

WYROK
z dnia 27 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2011 r. przez wykonawcę

Powszechny Zakład Ubezpieczeń na życie S.A.

Al. Jana Pawła II 24, 00-133 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Collegium Medicum im. Ludwika Rydygiera w Bydgoszczy

ul. Jagiellońska 13—15, 85-067 Bydgoszcz

przy udziale wykonawcy **Compensa Towarzystwo Ubezpieczeń na życie S.A. Vienna**

Insurance Group Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa zgłaszającego swoje

przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokonanie czynności badania i oceny złożonych ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń na życie S.A. tytułem wpisu od odwołania,**

1

2.2. zasądza od Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu na rzecz Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń na życie S.A. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Toruniu.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu – Collegium Medicum im. Ludwika Rydygiera w Bydgoszczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „usługi w zakresie dobrowolnego grupowego ubezpieczenia pracowniczego na życie w Collegium Medicum w Bydgoszczy” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 4 lutego 2011 r. w Dz. Urz. UE. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

5 maja 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych uzasadniając swoją decyzję tym, że w trakcie badania ofert doszedł do wniosku, że jedno

z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wymóg zapewnienia co najmniej jednego świadczenia bezgotówkowego odbioru w aptece produktów o wartości 300 zł – w przypadku pobytu w szpitalu z powodu choroby lub nieszczęśliwego wypadku (zgodnie z OWU danego wykonawcy z tytułu ubezpieczenia na wypadek leczenia szpitalnego) ma charakter niekonkurencyjny i wskazuje tylko na jednego wykonawcę zdolnego do wykonania zamówienia. W rezultacie inni wykonawcy powstrzymali się od złożenia ofert w postępowaniu lub złożyli oferty podlegające odrzuceniu. Jedyna oferta prawidłowo złożona w postępowaniu jest ofertą droższą oraz znacząco mniej korzystną dla pracowników zamawiającego, co powoduje, że dalsze prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nie tylko niezgodne z zasadami systemu zamówień publicznych, ale również pozostaje w sprzeczności z zasadą celowego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych. Zamawiający działał pod wpływem błędu – na etapie przygotowywania postępowania nie posiadał on wiedzy, iż możliwa jest realizacja ww. świadczenia w formie innej niż bezgotówkowy odbiór produktów, stąd był błędnie przekonany, że jego opis przedmiotu zamówienia zapewni realizację jego potrzeb w zakresie ubezpieczenia pracowników, jak również zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie oraz efektywność, oszczędność i racjonalność wydatkowania środków publicznych. Powyższy błąd został potwierdzony informacjami uzyskanymi ze złożonych ofert. Gdyby zamawiający nie pozostawał pod wpływem tego błędu, zrezygnowałby z zapisu dotyczącego formy bezgotówkowej świadczenia. Z uwagi na fakt, iż na tym etapie postępowania nie ma

3

możliwości usunięcia wadliwych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, postępowanie zostaje unieważnione.

16 maja 2011 r. Odwołujący – Powszechny Zakład Ubezpieczeń na życie S.A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy nie zaistniała przesłanka do unieważnienia postępowania i bezzasadne uznanie, że wskazane nieścisłości w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowią wadę postępowania umożliwiającą zawarcie ważnej umowy,
2. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i zaniechanie prowadzenia postępowania,
3. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty bez wskazania podstaw prawnych i faktycznych podjętej decyzji,
4. art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie skutkujące niezgodnym z ustawą zaniechaniem wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnieniem postępowania,
5. naruszenie innych przepisów ustawy wskazanych w uzasadnieniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu przedmiotowego postępowania,
2. dokonania wobec wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu uprzednio zaniechanych czynności, polegających na dokonaniu czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
3. przyznanie Odwołującemu zwrotu kosztów postępowania wywołanych wniesieniem niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż Zamawiający posiada uprawnienia do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak jest to możliwe, gdy spełniona są łącznie następujące przesłanki: wada postępowania musi być do tego stopnia istotna, że nie da się jej usunąć i powoduje, że nawet gdyby umowa została zawarta, to i tak byłaby względnie nieważna (podlegałaby unieważnieniu). Przesłanki unieważnienia postępowania należy interpretować ściśle i nie jest w tym zakresie dopuszczalna, nieznajdująca podstawy w przepisach decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania. Zamawiający oparł decyzję o unieważnieniu postępowania na bezpodstawnych, nieuzasadnionych przypuszczeniach i domysłach, iż

