

WYROK
z dnia 4 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Luiza Łamejko
Jolanta Markowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach 04.11.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum IT.expert Sp. z o.o., Lumena S.A, TiMSI Sp. z o.o., 02-305 Warszawa, al. Jerozolimskie 146d** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, 00-950 Warszawa, pl. Powstańców Warszawy 1** protestu / protestów* z dnia 17.09.2008 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i dokonanie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, 00-950 Warszawa, pl. Powstańców Warszawy 1 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum IT.expert Sp. z o.o., Lumena S.A, TiMSI Sp. z o.o., 02-305 Warszawa, al. Jerozolimskie 146d,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, 00-950 Warszawa, pl. Powstańców Warszawy 1** na rzecz **Konsorcjum IT.expert Sp. z o.o., Lumena S.A, TiMSI Sp. z o.o., 02-305 Warszawa, al. Jerozolimskie 146d** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum IT.expert Sp. z o.o., Lumena S.A, TiMSI Sp. z o.o., 02-305 Warszawa, al. Jerozolimskie 146d.**

2

Uzasadnienie

Zamawiający – **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Realizację kompleksowych usług serwisowych dla Systemu Informatycznego Nadzoru Bankowego eksploatowanego przez **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego***”, w trybie przetargu ograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 czerwca 2008 roku pod numerem 2008/S 107-143648.

Pismem z dnia 10 września 2008 roku (przekazanym wykonawcom w dniu 11 września 2008 roku) Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), ponieważ postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający wskazał, iż przyjęte przez niego kryteria oceny ofert zakładały zastosowanie przez Wykonawców cen rynkowych. Jednakże Zamawiający nie przewidział sytuacji, w której Wykonawca zastosuje ceny jednostkowe nierealne i rażąco niskie, w sposób znaczący odbiegające od przyjętej przez Zamawiającego kalkulacji, co doprowadzi do niemożności wyboru oferty najkorzystniejszej. Fakt ten, zdaniem Zamawiającego powoduje, że nie może on zawrzeć ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 17 września 2008 roku (wniesionym do Zamawiającego w dniu 18 września 2008 roku) Konsorcjum firm: IT.expert sp. z o.o., Lumena S.A., TIMSI sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 146D; 02-305 Warszawa (zwane dalej Odwołującym) wniosło protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo braku wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia,
- 2) dokonanie oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu,
- 3) wybór oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając wskazał, iż pismem z dnia 21 sierpnia 2008 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, celem ustalenia, czy oferta złożona przez Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu

3

Zamówienia. W odpowiedzi na powyższe pismo, Odwołujący złożył w dniu 25 sierpnia 2008 roku szczegółową informację o sposobie kalkulacji ceny ofertowej.

Nie ulega wątpliwości, że przedstawiona w ww. piśmie argumentacja w sposób wyczerpujący i oczywisty wskazuje na brak jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, iż zaoferowana cena jest rażąco niska. Oferta Odwołującego nie została odrzucona przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, co potwierdza jedynie fakt, iż Zamawiający uznał wyjaśnienia za zasadne. Zgodnie bowiem z tym przepisem, w przypadku gdyby dokonana ocena wyjaśnień potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę, Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia takiej oferty. Z posiadanych przez Odwołującego informacji wynika również, iż Zamawiający wysłał zapytanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. W rezultacie złożenia wyjaśnień, żadna z ofert nie została odrzucona, co potwierdza, iż na tym etapie badania ofert Zamawiający nie powziął żadnych wątpliwości odnośnie oferowanych cen. W świetle przedstawionych powyżej okoliczności zaskakujący jest fakt unieważnienia postępowania o udzielenie Zamówienia, o czym Zamawiający poinformował uczestników postępowania pismem z dnia 10 września 2008 r. Zdumiewa również argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego, zgodnie, z którą powodem unieważnienia postępowania jest fakt, że *„Zamawiający nie przewidział jednak sytuacji, w których Wykonawca zastosuje ceny jednostkowo nierealne i rażąco niskie, w sposób znaczący odbiegające od przyjętej przez Zamawiającego kalkulacji”*. W istocie bowiem, Zamawiający unieważnił postępowanie z uwagi na zbyt korzystną cenę oferty złożoną w postępowaniu. Abstrahując od argumentów formalnoprawnych (o czym mowa poniżej), już sam ten fakt budzi uzasadnione wątpliwości i nasuwa pytanie o racjonalności powyżej decyzji. Należy podkreślić, iż zasadniczym celem ustawy Prawo zamówień publicznych jest zagwarantowanie, aby podmioty objęte jej zakresem podmiotowym wydatkowały środki publiczne z zachowaniem zasady umiarkowania i racjonalnego gospodarowania swoim budżetem. W tym celu, ustawodawca stworzył mechanizmy, które zapewniają zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz transparentność postępowania. Naczelną funkcją powyższych zasad jest właśnie umożliwienie zamawiającemu dokonanie wyboru optymalnej oferty, przy możliwie jak najmniejszym obciążeniu finansowym.

