Sygn. akt: KIO 3811/21

WYROK

z dnia 17 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy sp. p. z siedzibą w Warszawie oraz P.C., prowadzącego w Toruniu działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Prawna, P. C.

w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w Gdańsku

orzeka:

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

2. kosztami postępowania obciąża Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w Gdańsku i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy sp. p. z siedzibą w Warszawie oraz P. C., prowadzącego w Toruniu działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Prawna, P. C. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Uniwersyteckiego Centrum Kliniczne z siedzibą w Gdańsku na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy sp. p. z siedzibą w Warszawie oraz P. C., prowadzącego w Toruniu działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Prawna, P. C. kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) 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. akt: KIO 3811/21

U z a s a d n i e n i e

Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w Gdańsku, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów

ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem jest „świadczenie kompleksowej obsługi prawnej na rzecz Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 sierpnia 2021 r. nr 2021/S 158-418371.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 31 grudnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy sp. p. z siedzibą w Warszawie oraz P. C., prowadzący w Toruniu działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Prawna, P. C., zwani dalej „odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a ustawy Pzp wyrażające się w unieważnieniu postępowania, wobec zadeklarowania faktu, że cena najkorzystniejszej 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 zbadał obiektywnie i nie wykazał, aby nie mógł zwiększyć kwoty „zadeklarowanej" jako przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, co stanowiło dodatkowo niewykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wydanego w sprawie o sygn. akt. KIO 3004/21.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, a także nakazanie dalszego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że składanie ofert w postępowaniu, zostało finalnie 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 przedmiotowej informacji wskazano, że (cyt.): Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia dla części Postępowanie: 1.771.200,00 zł brutto. Ze wspomnianej informacji wynika też, że oferty w postępowaniu złożyli dwaj Wykonawcy:

1) Odwołujący, na kwotę 4 132 681,92 zł brutto;

2) drugi z Wykonawców (dotychczasowy długoletni wykonawca usługi), na kwotę: 4.250.880,00 zł brutto.

Odwołujący wskazał także, że 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.

Odwołujący wskazał, że zakwestionował ww. czynność wnosząc odwołanie, w wyniku którego Krajowa Izba Odwoławcza, wyrokiem z dnia 8 listopada 2021 r. (sygn. akt KIO 3004/21) nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania. Izba uznała okoliczności przytoczone przez Zamawiającego na uzasadnienie podania kwoty 1.771.200,00 zł jako tej, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. ok. 1/3 szacunkowej wartości zamówienia, a tym samym mające uzasadniać unieważnienie postępowania, a więc:

1) stan pandemii COVID-19 i zwiększone wydatki na asortyment medyczny,

2) oddanie do użytku nowego szpitala Centrum Medycyny Nieinwazyjnej Etap II,

3) konieczność szukania oszczędności w celu zapewnienia płynności finansowej zagrożonej stanem epidemicznym,

4) „nasycenie rynku" podmiotami świadczącymi usługi z zakresu obsługi prawnej podmiotów leczniczych,

za nieudowodnione oraz takie, które nie mogły powstać dopiero pomiędzy szacowaniem, a otwarciem ofert.

Odwołujący podniósł, że w ww. wyroku Izba wskazała, że Zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy istnieje obiektywna możliwość zwiększenia kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i tylko wówczas, gdy wynik tego badania okaże się negatywny, może podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania. Izba za niezbędne dla skutecznego unieważnienia postępowania uznała ponadto konieczność wykazania, że cena złożonych w Postępowaniu ofert jest zbyt wysoka - chociażby w odniesieniu do realizowanych umów we wcześniejszym okresie, że niezasadnym byłoby wydatkowanie

zaoferowanych kwot, albo że popełniono błąd przy szacowaniu wartości zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zamawiający zgodnie z ww. wyrokiem unieważnił czynność unieważnienia postępowania, jednak w dniu 21.12.2021 r. ponownie je unieważnił.

