

Sygn. akt KIO/UZP 134/10

WYROK
z dnia 5 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Anna Packo

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 marca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ING Bank Śląski Spółkę Akcyjną** z siedzibą w Katowicach Centrum Bankowości Korporacyjnej Północno – Zachodnie w Poznaniu, 61 – 823 Poznań, ul. Piekary 7 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Poznań, 61 – 841 Poznań, Plac Kolegiacki 17**, protestu z dnia **4 stycznia 2009 r.**

przy udziale **Powszechnej Kasy Oszczędności Banku Polskiego Spółki Akcyjnej w Warszawie Regionalnego Oddziału Korporacyjnego w Poznaniu, 60 – 914 Poznań, Plac Wolności 3** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Miastu Poznań, 61 – 841 Poznań, Plac Kolegiacki 17 unieważnienie czynności unieważnienia postępowania

2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Poznań, 61 – 841 Poznań, Plac Kolegiacki 17 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ING Bank Śląski Spółkę Akcyjną z siedzibą w Katowicach Centrum Bankowości Korporacyjnej Północno – Zachodnie w Poznaniu, 61 – 823 Poznań, ul. Piekary 7**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Miasto Poznań, 61 – 841 Poznań, Plac Kolegiacki 17** na rzecz przez **ING Banku Śląskiego Spółki Akcyjnej z siedzibą w Katowicach Centrum Bankowości Korporacyjnej Północno – Zachodnie w Poznaniu, 61 – 823 Poznań, ul. Piekary 7** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10.556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ING Banku Śląskiego Spółki Akcyjnej z siedzibą w Katowicach Centrum Bankowości Korporacyjnej Północno – Zachodnie w Poznaniu, 61 – 823 Poznań, ul. Piekary 7**

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Poznań, 61-841 Poznań, Pl. Kolegiacki 17 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na obsługę bankową budżetu miasta Poznania.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 4 stycznia 2010 roku wykonawca ING Bank Śląski SA Centrum Bankowości Korporacyjnej Północno-Zachodnie z Poznaniu, 61-823 Poznań, ul. Piekary 7, wniósł protest na czynność zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu protestujący podniósł, że w ramach przedmiotowego postępowania jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Decyzja zamawiającego została zaskarżona w drodze protestu przez wykonawcę Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. z siedzibą w Warszawie. Zamawiający oddalił protest, w związku z czym wykonawca złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Termin rozpoznania odwołania został wyznaczony na dzień 8 stycznia 2010 roku.

W dniu 29 grudnia 2009 r. zamawiający poinformował ING Bank Śląski SA o unieważnieniu postępowania jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu zamawiający powołał się na naruszenie przez Krajową Izbę Odwoławczą przepisu art. 187 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co skutkuje niemożnością zawarcia umowy do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, ponadto zawarcie umowy po rozpatrzeniu odwołania w roku 2010, zobowiązującej do świadczenia usług z dniem 1 stycznia 2010 r. naruszałoby normę prawną wyrażoną w art. 140 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Protestujący stwierdził, że według przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp unieważnia się postępowanie, gdy obarczone jest wadą skutkującą niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu. Zatem musi po pierwsze wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania) i dopiero ta wada postępowania ma skutkować niemożnością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Naruszenie przepisów dotyczących postępowania, które skutkują nieważnością umowy zostały enumeratywnie wymienione w punktach od 1 do 7 ust. 1 art. 146 ustawy. Innych wad postępowania skutkujących niemożnością zawarcia ważnej umowy ustawa nie przewiduje. Aby zatem mógł zostać zastosowany przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy,

zamawiający obowiązany był do wskazania wady postępowania, a następnie do wskazania odrębnego przepisu kodeksu cywilnego (zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy: "Do umów w sprawach zamówień publicznych (...) stosuje się przepisy ustawy (...) Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej" albo jedną z przesłanek nieważności umowy określoną w art. 146 ust. 1 pkt 1-7 udowadniając ponadto, iż owa wada istotnie uniemożliwia zawarcie ważnej umowy, co oznacza, że gdyby umowa została zawarta, byłaby nieważna. Sam brak możliwości zawarcia ważnej umowy nie jest wadą postępowania.

