Sygn. akt: KIO 3004/21

WYROK

z dnia 8 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2021 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

1) Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy sp. p. z siedzibą w Warszawie - Lider konsorcjum al. J. Ch. Szucha 8, 00-582 Warszawa

2) P. Ch., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Prawna P. Ch. - Członek konsorcjum ul. A. Antczaka nr 2, lok. 6, 87-100 Toruń
w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersyteckie Centrum Kliniczne ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,

2. kosztami postępowania obciąża Uniwersyteckie Centrum Kliniczne ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Kancelarię Radców Prawnych Ć. i Partnerzy z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Kancelarię Radców Prawnych Ć. i Partnerzy z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

Sygn. KIO 3004/21

UZASADNIENIE

Uniwersyteckie Centrum Kliniczne ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk, dalej zwane „zamawiającym” prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Świadczenie kompleksowej obsługi prawnej na rzecz Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego

(nr wew. 144/PN/2021), w okresie 48 miesięcy od dnia 02.01.2022 roku.

Ogłoszenie o zamówieniu o nr 2021/S 158-418371 zamieszczone zostało w DUUE w dniu 17.08.2021 r. oraz na platformie zakupowej Zamawiającego pod adresem:
.

Zamawiający w dniu 29.09.2021 r. podał informację o unieważnieniu przedmiotowego postępowania. Od takiej czynności zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

1) Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy sp. p. z siedzibą w Warszawie - Lider konsorcjum al. J. Ch. Szucha 8, 00-582 Warszawa

2) P. Ch., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Prawna P. Ch. -

Członek konsorcjum ul. A. Antczaka nr 2, lok. 6, 87-100 Toruń, zwani dalej

„odwołującym" wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W wniesionym odwołaniu odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 255 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp wyrażające się w unieważnieniu postępowania, wobec zadeklarowania faktu, że cena najkorzystniejszej (i najtańszej) oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, pomimo, że jak wynika z okoliczności sprawy, zwłaszcza informacji z otwarcia ofert i podstaw ustalania wartości zamówienia, kwota podana przez zamawiającego, jako przeznaczona na sfinansowanie zamówienia stanowiła jedynie wartość pozorną, a ponadto, zamawiający nie wykazał, aby nie mógł zwiększyć kwoty zadeklarowanej, jako przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu uwzględnienia odwołania i nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, a także nakazanie dalszego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Na wstępie uzasadnienia podniesionych zarzutów podał, że składanie ofert w postępowaniu, zostało wyznaczone na dzień 21.09.2021 r. na godzinę 9:30, a otwarcie ofert na ten sam dzień na godzinę 10:00. Informacja z otwarcia ofert została opublikowana dopiero o godzinie 22:20.

W dniu 29.09.2021 r. zamawiający opublikował informację o unieważnieniu postępowania na podstawie przepisu art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, zawierając jedynie poniżej przytoczone uzasadnienie tej czynności: „W przedmiotowym postępowaniu złożono 2 oferty o

następujących cenach: Oferta nr 1: 4 250 880,00 PLN i Oferta nr 2: 4 132 681,92 PLN. Kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to: 1 771 200,00 zł brutto. Zaoferowane ceny przewyższają kwotę na sfinansowanie zamówienia. Tym samym zasadnym jest zastosowanie art. 255 pkt 3) ustawy Pzp, jako podstawy prawnej do unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.".

Nadto podał, że odwołujący kwestionuje poprawność dokonanej czynności unieważnienia postępowania identyfikując podaną przez zamawiającego przy otwarciu ofert kwotę, jaką ten zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jako pozorną. Powyższą ocenę pozorności, co do zadeklarowanej kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia odwołujący opiera przede wszystkim na faktycznej wartości przedmiotu postępowania ustalonej przed wszczęciem postępowania, na którą wskazuje też ustawowy tryb w jakim prowadzone jest postępowanie - art. 359 pkt 1 ustawy Pzp (postępowania, których wartość przekracza 750.000,00 zł euro netto tj. 3 201 975 zł). Tym samym, przy tak skonstruowanym OPZ jak w przedmiotowym postępowaniu, zwłaszcza wymaganiach, co do liczby osób niezbędnych do zaangażowania w realizację zamówienia (koniecznych także do wykazania w ramach warunku udziału w postępowaniu), jak również w zakresie obowiązków tych osób, oraz przy 4-letnim terminie realizacji zamówienia, jako kompleksowej obsługi prawnej, w tym z zakresu prowadzonych badań klinicznych, trudno byłoby w jakikolwiek racjonalny sposób przyjąć, że oferty wykonawców złożone w przedmiotowym postępowaniu, będą chociaż zbliżone do kwoty jaką zamawiający podał przy otwarciu ofert.