Uzasadniając tę czynność, Zamawiający podał, że:
„W dniu 29.09.2021 roku Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3) ustawy Pzp. Na czynność unieważnienia Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. p. oraz Kancelaria Prawna P. C. złożyli w dniu 11.10.2021 roku odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając 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. W przedmiotowym odwołaniu zażądał jego uwzględnienia i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, a także nakazanie dalszego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu. W wyroku wydanym w dniu 08.11.2021 roku w sprawie o sygn. akt KIO 3004/21 Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. Stosując się do wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 3004/21 Zamawiający dokonał następujących czynności:

1) W pierwszej kolejności unieważnił czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

Następnie:

2) Sekretarz Komisji Przetargowej, powołanej do przedmiotowego postępowania, skierował wniosek do Głównej Księgowej Szpitala, w którym zwrócił się z prośba o zapoznanie się z treścią wyroku i przeanalizowanie możliwości budżetowych, pod kątem ew. zwiększenia kwoty na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia;

3) Sekretarz Komisji Przetargowej otrzymał odpowiedź od Głównej Księgowej Szpitala, wskazującą na brak możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia do wartości najkorzystniejszej cenowo oferty;

4) W związku z koniecznością zastosowania się do wyroku KIO a także biorąc pod uwagę stanowisko Głównej Księgowej, zebrała się komisja przetargowa, powołana do przedmiotowego postępowania zarządzeniem nr 144/PN/2021. Komisja omówiła tezy zawarte w wyroku o sygn. KIO 3004/21, przeanalizowała wnikliwie stanowisko Głównej Księgowej Szpitala i podjęła decyzję o przedłożeniu swojego stanowiska Dyrektorowi Naczelnemu, Panu J. K. Ze spotkania komisji została sporządzona notatka, która wraz ze stanowiskiem Głównej Księgowej oraz rekomendacją Komisji Przetargowej, została przekazana Dyrektorowi Naczelnemu;

5) Na podstawie otrzymanych informacji, Kierownik Zamawiającego - J. K., podjął decyzję o ponownym unieważnieniu przedmiotowego postępowania, ze względu na brak możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie do ceny najkorzystniejszej oferty (tj. na podstawie art. 255 pkt 3) ustawy Pzp).”.

Odwołujący podniósł, że w dalszym ciągu kwestionuje poprawność dokonanej czynności unieważnienia postępowania identyfikując podaną przez zamawiającego przy otwarciu ofert kwotę, jaką ten zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jako pozorną. Odwołujący wskazał, że powyższą ocenę pozorności co do zadeklarowanej kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, opiera przede wszystkim na faktycznej

wartości przedmiotu zamówienia 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 brutto 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, chociażby zbliżone będą 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, 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). Odwołujący wskazywał, że pozorność czynności stanowi jedną z wad oświadczeń woli skutkującą ich nieważnością (art. 83 § 1 k.c.), a skoro opublikowanie przez zamawiającego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia mającej charakter pozorny, służyć miało wypaczeniu wyżej przytoczonych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czynność taka, służąca do obejścia przepisów ustawy, a przede wszystkim samo unieważnienie postępowania, powinny być uznane za nieważne również w świetle przepisu art. 58 § 1 k.c. Odwołujący argumentował także, że treść uzasadnienia czynności ponownego unieważnienia postępowania w żaden sposób nie odnosi się do sposobu ustalenia kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Brak jest tam jakiejkolwiek próby wykazania, że kwota ta została określona na uprawnionych i rzeczywistych podstawach oraz że nie prowadzi to do obejścia przepisów

ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł także, że 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 wysokością poprzednio ponoszonych z tego tytułu wydatków), nadal aktualnym jest 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 obiektywnie wartości zamówienia, w tym poprzez wartości złożonych ofert.