skutkowało naruszeniem zasady konkurencyjności, nie popiera jednak tej tezy żadnymi argumentami. Wskazuje jedynie, iż przedmiotowy zapis mógł wyrzucić skutek w postaci nieprzystąpienia innych wykonawców do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu lub złożenia przez nich ofert podlegających odrzuceniu. Zamawiający nie wykazał także, że wskazane wymaganie było naruszeniem ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie wykazał również, by jakiegokolwiek oferty w przedmiotowym postępowaniu podlegały odrzuceniu. Ponadto nawet jeżeli niektóre bądź nawet większość ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu mogła podlegać odrzuceniu, Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, iż powodem odrzucenia był niekonkurencyjny zapis specyfikacji, a nie błędy w ofercie leżące po stronie wykonawcy. Nie mniej jednak Odwołujący wskazuje na powszechność stosowania podobnych lub identycznych zapisów dotyczących tzw. „ryczałtu na leki” w innych postępowaniach mających za przedmiot grupowe ubezpieczenie na życie, w których wygrywały inne niż Odwołujący towarzystwa ubezpieczeniowe (Odwołujący przedstawił na dowód specyfikacje tych postępowań i wybranych ofert). Ponadto przedmiotowe postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zostały w żadnym z tych postępowań zaskarżone. Tym samym za zupełnie bezpodstawny uznać należy zarzut Zamawiającego wskazujący na ograniczenie konkurencji poprzez zapis dotyczący ryczałtu na leki.

W ocenie Odwołującego zastosowany opis przedmiotu zamówienia pozwala każdemu wykonawcy zajmującemu się materią grupowych ubezpieczeń na życie złożenie oferty w sposób odpowiadający potrzebom Zamawiającego. Oczywiście, celem dostosowania oferty do wymagań konkretnego zamawiającego, w konkretnym postępowaniu, niezbędne jest dokonanie pewnych modyfikacji w formie aneksów w stosunku do standardowej oferty wykonawcy, ale zachowanie takie jest oczywiste i to na wykonawcy ciąży obowiązek dostosowania oferowanego produktu do potrzeb zamawiającego, a nie przeciwnie. Zamawiający w swoim poprzednim postępowaniu na ten sam przedmiot zamówienia dokonał opisu przedmiotu zamówienia z podobnymi zapisami w zakresie dodatkowego świadczenia bezgotówkowego odbioru w aptece produktów oraz wybrał ofertę Compensa Towarzystwo Ubezpieczeń na życie S.A. Vienna Insurance Group. Natomiast w roku 2011 oferta PZU była najlepsza cenowo i w podobnych warunkach wykonawców potraktowano w zgoła odmienny sposób – unieważniono postępowanie. Analizując zachowanie Zamawiającego oraz złożenie oferty przez Compensę przy braku próby kwestionowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w drodze odwołania lub pytań, oferta Compensy zostałaby wybrana bez unieważnienia postępowania. Powyższe prowadzi do wniosku, iż Zamawiający właśnie unieważnieniem postępowania narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem w tożsamych stanach faktycznych w zależności od tożsamości

wykonawcy, który złoży ofertę najkorzystniejszą, bądź wybiera jego ofertę, gdy odpowiada mu tożsamość wykonawcy bądź unieważnia postępowanie, gdy okazuje się, iż ofertę najkorzystniejszą złożył inny wykonawca.