W ocenie odwołującego, zamawiający zadeklarował ww. sumę, jako przeznaczoną zgodnie z jego zamiarem na sfinansowanie zamówienia w sposób pozorny (albo dotyczącą wyłącznie określonej części horyzontu czasowego realizacji spośród 48 miesięcy), a jej opublikowanie w tej wysokości miało w istocie pozwolić gospodarzowi postępowania na w zasadzie dowolne i niczym nieograniczone, unieważnienie postępowania, które w wypadku potwierdzenia wspomnianych podejrzeń, byłoby wadliwym i sprzecznym z zasadami przejrzystości postępowania, równego traktowania wykonawców, czy możliwą do

zinterpretowania na gruncie przepisu art. 255 ustawy Pzp zasadą obowiązku rozstrzygnięcia postępowania przez wybór oferty najkorzystniejszej (celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest przecież wybór wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z przepisami ustawy Pzp).

Podkreślił, że literalna treść informacji o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia referuje do „części Postępowania". Jeśli przyjąć, iż kwota 1 771 200,00 zł brutto stanowi jedynie część kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, albo, że referuje do części zamówienia, (które przecież na takie części nie było podzielone), to czynność unieważnienia postępowania byłaby wadliwą z tego powodu, iż możliwości finansowe zamawiającego w kontekście

wartości najkorzystniejszej oferty, nie zostałyby zbadane przez pryzmat całej sumy, jaką w związku z postępowaniem zabezpieczył podmiot zamawiający. Oczywistym jest, bowiem, że konieczność faktycznego zabezpieczenia środków na realizację umowy dotyczy tylko roku

2022 r., a więc najbliższego roku budżetowego - pozostały wymiar - mając na uwadze

zawartą umowę byłby zgłaszany do dokumentów stanowiących podstawę gospodarki

finansowej na kolejne lata.

Kolejnym elementem argumentacji odwołującego była kwestia braku wykazania przez zamawiającego możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia. W tym zakresie odwołujący podał, iż w opisanym stanie faktycznym, a zwłaszcza przy zupełnej nieporównywalności kwoty podanej przy otwarciu ofert z ustaloną przez samego zamawiającego wartością zamówienia (potwierdzoną zresztą kwotami zaoferowanymi przed dwóch wykonawców i wartościami poprzednio ponoszonych z tego tytułu wydatków), aktualnym staje się też zarzut zaniechania przez zamawiającego przedstawienia odpowiedniego uzasadnienia dla czynności unieważnienia postępowania, a przez to niewykazania, iż nie ma możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty, zwłaszcza, iż kształtuje się ona znacznie poniżej poziomu ustalonej wartości zamówienia. Wskazał na wyrok z dnia 23 października 2017 r. KIO 2093/17, w który Izba uznała, że: „Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. nie daje zamawiającemu wyłącznego i arbitralnego uprawnienia do decydowania o tym, czy zwiększyć kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, czy też nie". Nadto analiza uzasadnienia kwestionowanej niniejszym odwołaniem czynności zamawiającego nie daje przede wszystkim podstaw do stwierdzenia, iż kwota, jaką zamawiający podał przed otwarciem ofert jest kwotą ustaloną prawidłowo i w sposób realnie uwzględniającą jego możliwości finansowe (mierzone też skalą związanego z zamówieniem wydatku, ponoszonego zresztą w przeszłości na o wiele wyższym i rynkowym poziome). Tym samym, zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu ziszczenia przesłanek do unieważnienia postępowania na zastosowanej podstawie.