Odwołujący podniósł, że analiza uzasadnienia kwestionowanej niniejszym odwołaniem czynności zamawiającego nie daje przede wszystkim podstaw do stwierdzenia, jakoby kwota jaką zamawiający podał przed otwarciem ofert była 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). Co więcej, wbrew orzeczeniu wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 3004/21, zamawiający nie wykazał, iż nie dysponuje środkami umożliwiającymi wybór oferty najkorzystniejszej. Sama treść uzasadnienia stanowi w przeważającej mierze przytoczenie stanu faktycznego do wydania przez Izbę wspomnianego wyroku i ogólnikową wręcz informację, że Główna Księgowa Szpitala zajęła stanowisko o braku możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia do wartości najkorzystniejszej cenowo oferty, co nie licuje z nakazami wyrażonymi w motywach rozstrzygnięcia Izby.

Zdaniem odwołującego opisany wyżej sposób procedowania 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 kosztów związanych z wykonaniem tego zamówienia, jawi się wręcz jako niemożliwe i stawia pod znakiem zapytania celowość wszczynania procedury zakupowej czy też rzeczywistych intencji zamawiającego związanych z tym postępowaniem.

Zamawiający wniósł o odrzucenie, ewentualnie o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z 29 września 2021 r., wyrok Izby z dnia 8 listopada 2021 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 3004/21, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 21 grudnia 2021 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 255 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli 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.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowej obsługi

prawnej na rzecz Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego.

Ustalono także, że zamawiający oszacował w dniu 21 czerwca 2021 r. wartość zamówienia na kwotę 75 tys. zł netto za miesiąc świadczenia usługi i 3.600.000 zł za okres 48 miesięcy.

Ustalono ponadto, że termin składania ofert upływał 21.09.2021 r., o 9:30, a zaś otwarcie ofert odbyło się w tym samym dniu o g. 10:00. Informacja z otwarcia ofert została opublikowana przez zamawiającego na jego stronie internetowej 21 września 2021 r. o godzinie 22:20. W informacji wskazano, że kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć

na realizację zamówienia dla części Postępowanie wynosi 1.771.200,00 zł brutto. Ze

wspomnianej informacji wynika też, że oferty w postępowaniu złożyli dwaj wykonawcy:

1) odwołujący, z ceną 4.132.681,92 zł brutto;

2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (Kancelaria Radcy Prawnego P. S., Kancelaria Radcy Prawnego M.K., Kancelaria Radcy Prawnego M.A.-P., Kancelaria Radcy Prawnego A. B., Kancelaria Prawnicza Radca Prawny G. S.-O., Kancelaria Adwokacka Adwokat K. S.) z ceną brutto 4.250.880,00 zł brutto.

Ustalono także, że 29 września 2021 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców unieważnieniu postępowania na podstawie przepisu art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym ww. czynności zamawiający wskazał: 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.

W dalszej kolejności ustalono, że wobec ww. czynności zamawiającego odwołujący wniósł 11 października 2021 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący w ww. odwołaniu 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.

Następnie ustalono, że Krajowa Izba Odwoławcza, wyrokiem z dnia 8 listopada 2021 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 3004/21 nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. W uzasadnieniu ww. orzeczenia Izba wskazała m.in. iż:

„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.”. (...)

„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.”. (.)

„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.”.

W dalszej kolejności ustalono, że 1 grudnia 2021 r., zamawiający unieważnił czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia z

29.09.2021 r.

Następnie ustalono, że 21 grudnia 2021 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności zamawiający wskazał, co następuje:

Zamawiający, w dniu 12.08.2021 roku wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Świadczenie kompleksowej obsługi prawnej na rzecz Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w Gdańsku. Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 21.09.2021 roku (godzina 09:30) oferty złożyło dwóch Wykonawców:

Wartość obydwu ofert, złożonych w przedmiotowym postępowaniu znacznie przekraczała kwotę jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, która wynosi 1.771.200,00zł.