W ocenie Odwołującego uprawnieniem Zamawiającego, szczególnie w sytuacjach jak wydatkowanie funduszy pracowników, jest dokonanie takiego opisu przedmiotu zamówienia, by usługi oferowane przez wykonawców odpowiadały zapotrzebowaniu i wymaganiom jego pracowników. Działania takie nie naruszają norm zawartych ani w art. 29, ani tym bardziej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dlatego działanie Zamawiającego polegające na unieważnieniu postępowania z uwagi na niekonkurencyjność zapisów specyfikacji, będących korzystnymi i pożądanymi przez pracowników Zamawiającego, nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy. Odwołujący wskazał też, iż uwzględniając orzecznictwo KIO, za prawidłową uznać można w szczególnych przypadkach sytuację, gdy ofertę może złożyć tylko jeden podmiot. Dodatkowo postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich i prowadzone było w trybie przetargu i pomimo formalnych możliwości, żaden wykonawca nie zakwestionował zarówno warunków udziału w przetargu, jak i opisu przedmiotu zamówienia. Postanowienia specyfikacji istotnych

warunków zamówienia były dla wykonawców zrozumiałe, jednoznaczne, precyzyjne i nie powodowały konieczności zadawania znacznej liczby dodatkowych pytań oraz jako nieograniczające konkurencji nie generowały konieczności składania odwołań na etapie poprzedzającym składanie ofert.

Zamawiający uzasadniając przedmiotową decyzję nie wykazał, że uchybienie miało wpływ na ważność umowy, która miałaby zostać zawarta w niniejszym postępowaniu. Zamawiający wskazując jako podstawę unieważnienia przepis art. 93 ust. 1 pkt 7, nie odniósł się w żaden sposób do normy z art. 146 ust. 1 określającej enumeratywnie przesłanki nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, bowiem, w ocenie Odwołującego, żadna z tych przesłanek nie miała miejsca w niniejszej sprawie faktycznej. W wyliczeniu podstaw unieważnienia zawartych w art. 146 ust. 1 brak jest przepisów odpowiadających treści poprzednio obowiązującym art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6, które stanowiły o wadzie umowy zawartej z rażącym naruszeniem ustawy lub z naruszeniem przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Zatem wadliwy opis przedmiotu zamówienia nie może stanowić podstawy unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie przedstawił swojego stanowiska, nie stawiał się również na rozprawie.

6

Przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiła Compensa Towarzystwo Ubezpieczeń na życie S.A. Vienna Insurance Group wnosząc o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego.

Przystępujący uzasadnił swój interes w przystąpieniu tym, że w przypadku uznania odwołania, interes Przystępującego doznałby uszczerbku na skutek unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu przedmiotowego postępowania, co skutkowałoby koniecznością dokonania badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia w odniesieniu do minimalnego obligatoryjnego zakresu świadczeń wskazuje wyłącznie na ofertę Odwołującego, a Przystępujący zostałby pozbawiony szans na uzyskanie zamówienia.

Zdaniem Przystępującego bezzasadne jest twierdzenie Odwołującego, jakoby nie została wypełniona dyspozycja art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Istotą bowiem prowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, jest stworzenie sytuacji możliwości wyboru przez Zamawiającego oferenta. Staje się to niewykonalne, gdy może zostać zgłoszona tylko jedna oferta.

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zasada równości wyraża się w równym dostępie do rynku zamówień publicznych, bez jakiegokolwiek dyskryminacji, czy też uprzywilejowania któregośkolwiek z wykonawców.

W opisie przedmiotu zamówienia dotyczącego minimalnego obligatoryjnego zakresu świadczeń w ramach przedmiotu zamówienia dla grupy I oraz II wskazano konieczność zaproponowania co najmniej jednego świadczenia bezgotówkowego odbioru w aptecę produktów o wartości 300,00 zł – w przypadku pobytu w szpitalu z powodu choroby lub nieszczęśliwego wypadku (zgodnie z OWU danego wykonawcy z tytułu ubezpieczenia na wypadek leczenia szpitalnego). Takie sformułowanie stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, a przeciwnie twierdzenia Odwołującego należy uznać za nieprawdziwe i jako takie nie zasługujące na uwzględnienie. Podnoszona przez Odwołującego rzekoma tożsamość opisów przedmiotu zamówienia w poprzednio prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach, jest w tym przypadku irrelevantna, istotą bowiem przedmiotowej sprawy jest fakt ograniczenia konkurencji poprzez sformułowanie przywołanego zapisu specyfikacji w sposób powodujący, iż tylko jeden podmiot – Odwołujący jest w stanie zaproponować produkt zgodny z tak postawionym wymaganiem, wymaga bowiem zaoferowania bezgotówkowego odbioru produktów w aptecę, do czego niezbędne jest, aby ubezpieczyciel miał podpisane umowy z konkretnymi aptekami, a jedynym podmiotem działającym na rynku grupowych ubezpieczeń, który ma podpisane umowy z aptekami, jest Odwołujący i tylko Odwołujący posiada w swojej ofercie kartę apteczną umożliwiającą bezgotówkowy odbiór produktów. Inni wykonawcy, w tym