Reasumując swoje stanowisko w tej sprawie stwierdził, że czynność unieważnienia postępowania podjęta przez zamawiającego, godzi przede wszystkim w zasadę jawności i przejrzystości postępowania, z których poza obowiązkiem czytelnego komunikowania podstaw i motywacji swoich decyzji, wywodzić można też nakaz działania w sposób budzący zaufanie do uczestników rynku zamówień publicznych. Z drugą ze wspomnianych powinności należy, więc wiązać, co do zasady prawo do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, które realnie może prowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, co w sytuacji zadeklarowania przez zamawiającego posiadania kwoty na ww. poziomie, przy pełnej świadomości rzeczywistych zadań czyni możliwość udzielenia w tej kwocie nierealną.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania, jako niezasadnego. Podkreślił, że wartość obydwu ofert, złożonych w przedmiotowym postępowaniu, przekraczała kwotę przeznaczoną na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z dyspozycją art. 222 ust. 4 Ustawy Pzp, zamawiający wskazał przed terminem otwarcia ofert kwotę w wysokości 1 771 200,00 zł brutto na sfinansowanie zamówienia. Wbrew twierdzeniu odwołującego, jest to kwota na sfinansowanie całości zamówienia, a czynnikami, które powodowały, że zamawiający przeznaczył taką, a nie inną kwotę na sfinansowanie, są w szczególności następujące okoliczności:

1) Stan pandemii i zwiększone wydatki na asortyment niezbędny do prawidłowego funkcjonowania szpitala, a co za tym idzie realizowania konstytucyjnego obowiązku do ochrony zdrowia,

2) Oddanie do użytku nowego szpitala Centrum Medycyny Nieinwazyjnej Etap II, a co za tym idzie konieczność kompleksowego wyposażenia jego pomieszczeń w sprzęt i aparaturę medyczną niezbędną do prawidłowego funkcjonowania szpitala,

3) Konieczność szukania oszczędności w celu zapewnienia płynności finansowej zagrożonej

stanem epidemicznym,

4) „Nasycenie rynku" podmiotami świadczącymi usługi z zakresu obsługi prawnej podmiotów leczniczych oraz docierające do Zamawiającego informacje, iż można świadczyć usługi objęte przedmiotem zamówienia za kwotę wskazaną przed otwarciem ofert.

Taka też kwota została wskazana w pkt 12 protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dlatego też powinna zostać uznana za ostateczną na sfinansowanie zamówienia. Fakt, iż w treści informacji z otwarcia ofert wskazano słowo „część", co jak sugeruje odwołujący może wskazywać, iż kwota 1 771 200,00 zł stanowi jedynie część kwoty na sfinansowanie, wynika z faktu, iż program (platforma) do obsługi postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, którym dysponuje zamawiający, w każdym przypadku generuje informację z otwarcia ofert ze słowem „część" w treści (nawet gdy zamówienie nie jest podzielone).

W związku ze znaczną różnicą pomiędzy kwotą na sfinansowanie zamówienia a cenami w ofertach złożonych w postępowaniu, Zamawiający, pomimo analizy możliwości zwiększenia tej kwoty, zmuszony był do unieważnienia przedmiotowego postępowania, na podstawie przesłanki, o której mowa w art. 255 pkt 3) ustawy Pzp, albowiem w okolicznościach wskazanych powyżej nie dysponuje takimi środkami. Podkreślił, że odwołujący nie może wymagać od zamawiającego zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia. Nadto odwołujacy, nie jest również uprawniony do tego, aby wymagać od zamawiającego udowodnienia, że nie dysponuje on większymi środkami na sfinansowanie. Na potwierdzenie swojego stanowiska wskazał na kilka tez z wyroków KIO.

Natomiast odnośnie zarzutu zaniechania wykazania braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, to w ocenie zamawiającego jest on również nie uzasadniony i pozbawiony jakichkolwiek podstaw prawnych. Jednocześnie, w ocenie zamawiającego treść przesłanki unieważnienia postępowania, wynikająca z art. 255 pkt 3) ustawy Pzp, a także okoliczności faktyczne i prawne w sprawie (tj. wartość cen ofertowych przekraczająca możliwości finansowe zamawiającego) zadość czynią wymogowi ustawowemu wynikającemu z art. 260 ustawy Pzp, poprzez wskazaniu w uzasadnieniu unieważnienia, iż „ W przedmiotowym postępowaniu złożono 2 oferty o następujących cenach: Oferta nr 1: 4 250 880,00 PLN, Oferta nr 2: 4 132 681,92 PLN. Kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to: 1 771 200,00 zł brutto. Zaoferowane ceny przewyższają kwotę na sfinansowanie zamówienia. Tym samym zasadnym jest zastosowanie art. 255 pkt 3) ustawy Pzp jako podstawy prawnej do unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia".