W dniu 29.09.2021 roku Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie nana podstawie art. 255 pkt 3) ustawy Pzp. Na czynność unieważnienia Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. p. oraz Kancelaria Prawna P. C. złożyli w dniu 11.10.2021 roku odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając 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. W przedmiotowym odwołaniu zażądał jego uwzględnienia i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, a także nakazanie dalszego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

W wyroku wydanym w dniu 08.11.2021 roku w sprawie o sygn. akt KIO 3004/21 Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Stosując się do wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 3004/21 Zamawiający dokonał następujących czynności:

1) W pierwszej kolejności unieważnił czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Następnie:

2) Sekretarz Komisji Przetargowej, powołanej do przedmiotowego postępowania, skierował wniosek do Głównej Księgowej Szpitala, w którym zwrócił się z prośba o zapoznanie się z treścią wyroku i przeanalizowanie możliwości budżetowych, pod kątem ew. zwiększenia kwoty na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia

3) Sekretarz Komisji Przetargowej otrzymał odpowiedź od Głównej Księgowej Szpitala, wskazującą na brak możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia do wartości najkorzystniejszej cenowo oferty

4) W związku z koniecznością zastosowania się do wyroku KIO a także biorąc pod uwagę stanowisko Głównej Księgowej, zebrała się komisja przetargowa, powołana do przedmiotowego postępowania zarządzeniem nr 144/PN/2021. Komisja omówiła tezy zawarte w wyroku o sygn. KIO 3004/21, przeanalizowała wnikliwie stanowisko Głównej Księgowej Szpitala i podjęła decyzję o przedłożeniu swojego stanowiska Dyrektorowi Naczelnemu, Panu J. K. Ze spotkania komisji została sporządzona notatka, która wraz ze stanowiskiem Głównej Księgowej oraz rekomendacją Komisji Przetargowej, została przekazana Dyrektorowi Naczelnemu

5) Na podstawie otrzymanych informacji, Kierownik Zamawiającego J. K., podjął decyzję o ponownym unieważnieniu przedmiotowego postępowania, ze względu na brak możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie do ceny najkorzystniejszej oferty (na podstawie art. 255 pkt 3) ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający wskazuje, iż 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.

Izba postanowiła oddalić wnioski zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3, art. 528 pkt 4 oraz art. 528 pkt 5 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 528 Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;

4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego;

5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu;

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający w trakcie posiedzenia 13 stycznia 2022 r. podniósł, że odwołujący powziął informację o wysokości kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia we wrześniu 2021 r. Wskazał, że jeśli odwołujący uważał, iż kwota ta jest zaniżona, to powinien wnieść odwołanie w terminie liczonym od daty powzięcia informacji o tej okoliczności. Wniosek zamawiającego okazał się niezasadny. Wbrew stanowisku zamawiającego odwołanie nie zostało skierowane wobec czynności polegającej na ustaleniu kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, ale wobec czynności unieważnienia postępowania z dnia 21 grudnia 2021 r.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 12 stycznia 2022 r. podniósł, że odwołujący powołał się w odwołaniu wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia Izby zawartego w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 3004/21. Wniosek zamawiającego okazał się oczywiście niezasadny. Przedmiotem obecnego odwołania była czynność unieważnienia postepowania z dnia 21 grudnia 2021 r. co do której odwołujący sformułował obecnie zarzuty, iż nie uwzględnia ona wskazówek wynikających z wyroku Izby z dnia 8 listopada 2021 r. Oczywistym jest, że Izba w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. nie mogła wypowiadać się o zgodności z tym wyrokiem czynności podjętej przez zamawiającego dopiero w dniu 21 grudnia 2021 r. Wobec powyższego wniosek oddalono.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 12 stycznia 2022 r. podniósł, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 8 listopada 2021 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 3004/21. Wniosek zamawiającego okazał się oczywiście niezasadny. Jak wynikało z sentencji ww. wyroku Izba nakazała zamawiającemu „unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.”. Realizując ww. wyrok zamawiający unieważnił czynność unieważnienia postępowania pismem z dnia 1 grudnia 2021 r. Obecne odwołanie nie zostało zatem wniesione wobec ww. czynności wykonanej zgodnie z wyrokiem Izby. Wobec powyższego wniosek podlegał oddaleniu.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby w analizowanej sprawie stwierdził, że rację ma odwołujący podnosząc w odwołaniu, że zamawiający nie zastosował się do wskazówek wynikających z uzasadnienia wyroku Izby z 8 listopada 2021 r., wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 3004/21.