Mając zatem na uwadze fakt, iż Zamawiający dokonał weryfikacji ofert budzących jego wątpliwości, czego konsekwencją było m.in. wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz fakt, iż w rezultacie postępowania wyjaśniającego nie zostały wykryte żadne nieprawidłowości, należy uznać, iż w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniały

żadne przesłanki stanowiące podstawę jego unieważnienia. Prostujący zwraca również uwagę, na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 16 maja 2007, sygn. akt UZP/ZO/O-562/07, zgodnie z którym: „*Przedmiotem oceny przez Zespół Arbitrów nie jest racjonalność*

4

gospodarowania środkami, czy trafność wyboru środków do realizacji celów Zamawiającego, lecz zgodność jego działania z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych lub innymi bezwzględnie obowiązującymi regulacjami. Niedoskonałości Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, kwalifikowane - być może - w kategorii gospodarności bądź jej braku, czy też celowości działania Zamawiającego, nie stanowią uchybień, które stanowiłyby podstawę unieważnienia postępowania z urzędu”.

Nie ulega też wątpliwości, iż unieważnienie postępowania jest rozwiązaniem wyjątkowym i jako takie powinno być traktowane jako ostateczność. W konsekwencji, Zamawiający powinien dysponować niepodważalną przesłanką wymienioną w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp, którą dodatkowo jest w stanie udowodnić. Potwierdzają to zarówno poglądy doktryny jak i orzecznictwo. Tytułem przykładu, Odwołujący wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2008, sygn. akt KIO/UZP 248/08, zgodnie, z którym: „*W przypadku unieważnienia postępowania na zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia zaistnienia jednej z przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp*”. W zaistniałych okolicznościach, w pełni aktualna jest również teza postawiona w jednym z orzeczeń, zgodnie, z którą: „*unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 może mieć miejsce tylko wyjątkowo, w sytuacjach nadzwyczajnych, gdy samo postępowanie obarczone jest tak istotną nieprawidłowością, że doszłoby do zawarcia umowy bezwzględnie nieważnej. Wady takie ustawodawca wymienia przykładowo w przepisie art. 146 ust. 1 p.z.p., dotyczącym nieważności umów w sprawie zamówień publicznych. Nie można natomiast uznać braku Oferty odpowiadającej Zamawiającemu pod względem ceny za wadę postępowania, która w konsekwencji prowadziłaby do zawarcia Umowy prawnie bezskutecznej”* (wyrok ZAUZP z dnia 29 listopada 2006 roku, sygn. akt UZP/ZO/ 0-2820/06).

Analizując zatem powyższe orzeczenie w kontekście niniejszego postępowania, należy przyjąć, iż skoro Zamawiający sam przyznaje w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu przetargu, iż jedna z ofert zawierała cenę znacznie korzystniejszą, niż ta, przewidziana przez Zamawiającego, tym bardziej brak jest podstaw do unieważnienia postępowania. Dopiero bowiem unieważnienie przetargu nasuwa pytanie o gospodarność Zamawiającego i racjonalność podejmowanych przez niego decyzji.