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych na

rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje - odwołanie jest zasadne, gdyż podniesione zarzuty zostały w wystarczający sposób uwiarygodnione i

wykazane.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z ustawowych przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Za podstawę rozstrzygnięcia Izby został uznany stan faktyczny sprawy, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, treści odwołania, pism i dowodów przedłożonych przez odwołującego oraz stanowisk stron podanych do protokołu rozprawy.

Izba podkreśla, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp (poprzednio na gruncie art. 192 ust. 2 Pzp) odwołanie jest uwzględniane wówczas, gdy naruszenie zamawiającego ma charakter naruszenia kwalifikowanego (takiego, które wpływa na wynik postępowania).

Przechodząc do oceny zarzutów odwołania na wstępie Izba zauważa, że w art. 254 Pzp przyjęto zasadę, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się wraz zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, albo unieważnieniem prowadzonego postępowania. Tak, więc unieważnienie postępowania jest najdalej idącym skutkiem, w prowadzonym postepowaniu, gdyż unieważnienie postępowania niweczy główny cel postępowania tj. wybranie najkorzystniejszej oferty i zawarcie umowy z wybranym wykonawcą na wykonanie przedmiotu zamówienia. Tym samym instytucja unieważnienia postępowania winna być traktowana, jako czynność o charakterze wyjątkowym, a przesłanki do unieważnienia winny być interpretowane w sposób ścisły.

W artykule 255 Pzp zostały uregulowane obligatoryjne przesłanki unieważnienia postępowania. Trzecia, obligatoryjna przesłanka unieważnienia postępowania ma zastosowanie w sytuacji, w której cena lub koszt 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 lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Izba podkreśla, że należy rozróżnić kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia od szacunkowej wartości zamówienia, ponieważ tylko w sytuacji przekroczenia kwot na sfinansowanie zamówienia możliwe będzie unieważnienie postepowania. Zauważyć należy, że zgodnie z treścią przywołanego przepisu, zamawiający powinien przed podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania przeprowadzić analizę możliwości zwiększenia wskazanej pierwotnie kwoty. Jednakże w przepisach Pzp brak jest obowiązku zamawiającego do zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do wartości wynikającej z ceny najkorzystniejszej oferty. Istotną przesłanką umożliwiającą unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 P.z.p. jest brak możliwości zwiększenia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, do ceny najkorzystniejszej oferty. W przypadku zamawiającego i przedmiotu niniejszego postępowania możliwość taka według odwołującego jest, gdyż w oparciu o szacunek wartości zamówienia zamawiający ustalił jego wartość w której mieści się cena ofert obu wykonawców. Podkreślił także, że zamawiający w tym roku kończy realizację zamówienia objętego umową na 48 miesięcy na które przeznaczył środki o ponad 100% wyższe niż obecnie zakładane.

Według dowodów przedłożonych przez odwołującego oraz protokołu postępowania jednoznacznie wynika, że zamawiający oszacował wartość tego zamówienia na kwotę 3 600 tys. złotych netto, a przeznaczył na realizacje kwotę 1 771 tys, złotych.

Izba podkreśla, że właściwe ustalenie wartości szacunkowej zamówienia jest jedną z kluczowych czynności po stronie zamawiającego, której musi dokonać z najwyższą starannością. Ta najwyższa staranność polega przede wszystkim na tym, że zamawiający pozyskując z rynku informacje od potencjalnych wykonawców o cenie tego rodzaju usług co przedmiot zamówienia, winien traktować te kalkulacje jako informację mogące służyć jedynie rozpoznaniu cen na rynku w zakresie przedmiotu zamówienia. Na ich podstawie oraz ewentualnie własnych doświadczeń zamawiający we własnym zakresie dokonuje weryfikacji tych kwot, a wynik szacowania zamieszcza w protokole postępowania. Wartość oszacowania ma niewątpliwy wpływ na kwestie, czy postępowanie będzie prowadzone w trybie krajowym czy też unijnym, a także jest wskazówką dla zamawiającego, czy jest podstawa do wszczęcia postępowania z powodu iż posiada właściwe środki finansowe. Jeśli takowych

środków nie posiada to winien rozważyć wszczęcie postępowania w innym zakresie lub sposobie jego realizacji, np. poprzez własnych pracowników.