Na wstępie podkreślenia wymagało, że skoro zamawiający nie skorzystał z uprawnienia do zaskarżenia ww. wyroku, to jego obowiązkiem było zastosować się do jego treści.

Przypomnieć należało, że Krajowa Izba Odwoławcza, wyrokiem z 8 listopada 2021 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 3004/21 nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. W uzasadnieniu ww. orzeczenia Izba wskazała m.in. iż:

„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.”. (.)

„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 postępowaniu. ” (...)

„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.”.

Jak wynikało z przytoczonych powyżej fragmentów uzasadnienia wyroku Izby z dnia 8 listopada 2021 r., zamawiający - w specyficznych okolicznościach analizowanej sprawy, jakimi było przeznaczenie na sfinansowanie zamówienia kwoty stanowiącej zaledwie 1/3 wartości szacunkowej zamówienia - zobowiązany został do wykonania zaleceń szczegółowo opisanych przez Izbę.

Po pierwsze, Izba w poprzednim orzeczeniu wytknęła zamawiającemu, że powoływane przez niego ówcześnie okoliczności mające uzasadniać zmniejszenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do wartości 1/3 wartości szacunkowej (to jest: 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) nie powstały dopiero w okresie pomiędzy szacowaniem wartości zamówienia, a terminem otwarcia ofert. Innymi słowy Izba w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. uznała, że zamawiający mógł się powołać

tylko na takie okoliczności, które zaistniały między datą szacowania wartości zamówienia, przypadającą w czerwcu 2021 r. a datą otwarcia ofert, to jest 21 września 2021 r. Powyższe Izba wywiodła z treści art. 83 Pzp, który stanowi, że:

Zamawiający publiczny, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, dokonuje analizy potrzeb i wymagań, uwzględniając rodzaj i wartość zamówienia.

2. Analiza, o której mowa w ust. 1, obejmuje w szczególności:

1) badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych;

2) rozeznanie rynku:

a) w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb,

b) w aspekcie możliwych wariantów realizacji zamówienia albo wskazuje, że jest wyłącznie jedna możliwość wykonania zamówienia.

3. Analiza, o której mowa w ust. 1, wskazuje:

1) orientacyjną wartość zamówienia dla każdego ze wskazanych wariantów, o których mowa

w ust. 2 pkt 2 lit. b;

2) możliwość podziału zamówienia na części;

3) przewidywany tryb udzielenia zamówienia;

4) możliwość uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia;

5) ryzyka związane z postępowaniem o udzielenie i realizacją zamówienia.

Izba w tej sprawie stwierdziła, że pełnomocnik zamawiającego w trakcie rozprawy w dniu 13 stycznia 2022 r. oświadczył wyraźnie do protokołu: „Zamawiający oświadcza, że w momencie wszczęcia postępowania posiadał wiedzę, że usługa zamawiana jest mu potrzebna, natomiast wszczynając postępowanie miał zabezpieczone środki na kwotę 1 mln 700 zł". Powyższe oświadczenie pełnomocnika zamawiającego dowodziło, że żadna z okoliczności, na jakie powoływał się zamawiający ówcześnie jak i na rozprawie w dniu 13 stycznia 2022 r., nie powstały dopiero pomiędzy szacowaniem wartości zamówienia, a terminem otwarcia ofert i to nie one były powodem ustalenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia na poziomie równym 30% wartości szacunkowej zamówienia. W związku z powyższym Izba w analizowanej sprawie stwierdziła, że zamawiający nie zastosował się do. ww. wskazówek i nakazów wynikających z uzasadnienia wyroku Izby wydanego w sprawie sygn. akt KIO 3004/21.

