

Sygn. akt: KIO/UZP 377/09

WYROK
z dnia 7 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk
Członkowie: Ewa Jankowska
Marzena Teresa Ordysińska
Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum wykonawców: Makronet Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), Zeto Rzeszów Sp. z o.o. i NTT System S.A. z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministra Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego, ul. Nowowiejska 26A, 00-911 Warszawa**, protestu z dnia 5 marca 2009 r.

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum wykonawców: Makronet Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), Zeto Rzeszów Sp. z o.o. i NTT System S.A. z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum wykonawców: Makronet Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), Zeto Rzeszów Sp. z o.o. i NTT**

System S.A. z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa;

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum wykonawców: Makronet Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), Zeto Rzeszów Sp. z o.o. i NTT System S.A. z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę serwerów, oprogramowania, monitorów i systemów informatycznych”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Konsorcjum wykonawców: Makronet Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), Zeto Rzeszów Sp. z o.o. i NTT System S.A. z siedzibą dla lidera Konsorcjum w Warszawie, zwane dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 19 września 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 182 - 241511). Postępowanie to prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą Pzp*” Minister Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego, zwany dalej „*Zamawiającym*”. Postępowanie to zostało podzielone przez Zamawiającego na 8 części z dopuszczeniem możliwości składania ofert częściowych.

Rozpatrywane przez Izbę odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego związanej z unieważnieniem przedmiotowego postępowania, o czym Zamawiający poinformował Odwołującego w piśmie z dnia 27 lutego 2009 r. (doręczenie pisma w tej samej dacie). Informacja o unieważnieniu postępowania dotyczyła części zamówienia oznaczonych nr od 1 do 5. Zamawiający wskazał, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Podstawą prawną tej decyzji Zamawiającego był przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Na tę czynność Odwołujący w piśmie z dnia 5 marca 2009 r. (doręczenie w tej samej dacie) złożył do Zamawiającego protest, w którym podniósł naruszenia następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) błędne zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 4 poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania;
- 3) błędne zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 7 poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania;
- 4) art. 91 ust. 1 poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w części zamówienia nr 1, 2, 3, 4, 5.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

- 1) W dniu 6 stycznia 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania we wskazanych częściach na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wskazując, że w związku z przewidzianą w niniejszym postępowaniu aukcją elektroniczną pozostała niewielka ilość czasu na zawarcie ważnej umowy przy terminie realizacji zamówienia do dnia 15 grudnia 2008 r.
- 2) Decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania została zaskarżona przez Odwołującego i następnie zweryfikowana przez skład orzekający KIO w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 125/09. Wyrokiem z dnia 10 lutego 2009 r. w tej sprawie KIO uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania.
- 3) Zamawiający poinformował Odwołującego, iż w związku z wyrokiem KIO dokonał czynności unieważnienia czynności unieważnienia postępowania we wskazanych częściach i jednocześnie, działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, unieważnił postępowanie, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.
- 4) Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zatem nie może powoływać się na wskazaną podstawę prawną do unieważnienia postępowania, powołując się w tym przedmiocie na orzecznictwo KIO (wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 107/08) i Sądów Okręgowych (wyrok SO w Opolu sygn. akt: II Ca 752/05).
- 5) Podniósł, że Zamawiający przed otwarciem ofert podał kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z podziałem na poszczególne części:
 - zadanie 1 – 122 550,00 zł natomiast oferta Odwołującego: 110 447, 82 zł,
 - zadanie 2 – 107 300,00 zł natomiast oferta Odwołującego: 93 821,66 zł,
 - zadanie 3 – 2 730 350,00 zł natomiast oferta Odwołującego: 1 084 773, 98 zł,
 - zadanie 4 – 440 100,00 zł natomiast oferta Odwołującego: 380 121,50 zł,