Niezależnie od powyższego, warto zwrócić uwagę, iż Odwołujący realizował na rzecz Zamawiającego podobny projekt w okresie od 1 stycznia do marca 2008 r. Miesięczna opłata za usługi objęte przedmiotem zamówienia była niższa niż stawki oferowane w niniejszym postępowaniu. Odwołujący wykonał należycie przedmiot zamówienia i Zamawiający nie zgłosił z tego tytułu żadnych zastrzeżeń. Wysokość wynagrodzenia z tego tytułu również nie była kwestionowana przez Zamawiającego. Zamawiający w żaden sposób nie wskazał zatem ani przesłanki uzasadniającej podjęcie decyzji o unieważnieniu postępowania, ani nie przedstawił żadnych argumentów wskazujących na zasadność takiego stanowiska.

5

Takie postępowanie, stanowi w ocenie Odwołującego rażące i oczywiste naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Pismem z dnia 23 września 2008 roku Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 26 września 2008 roku Wykonawca Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wnosząc o uznanie za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, protestu nie rozstrzygnął, w związku z czym zgodnie z przepisem art. 183 ust. 3 brak rozstrzygnięcia protestu w terminach, o których mowa w art. 183 ust. 1 i 2, uznaje się za jego oddalenie.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 3 października 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i żądania sprecyzowane w treści protestu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią ofert, jak również przedłożonym na rozprawie dowodem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowiska stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, pismem z dnia 10 września 2008 roku zawiadomił Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu o podjęciu decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podstawą prawną unieważnienia, wskazaną przez Zamawiającego, był przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jako uzasadnienie faktyczne podjętej decyzji Zamawiający wskazał, iż „Przyjęte przez Zamawiającego kryteria oceny ofert zakładały zastosowanie przez Wykonawców cen rynkowych, Zamawiający nie przewidział jednak sytuacji, w której Wykonawca zastosuje ceny jednostkowe nierealne i rażąco niskie, w sposób znacząco odbiegający od przyjętej

6

przez Zamawiającego kalkulacji, co doprowadzi do niemożności wyboru oferty najkorzystniejszej”. Fakt ten zdaniem Zamawiającego skutkuje niemożnością podpisania ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest to przepis, który nakazuje Zamawiającemu unieważnić postępowanie w przypadku, gdy jest ono obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W bezpośredniej korelacji z tym przepisem pozostaje przepis art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, który enumeratywnie wymienia takie przesłanki. Punkt 6 ww. przepisu wskazuje, że *umowa jest nieważna, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania*.

Z analizy przytoczonych wyżej przepisów jednoznacznie wynika, że Zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający na rozprawie podnosił, iż źle opracował kryteria oceny ofert. Wada ta uniemożliwia mu wybranie oferty najkorzystniejszej zgodnie z zasadą racjonalnego gospodarowania i wydatkowania środków publicznych. Poprzez fakt opracowania kryteriów oceny ofert w sposób zaprezentowany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i sposób dokonywania ich oceny (wzór w s.i.w.z.) spowodował, że za ofertę najkorzystniejszą (wg. wyliczeń zaprezentowanych na rozprawie, stanowiących materiał dowodowy) zostanie uznana oferta Odwołującego, która zawiera najwyższą cenę. Podnosił również, że poprzez tak opracowane kryteria nie jest w stanie dokonać wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej cenowo.