W świetle obowiązujących przepisów zawarcie umowy w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania pomimo faktu, iż termin oznaczony jako dzień rozpoczęcia wykonywania usługi obsługi bankowej budżetu Miasta Poznania już upłynął, jest możliwe i dopuszczalne.

Przepis art. 140 ustawy Prawo zamówień publicznych, na który wskazuje zamawiający, w ust. 3 przewiduje sankcję nieważności umowy w stosunku do jej części wykraczającej poza zakres przedmiotu zamówienia określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, natomiast brak jest takiej sankcji w przypadku ograniczenia zakresu zamówienia.

Natomiast ust. 1 cytowanego przepisu, który stanowi, iż zakres świadczenia wynikający z umowy jest tożsamy z zakresem zobowiązania wykonawcy zawartym w ofercie, należy rozpatrywać w połączeniu z art. 7 ustawy, tj. w zakresie ewentualnego naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W przedmiotowej sprawie, w przypadku zawarcia umowy na świadczenie usług ciągłych w okresie krótszym niż był przewidywany nie dochodzi do ograniczenia zakresu świadczeń ani do naruszenia zasad konkurencji. Zakres świadczeń ze strony ING Banku Śląskiego SA w aspekcie rzeczowym nie zostaje ograniczony. Natomiast cena podana w ofercie i wyliczona na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest ceną, którą zamawiający będzie musiał zapłacić, gdyż nie jest ceną ryczałtową, ale ceną służącą do porównania ofert, której elementy składowe posłużą do wyliczenia zapłaty za rzeczywiście wykonane usługi, nawet w przypadku późniejszego rozpoczęcia świadczeń, niż był przewidywany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Protestujący stwierdził, iż powołana przez zamawiającego podstawa unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, zgodnie z ugruntowanym już orzecnictwem i stanowiskiem doktryny, wymaga wykazania, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przepisów ustawy pzp, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania i wada tego postępowania skutkuje niemożnością zawarcia ważnej umowy. Przesłankę tę należy rozpatrywać łącznie ze wskazanymi w treści art. 146 ust. 1 ustawy pzp przesłankami nieważności umowy. Wada postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp powinna wystąpić w danym, konkretnym postępowaniu i winna

prowadzić do wystąpienia skutku w postaci niemożności zawarcia ważnej umowy. Wadą, która uniemożliwia zawarcie umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protestujący poparł swoje stanowisko orzecznictwem KIO i Sądu Okręgowego w Poznaniu (postanowienie z dnia 4.11.2005, sygn. akt II Ca 941/05).

Pismem z dnia 13 stycznia 2010 roku zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu stwierdził, że art. 140 ust 1 ustawy Pzp wskazuje, iż zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zgodnie z przyjętą zasadą zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy nie może być szerszy niż jego zobowiązanie zawarte w ofercie. Nie powinien być także, co być może jest mniej oczywiste, węższy, gdyż mogłoby to być sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji.

Zakres świadczenia wykonawcy wynika z przedmiotu zamówienia, który w niniejszym postępowaniu nie został przez zamawiającego opisany w sposób wyczerpujący, nie uwzględniający elementów wskazujących, w jaki sposób przedmiot zamówienia winien być zrealizowany przy tak wysokim stopniu z informatyzowania usług bankowych, jakimi dysponuje zamawiający. W konsekwencji tego błędu zakres świadczenia wykonawcy byłby niezgodny z normą prawną cytowaną na wstępie, co znajduje potwierdzenie w dalszej części uzasadnienia.