- zadanie 5 – 1 104 000,00 zł natomiast oferta Odwołującego: 910 783,68 zł.
- 6) Łączna - w pakietach 1-5 - wartość oferty Odwołującego, tj: 2 579 948,64 zł, jest kwotą niższą o 1 924 351,36 zł od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia.
 - 7) Odnosząc się do argumentu Zamawiającego podanego w informacji o unieważnieniu postępowania, że brak mu środków pieniężnych na sfinansowanie niniejszego zamówienia w roku 2009 i tym samym naruszyłby dyscyplinę finansów publicznych gdyby zaciągnął zobowiązanie w przypadku braku środków na ten cel Odwołujący podniósł, że takie zobowiązanie powstało już w dniu ogłoszenia postępowania. Powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO i ZA.
 - 8) Co do stanowiska Zamawiającego, że oprócz Odwołującego oferty złożyli także inni wykonawcy, a oferta Odwołującego najkorzystniejsza była jedynie w zakresie zadania nr 3, jednak, z uwagi na przewidzianą aukcję elektroniczną mogłaby ewentualnie stanowić podstawę do dalszej oceny, a poza tym w postępowaniu tylko Odwołujący samodzielnie jako jedyny wykonawca dokonał przedłużenia terminu związania ofertą, tym samym nastąpiło naruszenie równych praw wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie - Odwołujący wyjaśnił, że tę kwestię rozstrzygnął już skład orzekający KIO w przywoływanym wyroku z dnia 10 lutego 2009 r. KIO uznała tam, że skoro ustawodawca w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp nie przewidział zakazu dla samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawców to jest to możliwe w świetle przepisów KC, tym samym złożone oświadczenie woli przez Odwołującego jest skuteczne.
 - 9) Zamawiający poprzez swoje działanie – bezpodstawne unieważnienie postępowania – wypełnia przesłanki art. 17 ust. 3 ustawy o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych.
 - 10) Przywołana, dodatkowa podstawa prawna unieważnienia postępowania – art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga wykazania, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia, które miało wpływ na wynik postępowania i wada tego postępowania skutkuje nieważnością umowy (wypełnione przesłanki art. 146 ust. 1 ustawy Pzp). W ocenie Odwołującego samodzielne przedłużenie przez niego terminu związania ofertą nie narusza praw pozostałych wykonawców co stwierdziła KIO we wskazanym wyroku z 10 lutego 2009 r., podkreślając, że bezczynność Zamawiającego w postępowaniu była celowa i świadoma, a tym samym niedopuszczalna.
 - 11) Zamawiający, który w związku z wyrokiem KIO nie mógł unieważnić postępowania na podstawie jednej przesłanki wyszukuje kolejne wyłącznie w celu doprowadzenia do unieważnienia postępowania.

Zamawiający rozstrzygnął złożony protest w piśmie z dnia 16 marca 2009 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie) poprzez jego oddalenie. W uzasadnieniu tej decyzji Zamawiający podniósł następujące okoliczności:

- 1) KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 lutego 2009 r. zwróciła uwagę na to, że dodatkowe przesłanki unieważnienia postępowania, podniesione na etapie rozstrzygnięcia protestu, poprzedzającego rozpatrywane wówczas odwołanie, mogą być przedmiotem odrębnych czynności Zamawiającego. Tym samym działanie Zamawiającego na tym etapie, po podjęciu odrębnej czynności, jest uzasadnione.
- 2) Zamawiający wskazał na różnice sformułowań zawartych w art. 86 ust. 3 ustawy Pzp (przed otwarciem ofert Zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (Zamawiający unieważnia postępowanie, jeśli wartość oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę, która może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia). Pierwsza kwota jest kwotą przewidywaną i zaplanowaną, natomiast druga jest kwota pewną i rzeczywiście dostępną, wynikającą z wykonania planu finansowego Zamawiającego.
- 3) Przesłanka do unieważnienia postępowania, wynikająca z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp obejmuje sytuacje wyjątkowe, kiedy brak środków następuje na skutek zmniejszenia kwoty, którą Zamawiający przewidywał na sfinansowanie zamówienia na skutek zdarzeń nieprzewidzianych i niezależnych od Zamawiającego.
- 4) Odnosząc się do zarzutu braku wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający wskazał, że zgodnie z protokołem postępowania oferta Odwołującego jako jedyna spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega odrzuceniu, a zgodnie z przywoływanym wyrokiem KIO, wykonawca ma prawo do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą i ważności wadium i w takiej sytuacji oferta Odwołującego jest jedyną ważną ofertą, która stanowi ofertę najkorzystniejszą, a Zamawiający formalnie nie dokonał tej czynności ponieważ - jego zdaniem - oznaczałoby to, że godzi się na warunki w niej zawarte.
- 5) Kwota na sfinansowanie niniejszego zamówienia została przewidziana i zaplanowana w Planie modernizacji technicznej SZRP w latach 2008 – 2009 r. , w pozycjach przewidujących wydatki w 2008 r. Brak podpisania umowy w roku 2008 uniemożliwia wydatkowanie tych kwot w roku 2009. W planie modernizacji technicznej SZRP w latach 2009 – 2010 Zamawiający nie posiada środków na sfinansowanie tego zamówienia. Zatem Zamawiający nie ma możliwości zaciągnięcia z jakichkolwiek zobowiązań w tym zakresie.