Nie tylko cena świadczy o tym, że oferta jest ofertą najkorzystniejszą. To Zamawiający konstruując kryteria oceny ofert i nadając im wagę, decyduje o tym, co jest dla niego najważniejsze.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej kryteria oceny ofert, opracowane przez Zamawiającego nie stanowią przeszkody do dokonania badania i oceny złożonych ofert, nie stanowią również przeszkody do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Stwierdzić, bowiem należy, że nie ma podstaw do uznania, iż umowa o zamówienie zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania będzie nieważna, gdyż nie doszło do naruszenia przepisów o rażącym charakterze. Za rażące naruszenie należy uznać przede wszystkim działanie Zamawiającego wbrew zasadom udzielania zamówień publicznych. Przykładem takiego naruszenia może być naruszenie przepisów, które mają wpływ na wybór oferty, a więc musi to być takie naruszenie, którego skutkiem byłby wybór wykonawcy, który przy zachowaniu wymaganych procedur nie zostałby wybrany do wykonania zamówienia (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 stycznia 2005 roku, sygn. akt UZP/ZO/ 0-29/05). Ponadto, stwierdzić należy, że bezpośrednio na wynik postępowania wpływa naruszenie przepisów

Postępowanie wyjaśniające, prowadzone przez Zamawiającego, zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uznała za właściwe. Zamawiający potraktował Wykonawców zgodnie z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wysyłając pismo z prośbą o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty do wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego Zamawiający uznał za wystarczające. Słusznym, w ocenie Izby było stanowisko Zamawiającego, wskazujące na brak przesłanek do uznania oferty Odwołującego za ofertę, która zawiera rażąco niską cenę, gdyż zarzut taki może być postawiony jedynie do ceny zaoferowanej za realizację całego zamówienia (za całą ofertę), a zdaniem Zamawiającego Odwołujący tylko w części swojej oferty, taką cenę zaoferował.

Tym niemniej Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający nie mógł unieważnić przedmiotowego postępowania w oparciu o przesłankę przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia, że powoduje jej bezwzględną nieważność. W przedmiocie naruszenia ww. przepisu wypowiedział się Sąd Okręgowy w Poznaniu (postanowienie z dnia 4 listopada 2005 roku, sygn. akt II Ca 941/05), który stwierdził, iż *wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty*, co w przedmiotowym postępowaniu nie ma miejsca.

Zgodzić się również należy z orzeczeniem Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 10 listopada 2005 roku, sygn. akt III Ca 855/05, który wskazał, iż *analizując wskazane przez ustawodawcę przyczyny unieważnienia przetargu powołane przez zamawiającego w decyzji o unieważnieniu postępowania, SO uznał, że w przedmiotowym postępowaniu brak było podstaw do jego unieważnienia. Sprzęt zaoferowany przez skarżącego był zgodny z przedmiotem zamówienia i znany wcześniej zamawiającemu [...], a to, że nie spełniał w subiektywnym odczuciu zamawiającego jego oczekiwań, nie mogło stanowić, w świetle powołanych przepisów, przyczyny unieważnienia postępowania. [...] postępowanie nie było obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Interes publiczny, o którym mówi zamawiający, nie może być utożsamiany z interesem firmy.*

W ocenie Izby, nie uznanie zarzutu Odwołującego dotyczącego naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych za zasadnego, prowadziłoby do konieczności sanowania, za każdym razem, błędnych decyzji Zamawiającego, takich jak w przedmiotowym postępowaniu, tj. uznanie, że Zamawiający, który źle opracował kryteria oceny ofert, byłby uprawniony do unieważnienia postępowania. Zgodzić się bowiem należy ze stanowiskiem Zespołu Arbitrów zawartym w wyroku z dnia 16 maja 2007, sygn. akt UZP/ZO/O-562/07, zgodnie z którym: „*Przedmiotem oceny [...] nie jest racjonalność gospodarowania środkami, czy trafność wyboru środków do realizacji celów Zamawiającego,*

lecz zgodność jego działania z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych lub innymi bezwzględnie obowiązującymi regulacjami. Niedoskonałości specyfikacji istotnych warunków zamówienia, kwalifikowane - być może - w kategorii gospodarności bądź jej braku, czy też celowości działania Zamawiającego, nie stanowią uchybień, które stanowiłyby podstawę unieważnienia postępowania z urzędu.

Tym samym, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Zamawiający nie udowodnił zaistnienia możliwości zastosowania przesłanki unieważnienia postępowania, co w konsekwencji skutkuje naruszeniem przez Zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*