Zgodnie z dyspozycją art. 140 ust. 3 umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Działając zgodnie z zasadami ustawy i dyspozycją cytowanego przepisu zamawiający nie ma prawa rozszerzyć zakresu przedmiotu zamówienia o usługi nieprzewidziane w SIWZ. Unieważniając postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia zamawiający miał świadomość, iż aby zapewnić w pełni profesjonalny i zgodny z opisem przedmiotu zamówienia sposób świadczenia obsługi bankowej budżetu, istnieje konieczność rozszerzenia katalogu usług opisanych w specyfikacji o tzw. „czynności przygotowawcze”, do których należą w szczególności obowiązki związane z:

- przygotowaniem do instalacji i instalacją systemu bankowości elektronicznej w Urzędzie Miasta Poznania i miejskich jednostkach organizacyjnych, których jest około 400,
- dostarczeniem materiałów umożliwiających zapoznanie się z działaniem systemu bankowości elektronicznej przed jego zainstalowaniem we wskazanych jednostkach, łącznie z przeszkoleniem pracowników w zakresie obsługi bankowości elektronicznej,
- dostarczeniem użytkownikom systemu bankowości elektronicznej narzędzi tj. tokeny, karty zdrapki lub inne narzędzia do wykonywania czynności np. przelewów,
- stworzeniem systemu wirtualnych rachunków kontrahenckich,
- wytworzeniem kart IPE w liczbie około 10 900 i dostarczeniem do świadczeniobiorców itp.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie ujął wskazanych usług, naruszając tym samym art. 29 ustawy poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Konsekwencją błędnego opisu przedmiotu zamówienia był również nieadekwatny sposób obliczenia ceny, która stanowiąc ryczałtowe, miesięczne wynagrodzenie za prowadzenie jednego rachunku bankowego, nie zawierała wszystkich usług, do świadczenia których powinien być zobowiązany wykonawca. Opisana powyżej wada postępowania, będąc wadą pierwotną, ujawniła się dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, w związku z przedłużającą się procedurą odwoławczą. Skutkiem naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 187 ust. 1 ustawy i nie wyznaczenia terminu rozprawy w ustawowym terminie, był brak możliwości zawarcia umowy z dniem 1.01.2010 r. Tym samym, wobec braku prawomocnego wyboru wykonawcy, zamawiający, nie naruszając zasad ustawy, w tym zasad uczciwej konkurencji, nie miał podstaw do podjęcia współpracy z protestującym w celu przygotowania obu stron umowy do podjęcia świadczenia usług przez wykonawcę w pełnym zakresie przewidzianym w opisie przedmiotu zamówienia. Próby kontaktu ze strony protestującego, nasilone po upływie ustawowego terminu do rozpoznania odwołania, do powołania zespołów roboczych i podjęcia współpracy, uświadomiły zamawiającemu, iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Działania protestującego jednoznacznie bowiem potwierdziły, iż bez wykonania opisanych „czynności przygotowawczych” nie ma on fizycznych możliwości podjęcia obsługi bankowej budżetu z dniem 1.01.2010 r. w pełnym zakresie pakietu usług zawartych w umowie. W związku z wyspecyfikowaną wadą, sam zamawiający nie był w stanie określić precyzyjnie początkowego terminu świadczenia obsługi bankowej wobec braku opisu katalogu „czynności przygotowawczych” w SIWZ i ogłoszeniu. Konsekwencją prawną wskazanej wady postępowania i unieważnienia postępowania, w kontekście obowiązku zamawiającego do zapewnienia ciągłości obsługi bankowej, było zawarcie umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki z bankiem, który dotychczas świadczył usługi bankowej obsługi budżetu MP. Powstała sytuacja, w kontekście obowiązków wynikających z przepisów ustawy o finansach publicznych, skutkowałą brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 387 kc umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Naruszenie art. 264 ust. 1 ustawy o finansach publicznych wyczerpywałoby przesłankę nieważności umowy, przewidzianą w przepisach odrębnych, na które powołuje się art. 146 ust. 1 ustawy. Naruszenie to w konsekwencji zakładałoby bowiem konieczność współpracy z dwoma bankami.