Wszczęcie postępowania poprzez jego zamieszczenie w obowiązkowych publikatorach, jest oświadczeniem zamawiającego o zamiarze udzielenia tego zamówienia, który jest sygnałem dla wykonawców do przygotowania dokumentacji do złożenia oferty. Z chwilą wszczęcia postępowania zamawiający nie może swobodnie dokonać jego unieważnienia, muszą zaistnieć określone podstawy prawne, ściśle w Pzp wymienione. Nie jest też zdaniem Izby, dopuszczalne obchodzenie tych reguł przez zamawiającego poprzez np. zaoferowania kwoty mającej się „nijak" do zakresu przedmiotu zamówienia, trybu prowadzonego postępowania, a także wartości szacunkowej, ustalonej przez zamawiającego z należyta starannością obowiązującą dłużnika na gruncie Kodeksu cywilnego. Natomiast wykonawcy analizując sposób wszczęcia postępowania, jego tryb i miejsce zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu pozyskują wstępną ogólną informacje, jaka może być kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Przechodząc do analizy stanu faktycznego sprawy, należy stwierdzić - co było niesporne pomiędzy stronami, że zamawiający oszacował w dniu 21 czerwca 2021 roku wartość zamówienia na kwotę 75 tys. zł netto za miesiąc świadczenia usługi i 3 600 000 zł za okres 48 miesięcy. Podkreślić należy, że zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, mimo iż zamówienia na usługi prawne winny być ogłaszane jako zamówienia na usługi społeczne. Ustawa Pzp przewiduje dwa tryby „nabywania" usług prawnych. Przepis art. 4 pkt 3 lit. ea ustawy Pzp jest praktycznie kopią przepisów dyrektywy. Tego typu usługi wchodzą w zakres usług prawniczych opisanych kodami CPV 79100000-5 do 79140000-7, które są nabywane w ramach zamówień na usługi społeczne - art. 359 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższe w tym zakresie miało takie znaczenie, że zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w DUUE co sugerowało wartość zamówienia powyżej 750 tys. euro.

Pomimo powyższych okoliczności zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia to 1 771 200,00 zł brutto, czyli około 1/3 wartości szacunkowej powiększonej o podatek VAT. Zamawiający uzasadniając tak drastyczne zmniejszenie kwoty przeznaczonej dla sfinansowania zamówienia w porównaniu z kwotą, jaką oszacował wartość zamówienia

podał, że wpływ na ten fakt miał między innymi: stan pandemii Covid-19 i zwiększone wydatki na asortyment niezbędny do prawidłowego funkcjonowania szpitala, oddanie do użytku nowego szpitala Centrum Medycyny Nieinwazyjnej Etap II, konieczność szukania oszczędności w celu zapewnienia płynności finansowej zagrożonej stanem epidemicznym oraz „Nasycenie rynku" podmiotami świadczącymi usługi z zakresu obsługi prawnej podmiotów leczniczych. Izba oceniając powyższe uznaje, że żadna ze wskazanych okoliczności nie powstała dopiero pomiędzy szacowaniem wartości zamówienia, a terminem

otwarcia ofert. Żadna z tych okoliczności nie została poparta jakimkolwiek dowodem, są to tylko ogólnikowe stwierdzenia zamawiającego, a do tego częściowo nieprawdziwe, co wywodził dowodowo odwołujący. Za takim stanowiskiem Izby przemawia chociażby okoliczność ostatnia, gdzie zamawiający podaje, że na rynku występuje nasycenie podmiotami świadczącymi usługi z zakresu obsługi prawnej. Gdyby tak było, to nie zostałyby złożone tylko dwie oferty w postępowaniu. Podać należy, że nie została złożona jakakolwiek oferta z terenu trójmiasta czy nawet województwa pomorskiego. Niewątpliwym jest, że wymienione powyżej przez zamawiającego okoliczności już występują na rynku, w szczególności stan epidemii Covid -19 i nie zostało w żaden sposób wykazane, że nastąpiło pogorszenie sytuacji finansowej szpitala UCK w sposób zmuszający do ograniczenia realizacji określonych usług, czy też renegocjacji zawartych już umów. Na pewno nic takiego nie miało miejsca w zakresie realizacji umowy obejmującej usługi prawne dotychczas świadczone przez podmiot składający ofertę w postepowaniu.

