postępowania. W tym aspekcie Izba uznała, że okoliczność wadliwego uzasadnienia kwestionowanej czynności mogła mieć wpływ na wynik postępowania, pozbawiając odwołującego możliwości obrony oferty, która była najkorzystniejsza w ustalonym kryterium wyboru.

W konsekwencji biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne - uwzględnione przez Izbę - należało podzielić stanowisko prezentowane przez odwołującego, że zamawiający w niniejszym postępowaniu uchybił przepisom art. 91 ust. 1 i 2, art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a nadto naruszył przepis art. 93 ust. 3 tej ustawy.

Prawidłowe wykonanie przez zamawiającego obowiązku wyrażonego w art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, gwarantujące realizację zasady jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, determinuje skorzystanie przez wykonawców z uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące informacje o przyczynach podejmowanych czynności zamawiającego, może się do nich odnieść - decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej, co przesądziło o uwzględnieniu odwołania z przyczyn formalnych - bez możliwości rozpatrzenia zarzutów merytorycznych - dotyczących braku możliwości przyjęcia oferty odwołującego za wskazaną cenę, wobec podanej kwoty – jaką zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia.

Ponadto, rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą, nie jest miejscem dla przedstawiania uzasadnienia - uprzednio podejmowanych czynności zamawiającego o unieważnieniu postępowania. Izba bowiem weryfikuje działania zamawiającego, pod względem przestrzegania wzorca ustawowego, a nie zastępuje zamawiającego w jakichkolwiek czynnościach. Może poddawać ocenie czynności, w takim kształcie, jak zostały faktycznie przez zamawiającego dokonane i stanowiły podstawę do zaskarżenia, a nie w formie poddanej szerokiej interpretacji w odpowiedzi na odwołanie.

Bieg terminu na wniesienie wymienionego środka ochrony prawnej rozpoczyna się z chwilą otrzymania prawidłowo sporządzonej informacji o wyniku postępowania, w tym o unieważnieniu postępowania. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy, należało stwierdzić, że termin na zaskarżenie merytorycznej czynności zamawiającego, jeżeli unieważnienie zostanie podtrzymane, zacznie biec, gdy zamawiający w wyniku powtórzenia procedury badania i oceny ofert, z uwzględnieniem poprawnie zastosowanego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - poinformuje odwołującego w sposób wymagany przez art. 93 ust. 3 ustawy Pzp o podjętej wobec oferty wykonawcy decyzji.

Nowe okoliczności unieważnienia postępowania, podawane na rozprawie - nie podlegały rozpatrzeniu przez Izbę w niniejszej sprawie. W przypadku, gdy zamawiający w wyniku ponownej oceny ofert – unieważni postępowanie ze wskazanych przyczyn – wykonawcy będą przysługiwały nowe środki zaskarżenia. Izba w tej sprawie, *a priori* nie może zająć stanowiska, że postępowanie podlegało unieważnieniu.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o czym orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