Zamawiający stwierdził, iż wyroki KIO, na które powołuje się protestujący nie znajdują zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ wydawane były w odmiennych stanach faktycznych i powołują się na nieobowiązujące już przepisy (uchylony art. 140 ust. 2 ustawy Pzp będący podstawą zmiany sposobu spełnienia świadczenia oraz nieobowiązujący w przywołanym w wyroku brzmieniu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp jako podstawa wprowadzenia zmian do umowy). Natomiast przywołany wyrok KIO/UZP 134/08 opiera się na argumentacji, iż dyspozycja art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 387 K.c. dotyczy wady o charakterze pierwotnym i tylko taka wada, która istniała na etapie wszczęcia postępowania znajduje zastosowanie w kontekście przywołanych przepisów. Cytowany przez protestującego wyrok, wobec faktu iż wykazana wada istniała już na etapie wszczęcia postępowania, potwierdza argumentację zamawiającego. Ponadto cytując przywołany przez protestującego wyrok KIO/UZP 134/08 „Należy zauważyć, iż pomiędzy wadliwością postępowania a nieważnością umowy musi istnieć adekwatny związek przyczynowo-skutkowy. Wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie o zamówienie publiczne i wada ta dodatkowo musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na umowę”. Powyższe znajduje w pełni zastosowanie w przywołanych przez zamawiającego przesłankach unieważnienia postępowania, czyniąc wniesiony protest bezzasadnym, nieznajującym oparcia w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym.

Pismem z dnia 19 stycznia 2010 roku ING Bank Śląski S.A. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu podniósł, że błędne jest zarówno stanowisko zamawiającego zawarte w uzasadnieniu i wyrażone w decyzji z dnia 29 grudnia 2009 roku o unieważnieniu postępowania jak i to wskazane w postanowieniu w sprawie rozstrzygnięcia protestu. Podkreślił, że przywołana przez zamawiającego podstawa prawna w decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na obsługę bankowa budżetu Miasta Poznania, odbiega znacząco od argumentacji zawartej w postanowieniu w sprawie rozstrzygnięcia protestu.

Decyzja z dnia 29 grudnia 2009 r. w przedmiocie unieważnienia postępowania wskazuje jako przesłankę nieważności postępowania niemożność zawarcia umowy zobowiązującej do świadczenia usług z dniem 1 stycznia 2010 r. - wobec faktu nierozstrzygnięcia do tego czasu protestu wniesionego przez Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski SA. Zawarcie umowy po rozpatrzeniu odwołania w roku 2010 zobowiązującej do świadczenia usług z dniem 1 stycznia 2010 r. stanowiłoby naruszenie normy prawnej wyrażonej w art. 140 ustawy Pzp.

Natomiast w rozstrzygnięciu protestu jako uzasadnienie faktyczne i prawne unieważnienia postępowania zamawiający podaje naruszenie art. 29 ustawy Pzp poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w

sposób jednoznaczny i wyczerpujący, co stanowi wadę postępowania skutkującą nieważnością umowy w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia, zgodnie z dyspozycją art. 140 ust. 3 ustawy Pzp. Wada ta nie została wskazana w decyzji z dnia 29 grudnia 2009 w przedmiocie unieważnienia postępowania

W rozstrzygnięciu protestu zamawiający nie podtrzymuje argumentu stanowiącego podstawę unieważnienia postępowania, a mianowicie, iż upływ terminu rozpoczęcia realizacji umowy jest wadą postępowania.

W ocenie odwołującego się podawanie odmiennej argumentacji prawnej w decyzji zamawiającego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, a następnie oparcie uzasadnienia faktycznego i prawnego rozstrzygnięcia protestu na innej podstawie prawnej jest niedopuszczalne. Jeśli bowiem zamawiający nie podtrzymuje swego stanowiska, iż upływ terminu rozpoczęcia realizacji umowy jest wadą postępowania skutkującą jego unieważnieniem, na czym wyłącznie oparł swoją decyzję o unieważnieniu postępowania, winien protest wniesiony przez ING Bank Śląski SA uznać.

Odwołujący podtrzymał zarzut, iż czynność unieważnienia postępowania dokonana została z naruszeniem przepisów art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, przedmiot zamówienia, czyli usługa obsługi bankowej budżetu Miasta Poznania miała być wykonywana począwszy od dnia 1 stycznia 2010 r. Przedmiot zamówienia został opisany szczegółowo w punktach 1-39 siwz. I tak:

- w punkcie 16 wymienione są usługi bankowości elektronicznej świadczone m.in. w jednostkach powiązanych z budżetem Miasta
- w punkcie 17 zawarto obowiązek przeszkolenia wskazanych pracowników w zakresie obsługi bankowości elektronicznej,
- w punkcie 18 zawarto obowiązek dostarczenia materiałów umożliwiających zapoznanie się z działaniem systemu przed jego zainstalowaniem we wskazanych jednostkach i podmiotach,
- w punkcie 24 zawarto obowiązek dostarczenia przez wykonawcę wszelkich urządzeń sieciowych oraz wszelkich niezbędnych akcesoriów niezbędnych do dostępu użytkownika końcowego do systemu bankowości elektronicznej oraz zapewniających bezpieczeństwo pracy dla użytkowników korzystających z systemu, w tym dla podpisujących przelewy,
- w punkcie 31 zawarto obowiązek założenia i prowadzenia rachunków bankowych w systemie wirtualnych rachunków kontrahenckich.
- w punkcie 29 zawarto obowiązek wypłat świadczeń z wykorzystaniem pieniądza elektronicznego, przy użyciu kart IPE. Zasady obsługi świadczeń pieniężnych z wykorzystaniem instrumentu pieniądza elektronicznego zawarte zostały w załączniku nr 9 stanowiącym integralną część umowy obsługi bankowej budżetu Miasta Poznania (będącej

załącznikiem nr 7 do siwz). Zgodnie z par. 18 ust. 3 tej umowy załącznik ten miał zostać przygotowany przez wykonawcę w ciągu 30 dni od dnia podpisania umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Tak więc specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera wszystkie czynności, o których pisał zamawiający w rozstrzygnięciu protestu. Nietrafna jest zatem teza, iż zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie ujął wskazanych usług, przez co usługa obsługi budżetu miałaby być niekompletna. Ponadto w dokumentach zawierających pytania wykonawców i odpowiedzi zamawiającego, to jest w pismach: z dnia 14 sierpnia 2009 r., 01 września 2009r. oraz z dnia 22 września 2009 r. znajduje się szereg informacji pozwalających na dokładne uszczegółowienie przedmiotu zamówienia. Jest to o tyle istotne, iż kompleksowa usługa będąca przedmiotem zamówienia publicznego ma bardzo złożony charakter i od strony *stricte* technicznej może być wykonana wyłącznie przez bank wygrywający, zgodnie z jego wewnętrzną organizacją i środkami technicznymi służącymi zapewnieniu bezpieczeństwa transakcyjnego, które dla każdej instytucji finansowej są różne i które w szczególności stanowią jej *know-how* chroniony tajemnicą przedsiębiorstwa. Każda z usług stanowiąca przedmiot zamówienia wymieniona w SIWZ może (i powinna) być poprzedzona czynnościami przygotowawczymi ze strony wykonawcy. Brak zapisu o konieczności przeprowadzenia czynności przygotowawczych w zakresie przedmiotu zamówienia nie świadczy o tym, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i niewyczerpujący, tym bardziej, że wybór sposobu przeprowadzenia czynności przygotowawczych należy wyłącznie do wykonawcy. Najistotniejsze dla tej sprawy jest w ocenie odwołującego się to, że – wbrew opinii zamawiającego – nadmierne doprecyzowanie "czynności przygotowawczych" mogłoby doprowadzić do niedopuszczalnego faworyzowania jednej oferty konkretnego uczestnika postępowania, z uwagi na nagromadzenie szczegółów technicznych związanych z wewnętrzną organizacją procedur bankowych, w szczególności procedur autoryzacji i akceptacji operacji bankowych, dla których nie istnieje jednolity standard i które każdy z banków od strony technicznej może i ma prawo ustalać jednostkowo i indywidualnie, zapewniając jednocześnie odpowiedni poziom bezpieczeństwa transakcyjnego swoim klientom. W przedmiotowej sprawie takie właśnie ryzyko, nieuprawnionego faworyzowania rozwiązań stosowanych przez konkretny bank uczestniczący w postępowaniu, pojawiłoby się w sytuacji, kiedy podmiot niebankowy, jakim jest Miasto Poznań, wszedłby w rolę decydującego o wewnętrznych procedurach bankowych odnośnie technicznych warunków zapewnienia bezpieczeństwa transakcyjnego, poprzez ich egzemplifikację szczegółową właśnie w nazbyt rozbudowanym opisie "czynności przygotowawczych".