Po drugie, z mocy ww. wyroku z 8 listopada 2021 r. zamawiający zobowiązany był kolejno do ustalenia, jednej z dwóch następujących okoliczności. Zamawiający zobowiązany został do stwierdzenia, 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.

Jak wynikało z uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia z 21 grudnia 2021 r., jak i z notatki z posiedzenia komisji przetargowej, opinii głównej księgowej i innych dokumentów wewnętrznych zamawiającego, zalegających w dokumentacji postępowania, zamawiający nie ustalił, aby ceny ofertowe uzyskane w postępowaniu odbiegały od cen realizowanych umów we wcześniejszym okresie, tak że niezasadnym byłoby wydatkowanie kwoty na realizację zamówienia. W uzasadnieniu faktycznym czynności, jak i w dokumentach przekazanych przez zamawiającego próżno było szukać tego typu ustaleń. Wobec powyższego uznano, że zamawiający nie ustalił ww. faktu, pomimo nakazu Izby.

Zamawiający alternatywnie zobowiązany był do zbadania, czy wobec tak drastycznej różnicy między wartością szacunkową zamówienia a kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, nie popełniono błędu przy określeniu wartości szacunkowej zamówienia. Izba stwierdziła, że tego typu ustaleń również brak było w uzasadnieniu faktycznym czynności unieważnienia, notatkach z posiedzenia komisji i opinii głównego księgowego. Co więcej, w trakcie rozprawy w dniu 13 stycznia 2022 r. pełnomocnik zamawiającego przyznał wyraźnie,

że wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez zamawiającego w czerwcu 2021 r. na kwotę aż 3.600.000 zł netto z należytą starannością. Wobec powyższego należało dojść do wniosku, że zamawiający nie zastosował się do ww. wskazówek wynikających wyraźnie z uzasadnienia wyroku Izby z dnia 8 listopada 2021 r.

Jak wynikało z treści uzasadniania faktycznego wyroku Izby z dnia 8 listopada 2021 r, wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 3004/21 kolejnym powodem uwzględnienia poprzedniego odwołania było to, że zamawiający ówcześnie nie sporządził prawidłowego uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia. Izba w ww. wyroku wskazała, że zamawiający nie przeprowadził i nie utrwalił na piśmie, jakie działania podjął celem zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, w nietypowych okolicznościach danej sprawy.

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutów obecnego odwołania podniósł, że również uzasadnienie faktyczne kolejnej, czyli zaskarżonej czynności unieważnienia postępowania z dnia 21 grudnia 2021 r., nie odpowiadało ww. wskazówkom Izby. Odnosząc się do tego zarzutu Izba w analizowanej sprawie stwierdziła, że uzasadnienie faktyczne obecnej czynności unieważnienia postępowania okazało się szczątkowe, lakoniczne i nie odpowiadało nakazom Izby wynikającym z wyroku z dnia 8 listopada 2021 r.

Już w poprzednim wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 3004/21 Izba, odnosząc się do uzasadnienia faktycznego pierwszej czynności unieważnienia postępowania, wskazała, że wykonawcy winni mieć możliwość zapoznania się z wszelkimi okolicznościami, mającymi wpływ na tego rodzaju czynność zamawiającego. Izba wytknęła zamawiającemu, że 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. Powyższe spostrzeżenia Izby powinny stanowić dla zamawiającego jasną wskazówkę, jak - w okolicznościach danej sprawy - powinno wyglądać uzasadnienie faktyczne czynności unieważnienia postępowania.