Izba oddaliła wniosek dowodowy odwołującego do zobowiązania zamawiającego do przekazania planu finansowego szpitala, w którym byłyby ujęty plan wydatków w zakresie obsługi prawnej zamawiającego. Podkreślić należy, że UCK jest jednostką budżetową i tym samy swoje wydatki ustala w rocznym planie finansowym w oparciu o planowane przychody. Pomimo faktu, że przedmiotowa umowa miałaby być zawierana na okres 4 letni to jednak w planie finansowym winne być ujęte wydatki w okresie rocznym, czyli % planowanych wydatków na realizacje tego zamówienia. Inne założenie byłoby naruszeniem art. 15 ust 1 w zw. z art. 11 ust.1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Dz. U z 2017 r poz. 1311 że zm.). Tym samym kwota jaką na dany rok zamawiający przewidział w planie wydatków na to zamówienie nie przesądza o kwocie jaka będzie wydatkowana w całym okresie umownym.

Izba podkreśla, że przepisy Pzp nie zawierają obowiązku zamawiającego do podwyższenia kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. Nie wymaga także udawadniania faktu braku możliwości zwiększenia kwoty podanej na etapie otwarcia ofert. Jednakże zdaniem Izby w sytuacji, kiedy brak wystarczającej kwoty na sfinansowanie zamówienia skutkuje unieważnieniem postępowania, to zamawiający winien wykazać, że albo cena złożonych ofert jest zbyt wysoka - chociażby w odniesieniu do realizowanych podobnych umów we wcześniejszym okresie, że niezasadnym byłoby wydatkowanie tak wysokiej kwoty na realizację takiego zamówienia, albo popełniono błąd w szacowaniu wartości zamówienia. Niewątpliwym jest, że ustalenie wartości zamówienia poprzez dokonanie jego szacowania, jest bezpośrednią informacja dla zamawiającego, jaką w przybliżeniu kwotę należy zarezerwować w budżecie, aby móc realizować tego typu zamówienia. Oczywiście kwestie te są indywidualne dla każdego zamówienia, odstępstwa od wartości szacunkowej w

granicach kilku, czy nawet do 30 % cen złożonych ofert jest normalną sytuacją rynkową - nie wiąże się z obligatoryjna potrzebą wyjaśniania zaoferowanej ceny. Natomiast sytuacja, kiedy zamawiający przeznacza na sfinansowanie zamówienia kwotę stanowiącą niewiele ponad 1/3 kwoty szacunkowej, musi budzić uzasadnione wątpliwości w tym zakresie.

Opierając się na powyższych ustaleniach Izba za wyrokiem KIO 293/17uznaje, że zamawiający nie posiada wyłącznego, swobodnego i arbitralnego uprawnienia do decydowania o tym, czy zwiększyć kwotę, na sfinansowanie zamówienia, czy też nie. Przede wszystkim zamawiający obowiązany jest zbadać, czy istnieje obiektywna możliwość zwiększenia tej kwoty i dopiero wówczas, w przypadku, gdy wynik badania okaże się negatywny, podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepis 20 ust. 1 Pzp jest obligatoryjnie prowadzone w formie pisemnej. W przypadku unieważnienia postępowania, wykonawcy winni mieć możliwość zapoznania się z wszelkimi okolicznościami, mającymi wpływ na tego rodzaju czynność zamawiającego. Zamawiający dokonując badania możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia winien, takie działania utrwalić na piśmie chociażby w formie protokołu z posiedzenia komisji przetargowej.