- 6) Podkreślił również, że Minister Obrony Narodowej, w związku z niedofinansowaniem budżetu resortu w 2008 r. na podstawie ustawy o finansach publicznych polecił wstrzymać procedury w sprawach o udzielenie zamówienia związane z realizacją zadań wynikających z projektów planów rzeczowych. Jednocześnie też Zarząd Planowania Rzeczowego przekazał informację o braku możliwości wydzielenia środków finansowych na niniejszy przedmiot zamówienia w związku z problemami wynikającymi z realizacji budżetu Obrony Narodowej w 2008 r. oraz ograniczeniami limitu wydatków planu modernizacji technicznej w 2009 r.

Od rozstrzygnięcia protestu zostało złożone do Prezesa UZP odwołanie. Odwołujący złożył je bezpośrednio w Urzędzie Zamówień Publicznych w dniu 24 marca 2009 r. przekazując jednocześnie jego kopię Zamawiającemu w tej samej dacie. W odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzuty i argumentację z protestu. Jednocześnie też wniósł o:

- 1) Unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 16 marca 2009 r. (pismo nr 1860), polegającej na unieważnieniu postępowania w części zamówienia nr 1, 2, 3, 4, 5
- 2) Nakazanie dokonania badania i oceny złożonych ofert we wskazanych częściach zamówienia
- 3) Nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy Pzp we wskazanych częściach zamówienia
- 4) Uwzględnienia odwołania jako w pełni zasadnego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz treść ofert złożonych w postępowaniu, jak również biorąc pod uwagę treść protokołu z postępowania (druk ZP 1) oraz oświadczenia i stanowiska stron, zawarte w proteście, odwołaniu, rozstrzygnięciu protestu oraz złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W związku z okolicznością, iż niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przed datą wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając jednak na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy oraz okoliczność złożenia protestu w niniejszej sprawie w dniu 5 marca 2009 r., (tj. po wejściu w życie przepisów nowelizacyjnych), skład orzekający Izby podjął

rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie, stosując przepisy działu VI ustawy w brzmieniu ustalonym przez przepisy wskazanej ustawy.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu. Uwzględniając tę okoliczność Izba stwierdziła również, że została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wskazująca na interes prawny po stronie wykonawcy wnoszącego odwołanie, co umożliwiła odniesienie się do podniesionych w odwołaniu zarzutów. Uszczerbek w interesie prawnym Odwołującego wyraża się bowiem w tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało unieważnione, a Odwołujący miałby szanse na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej w przypadku zweryfikowania decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów, skład orzekający Izby stwierdził, na podstawie dowodów zgromadzonych w sprawie, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Dokonując oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby ustalił co następuje:

- 1) kwota podana na otwarciu ofert dla każdego z pięciu zadań wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia – jak wynika z treści protokołu (ZP-1) oraz oferty Odwołującego - jest wyższa od cen ofertowych na poszczególne zadania w ofercie Odwołującego;
- 2) Zamawiający unieważnił niniejsze postępowanie o zamówienie publiczne w pięciu pakietach (1-5) z powodu braku środków na jego realizację, działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tzn. uznając, że najkorzystniejsza oferta przekracza kwotę, którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, o czym poinformował Odwołującego (pismo z dnia 27 lutego 2009 r.)
- 3) termin związania ofertą ustalony w niniejszym postępowaniu został na 60 dni od daty otwarcia ofert, tj. od dnia 3 listopada 2008 r.
- 4) pismem z dnia 23 grudnia 2008 r. Odwołujący z własnej inicjatywy samodzielnie dokonał wydłużenia terminu związania ofertą oraz przedłużył ważność wadium do dnia 4 marca 2009 r.