7

Przystępujący, realizują ten cel w inny sposób, przykładowo poprzez wypłatę określonej kwoty świadczenia w momencie wypisu pacjenta ze szpitala, więc ubezpieczony ma zapewnione finansowanie potrzebnych mu leków. Wbrew twierdzeniom Odwołującego złożona przez niego oferta, nie była w przedmiotowym postępowaniu ofertą najkorzystniejszą, prawdopodobnie była to bowiem jedyna niepodlegająca odrzuceniu oferta. Oferta Przystępującego, który zaproponował produkt polegający na wypłacie dodatkowego świadczenia w złotych polskich, jest o wiele bardziej korzystna dla ubezpieczonych, ponieważ świadczenie to może zostać zrealizowane w każdej aptece, w odróżnieniu od świadczenia Odwołującego, które jest przypisane do konkretnych punktów aptecznych. W związku z tym, jak wskazał Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania, przedmiotowe postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia skutkuje tym, że tylko jeden wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, pomimo istnienia konkurencyjnych świadczeń na rynku. W rezultacie inni wykonawcy powstrzymali się od składania ofert w postępowaniu lub złożyli oferty podlegające odrzuceniu. Tym samym fakt naruszenia zasady równego traktowania wykonawców przy określaniu warunków, jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia, nie może zostać zignorowany. Słuszne jest zatem stanowisko Zamawiającego.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych w pismach oraz podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba stwierdziła także, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do zarzutu nieprawidłowego unieważnienia postępowania, Izba przyznała rację Odwołującemu nie stwierdziwszy, iż przedmiotowe postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

W niniejszym postępowaniu złożono dwie oferty i jakkolwiek Zamawiający nie poinformował wykonawców oficjalnie o wynikach badania i oceny ofert, z informacji o unieważnieniu postępowania oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy można wnioskować, że oferta Przystępującego – tańsza, podlegałaby odrzuceniu ze względu na to, że wykonawca zamiast bezgotówkowego odbioru leków z apteki zaoferował świadczenie pieniężne, a Zamawiający

8

musiałby uznać za najkorzystniejszą ofertę Odwołującego – droższą i z mniej korzystnymi, według niego, warunkami ubezpieczenia.

Po zapoznaniu się z przedstawioną argumentacją Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do przypisania przedmiotowemu postanowieniu cech naruszenia uczciwej konkurencji. Istotą umowy ubezpieczenia, zgodnie z art. 805 § 1 kodeksu cywilnego, jest bowiem zobowiązanie ubezpieczyciela do spełnienia określonego świadczenia w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku, w zamian za zapłatę przez ubezpieczającego składki. Zatem wymagania Zamawiającego muszą być spełnione w zasadzie wyłącznie w sferze „mentalnej” ubezpieczyciela, czyli polegają na chęci powzięcia przez niego danego zobowiązania, co różni się od zobowiązania „rzeczonego”, gdyż wykonawca nie jest uzależniony od cech danego przedmiotu, które mogą nie dać się zmodyfikować.

W zobowiązaniach nierzeczowych zależy to wyłącznie od woli podmiotu. Nawet więc jeśli dany ubezpieczyciel ogólnie lub w danym czasie nie oferuje pewnych warunków ubezpieczenia, nie oznacza to, że nie może tego zrobić na życzenie klienta – normalne jest bowiem, że ubezpieczyciele przygotowują różne opcje ubezpieczenia dla różnych rodzajów podmiotów, grup zawodowych czy też oferty indywidualne. Tak więc w tym wypadku można stwierdzić, że nie zachodziła okoliczność, w której wykonawcy z przyczyn obiektywnych nie byli w stanie zaoferować wymaganego rozwiązania.