Przepisy Pzp o unieważnieniu postępowania nie zmierzają w kierunku pozostawienia zamawiającemu dowolnego i niczym nieograniczonego prawa do unieważnienie postępowania, gdyż jak wyżej wskazano unieważnienie postępowania jest wyjątkiem od celu, jaki staje przed zamawiającym wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia. Wskazane w ustawie Pzp przesłanki unieważnienia postępowania - po pierwsze - nie

powinny być interpretowane rozszerzająco, po drugie - ich wystąpienie winno być szczegółowo zbadane, a zasadność ich zastosowania nie powinna budzić żadnych wątpliwości. Dlatego też Izba nie akceptuje stanowiska zamawiającego prezentowanego na rozprawie, że w przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej jest wyższa niż cena, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to zamawiający ma pełna swobodę, czy kwotę tę zwiększyć, czy też unieważnić postępowanie. Nadto zamawiający dodał, że nie ma obowiązku wykazywać, jakie czynności w tym zakresie podjął.

Brak wykazania, jakie czynności zamawiający podjął, aby móc zwiększyć kwotę na sfinansowanie zamówienia, ale okazały się one nieskuteczne, jest podstawą do uznania przez Izbę także zasadności zarzutu o braku właściwego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego w informacji o unieważnieniu postępowania. Zamawiający nie sprostał ciążącemu na nim obowiązku wykazania, iż nie mógł zwiększyć kwoty, którą przeznaczył na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. Odwołujący w odwołaniu oraz na rozprawie podniósł szereg argumentów i dowodów w celu wykazania, iż zamawiający może podnieść kwotę, którą przeznaczył na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty odwołującego, będącą ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający zaprzeczył argumentacji odwołującego, nie przedstawiając wszakże żadnych dowodów ani wniosków dowodowych w zakresie prezentowanego stanowiska.

Na marginesie przedmiotowej sprawy, której wartość oszacowania przekracza progi unijne podać należy, że jednym z celów wprowadzenia nowej ustawy Prawo zamówień publicznych było zwiększenie efektywności zamówień publicznych. W art. 83 Pzp ustawodawca wprowadził dla zamawiających publicznych, obowiązek dokonania analizy potrzeb i wymagań przed wszczęciem postępowania wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Właściwie przeprowadzona analiza potrzeb i wymagań pozwala zamawiającemu podjąć jak najlepszą decyzję typu Make-or-Buy, a więc czy realizować dane zadanie własnymi środkami, czy zlecać je „na zewnątrz", przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia na rynku zamówień publicznych. Analiza potrzeb i wymagań pozwala zamawiającemu, decydującemu się na udzielenie zamówienia publicznego, dostosować zamówienie do struktury rynku, zidentyfikować i przygotować się na ewentualne ryzyka oraz podjąć decyzję co do formy i trybu realizacji zamówienia - wszystko w ramach środków finansowych, którymi zamawiający dysponuje. Ustawa Pzp nie określa, w jakim terminie zamawiający publiczny winien dokonać analizy potrzeb i wymagań, wskazując jednak, aby odbyło się to przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. Izba zauważa, że nie zostało wykazane, aby zamawiający taką analizę w tym postepowaniu przeprowadził.

Reasumując powyższe Izba uznaje, że zamawiający nie ma obowiązku podwyższania kwoty na sfinansowanie zamówienia, jest to jego prawo, ale w sytuacji - jak w tym postępowaniu, kiedy zamawiający przeznacza na sfinansowanie zamówienia kwotę trzykrotnie niższą niż kwota wynikająca oszacowania zamówienia to zamawiający zobowiązany jest do wykazania, jakie szczególne okoliczności zaistniały, które zmusiły go do tak radykalnej zmiany, a w konsekwencji do anulowania postępowania poprzez jego unieważnienie. W innym przypadku mogą wystąpić uzasadnione obawy, co do przestrzegania zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości przewidzianej w art. 16 ust.1 Pzp. Na marginesie zauważyć należy, że w tym postępowania, pomimo tego, że zamawiający dokonał otwarcia ofert o godz.10,00, to kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia została podana wykonawcom dopiero o godz. 22,18.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uwzględniła odwołanie nakazując zamawiającemu unieważnienie tej czynności, gdyż inne czynności w postepowaniu nie zostały podjęte przez zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....