Ponadto odwołujący się podtrzymał zarzuty, argumenty i żądania wyrażone w proteście.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta odwołującego się została bowiem uznana za najkorzystniejszą, w związku z czym unieważnienie postępowania skutecznie uniemożliwia udzielenie przedmiotowego zamówienia odwołującemu się.

W dniu 29 grudnia 2009 roku zamawiający poinformował odwołującego się o unieważnieniu postępowania jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu zamawiający powołał się na naruszenie przez Krajową Izbę Odwoławczą przepisu art. 187 ust. 1 ustawy Pzp, co skutkuje niemożnością zawarcia umowy do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, ponadto zawarcie umowy po rozpatrzeniu odwołania w roku 2010, zobowiązującej do świadczenia usług z dniem 1 stycznia 2010 roku naruszałoby normę prawną wyrażoną w art. 140 ustawy Pzp.

Przesłanka, na którą powołał się zamawiający unieważniając postępowanie wskazana jest w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga stwierdzenia zaistnienia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest naruszenie przepisów, które w przypadku zawarcia umowy wywołuje skutek prawny w postaci jej nieważności. Wada ta musi być nieusuwalna, wywierać taki wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, który powoduje jej bezwzględną nieważność.

Na gruncie ustawy Pzp przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp koreluje z przepisem art. 146 ust. 1 Pzp wskazującym na przesłanki nieważności umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowej sprawie brzmienie art. 146 ust. 1 pkt 6 p.z.p., przez pryzmat, którego należy odczytywać przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie pozostawia wątpliwości, że ustawodawca rygor nieważności umowy przewidział nie dla każdego przypadku naruszenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przepisów

tej ustawy, ale jedynie do przypadków naruszenia, które miało wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp winien wskazać naruszenie ustawy Pzp mające wpływ na wynik postępowania. O ile w ocenie zamawiającego nieważność umowy wynikałaby z innych przepisów, obowiązkiem zamawiającego również było wskazanie podstawy prawnej uzasadniającej unieważnienie postępowania. Obowiązek zamawiającego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego wynika z art. 93 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba stwierdza, że zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania. Wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie o zamówienie publiczne i wada ta dodatkowo musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na umowę. W ocenie Izby, wpływ terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia nie jest wadą postępowania o zamówienie publiczne o takim charakterze. Żaden z przepisów nie sprzeciwia się zawarciu umowy w sytuacji, gdy termin wskazany w dokumentacji postępowania jako data rozpoczęcia wykonywania świadczenia już upłynął. W szczególności przepisem takim nie jest art. 140 ustawy Pzp. Co prawda ust. 1 wskazanego przepisu stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, jednakże przepis ust. 3 tegoż artykułu (w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych) przewidywał sankcję nieważności jedynie w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Osobną kwestią są przyczyny unieważnienia postępowania podane przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu. Zamawiający podał, iż postępowanie zostało unieważnione z tego powodu, że w opisie przedmiotu zamówienia nie ujął usług, które określił jako czynności przygotowawcze. Naruszył tym samym art. 29 ustawy Pzp poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób przewidziany tym przepisem. Konsekwencją błędnego opisu przedmiotu zamówienia był nieadekwatny sposób obliczenia ceny, która stanowiąc ryczałtowe, miesięczne wynagrodzenie za prowadzenie jednego rachunku bankowego, nie zawierała wszystkich usług, do świadczenia których powinien być zobowiązany wykonawca. Opisana wada, będąc wadą pierwotną, ujawniła się dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, w związku z przedłużającą się procedurą odwoławczą.

Wskazana powyżej argumentacja pojawiła się dopiero w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu. Zamawiający nie wskazał jej w piśmie informującym o unieważnieniu postępowania. W ocenie Izby takie działanie zamawiającego nosi znamiona bezprawności i stanowi rażące naruszenie ustawy Pzp. Nie wywołuje przez to żadnych skutków prawnych,

wobec czego wskazana przyczyna nie jest i nie może być obecnie podnoszona jako uzasadnienie unieważnienia postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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 Poznaniu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....