Przy tym z brzmienia wymagania nie wynika okoliczność, którą podkreślał Przystępujący, że każdy ubezpieczyciel musiałby zaoferować kartę apteczną, jaką oferuje PZU i w tym celu zawierać umowy z aptekami. Bezgotówkowy odbiór leków jest bowiem możliwy również

w inny sposób, np. poprzez wydanie ubezpieczonemu bonów lub karty płatniczej przedpłaconej. Natomiast Przystępujący nie był w stanie przedstawić Izbie rzeczowego wyjaśnienia, dlaczego nie mógł zaoferować którejś z tych opcji, nie są bowiem takimi stwierdzenia, że musiałby uzyskać zgodę właściciela mającego siedzibę w Austrii, czy ponieść koszty ich zakupu, podczas gdy świadczenie gotówkowe jest tańsze. Sposób zarządzania Przystępującym jest bowiem jego wewnętrzną sprawą, natomiast koszty świadczenia usługi są zwyczajną okolicznością po stronie wykonawcy i w rzeczywistości są przenoszone na klientów, czyli zostałyby ujęte w oferowanej wysokości składki. Zrozumiałe jest, że Przystępujący, aby być konkurencyjny, chce oferować jak najniższe składki, lecz nie oznacza to, że ma nie spełniać wymagań warunków ubezpieczenia. Podczas rozprawy Przystępujący wskazał, że w ubiegłym roku przedmiotowe wymaganie nie było obligatoryjne, lecz fakultatywne i również zostały złożone tylko dwie oferty – Odwołującego i Przystępującego (wybrana), co potwierdza stanowisko Izby, że brzmienie warunku nie musiało mieć wpływu na liczbę ofert, które wpłynęły. W niniejszym postępowaniu żaden z wykonawców nie zgłaszał również zastrzeżenia co do

9

przedmiotowego wymogu, czy to poprzez wniesienie odwołania, czy choćby wniosku o zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Również to, że wykonawca tańszy, być może przez przeoczenie, złożył ofertę niezgodną w tym zakresie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – i we własnym interesie popiera unieważnienie postępowania – nie jest dowodem na niekonkurencyjność postanowienia.

Nie jest również podstawą unieważniania postępowania fakt, że Zamawiający, gdyby miał świadomość, że Przystępujący zaoferuje świadczenie gotówkowe, nie chcąc odrzucić tańszej oferty, inaczej sformułowałby postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Taką argumentacją mógłby posłużyć się każdy z zamawiających zmuszonych do odrzucenia najtańszej oferty, jednak nie jest ona przewidziana przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Przy tym trzeba zwrócić uwagę, że po złożeniu ofert należy brać pod uwagę nie tylko możliwe utrudnienie uczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz także interesy wykonawców, którzy złożyli oferty, szczególnie potencjalnie najkorzystniejszą, aby przepis ten nie stanowił narzędzia do manipulowania wynikiem postępowania.

Z ekonomicznego punktu widzenia zrozumiałe jest, że Zamawiający preferuje wybór tańszej oferty, nawet poprzez powtórzenie przetargu, jednak w wypadku zamówień publicznych zasadą jest – oprócz przypadków określonych w art. 93 ust. 1 oraz art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – że zamawiający nie może zakończyć postępowania bez wyboru oferty najkorzystniejszej (według definicji zawartej w art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych) i musi wybrać taką ofertę spośród złożonych i niepodlegających odrzuceniu, nawet jeśli nie jest to oferta realnie najlepsza. W niniejszym przypadku Izba podziela zdanie Odwołującego, że Zamawiający wykorzystał wskazane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby uchylić się od podpisania z nim umowy, której nie uważał dla siebie za korzystną.

Ponieważ odwołanie dotyczy okoliczności mających wpływ na wynik postępowania, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

10

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

11