Izba stwierdziła, że sporządzone przez zamawiającego uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania z 21 grudnia 2021 r., nie odpowiadało ww. zaleceniom Izby. Wywody zawarte w uzasadnieniu sprowadzały się de facto jedynie do przytoczenia stanu faktycznego do wydania przez Izbę wspomnianego wyroku i zawierały ogólnikową informację, że główna księgowa szpitala zajęła stanowisko o braku możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia do wartości oferty najkorzystniejszej cenowo. W szczególności w uzasadnieniu faktycznym czynności unieważnienia postępowania próżno było szukać jakiejkolwiek informacji na temat tego, jakie powody skłoniły główną księgową do zajęcia takiego stanowiska. Na ten temat w uzasadnieniu nie podano jakichkolwiek danych.

W tym kontekście należało zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp, o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Jak wynika z przywołanego przepisu Pzp, na zamawiającego został nałożony obowiązek nie tylko poinformowania wykonawcy o czynności unieważnienia, ale także sporządzenia uzasadnienia faktycznego i prawnego takiej czynności. Sporządzenie uzasadnienia faktycznego czynności unieważniania ma doniosłe znacznie. To bowiem w oparciu o ten dokument wykonawcy dowiadują się o motywach, jakie legły u podstaw czynności zamawiającego. Na podstawie argumentacji w nim zawartej wykonawcy podejmują decyzję o skorzystaniu lub nie ze środków ochrony prawnej przysługujących im wobec tej czynności.

Izba podziela w całej rozciągłości stanowisko o doniosłości instytucji uzasadnienia czynności zamawiającego, wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż „(...) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegającego na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada

ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący - wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu - wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)".

Orzeczenie Sądu to dotyczyło wprawdzie instytucji uzasadnienia czynności wykluczenia wykonawcy, jednakże poglądy tam wyrażone znajdują także zastosowanie do uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania. Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów".

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że odwołujący dopiero na rozprawie dowiedział się od zamawiającego o rzeczywistych, konkretnych motywach zaskarżonej czynności. Dopiero w trakcie rozprawy zamawiający poinformował odwołującego, dlaczego jego zdaniem niemożliwe było zwiększenie kwoty finansowania do ceny oferty najkorzystniejszej. Dopiero w trakcie rozprawy zamawiający ujawnił bowiem, że na przeszkodzie zwiększeniu finansowania stanęły następujące okoliczności:

a) stan zaległości ze strony NFZ na nadwykonania usług medycznych,

b) wydanie decyzji przez Wojewodę Pomorskiego co do konieczności utworzenia i utrzymania przez zamawiającego tzw. „łóżek covidowych",

c) ujemne saldo na rachunku zysków i strat zamawiającego w okresie październik-listopad 2021r.,

d) wzrost cen za podstawowe wyroby medyczne jednorazowego użytku tj. maski, rękawice i fartuchy w okresie styczeń-grudzień 2021 r.

e) wzrost cen zakupu energii elektrycznej i gazu ziemnego,

f) konieczność zakupu towarów i usług niezbędnych po pożarze w niektórych pomieszczeniach zamawiającego.

Izba stwierdziła, że ujawnienie ww. rzeczywistych powodów unieważnienia postępowania odwołującemu dopiero w trakcie rozprawy należało uznać za spóźnione, z przyczyn omówionych wcześniej.

Wobec powyższego Izba, działając na podstawie art. 541 Pzp, postanowiła oddalić wnioski zarówno zamawiającego jak i odwołującego o przeprowadzenie dowodów z dokumentów, dotyczących ww. okoliczności, jako powołanych dla zwłoki. Izba stwierdziła bowiem, że dokumenty te służyły wykazaniu faktów, niemających znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, w kontekście sporządzonego przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego zaskarżonej czynności. Podkreślenia wymaga także, że zgodnie z art. 555 Pzp,

Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Kierując się powyższymi rozważaniami, Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 255 pkt 3 i art. 16 Pzp.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia ustawy Pzp, mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, w sposób opisany w pkt 1 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w

oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....