- 5) wadium zostało omyłkowo zwrócone przez Zamawiającego w dniu 12 stycznia 2009 r. jednak Odwołujący w dniu 20 lutego 2009 r. wniósł aneks nr 2 do gwarancji, wydłużając termin wadium do dnia 22 kwietnia 2009 r.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne skład orzekający Izby przychylił się do argumentacji Zamawiającego, uznając, że w niniejszej sprawie istniały podstawy do unieważnienia postępowania z powodu braku środków finansowych na realizację zamówienia. Za wiarygodne skład orzekający Izby uznał w tym zakresie pisemne stanowiska Ministra Obrony Narodowej z dnia 13 stycznia 2009 r. oraz Szefa Zarządu Planowania Rzeczowego – P8 z dnia 10 lutego 2009 r., przedstawione na rozprawie przez Zamawiającego. Z ich treści wynika, że, ze względu na trudną sytuację finansową Ministerstwa Obrony Narodowej, została podjęta decyzja o wstrzymaniu procedur w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego, które związane są z realizacją zadań wynikających z projektów centralnych planów rzeczowych oraz o ograniczeniu wydatków planu modernizacji technicznej SZRP w 2009 r. Decyzja Ministra Obrony Narodowej w przedmiotowej sprawie została podjęta w oparciu o przepis art. 36 ust. 2 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 ze zm.), zgodnie z którym dysponent części budżetowej, jakim jest Minister Obrony Narodowej, może ustalić dla podległych jednostek dodatkowe ograniczenia zaciągania zobowiązań, bądź dokonywania wydatków. Jednocześnie też przedmiot zamówienia, którego dotyczy rozpatrywane przez Izbę odwołanie, tj. dostawa serwerów, oprogramowania, monitorów i systemów informatycznych, został ujęty w Planie modernizacji technicznej SZRP w latach 2008-2009 z przyjęciem jego realizacji i tym samym sfinansowania w roku 2008 r. Jednocześnie też przyjęty kolejny plan - Plan modernizacji technicznej SZRP w latach 2009-2010 - nie przewiduje wskazanej pozycji do realizacji przez Zamawiającego w roku 2009. Okolicznościom tym w żaden sposób – ani w proteście, czy odwołaniu, ani też na rozprawie - nie zaprzeczył Odwołujący. Ustalono zatem, że wskazana okoliczność jest bezsporną pomiędzy stronami postępowania.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że wskazywane przez Zamawiającego uzasadnienie unieważnienia postępowania wyczerpuje treść przesłanki ustawowej z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający powinien bezwzględnie unieważnić postępowanie, jeśli wartość najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę, którą może on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przy ocenie zastosowania wskazanej podstawy do unieważnienia postępowania zasadne jest przyjęcie dla porównania kwoty, którą Zamawiający – stosownie

do art. 86 ust. 3 ustawy Pzp - zobowiązany jest podać bezpośrednio przed otwarciem ofert. Jest to kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Literalna wykładnia przywołanych przepisów pozwala na jednoznaczny wniosek, że kwoty te mogą być różne – pierwsza z nich, podawana na otwarciu ofert, jest kwotą planowaną przez Zamawiającego, którą powinien mieć w danym momencie zabezpieczoną na sfinansowanie danego zamówienia. Druga kwota (art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) to kwota, którą Zamawiający faktycznie może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w momencie, którym dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej. Powyższa analiza przywołanych przepisów wskazuje zatem, że w momencie wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający może dokonać weryfikacji swoich możliwości finansowych związanych z finansowaniem danego zamówienia publicznego. Powszechnie w praktyce przyjęło się, że owa weryfikacja następuje poprzez zwiększenie środków na sfinansowanie zamówienia, np. poprzez dokonanie przesunięć w ramach planu finansowego danej jednostki. Przywołany przepis nie wyklucza jednak także weryfikacji tej kwoty w drugą stronę, tj. poprzez jej obniżenie, w stosunku do tej, którą Zamawiający wskazał na otwarciu ofert. Powyższa sytuacja ma oczywiście charakter wyjątkowy, kiedy obiektywne, niezależne od Zamawiającego czynniki wpływają na konieczność zmniejszenia, bądź w ogóle zablokowania, wcześniej zabezpieczonych środków finansowych na dane zamówienie.

Zgodzić się bowiem należy z Odwołującym, że Zamawiający powinien mieć zabezpieczone środki na realizację zamówienia w momencie wszczęcia postępowania, a jego oświadczenie na otwarciu ofert powinno być składane w oparciu o faktyczne, w danym momencie, jego możliwości finansowe. Nie można jednak pominąć sytuacji nadzwyczajnych, kiedy pomiędzy datą otwarcia ofert, a momentem podjęcia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nastąpią zdarzenia, które uniemożliwią Zamawiającemu podtrzymanie swojej decyzji o zamiarze sfinansowania danego zamówienia w oparciu o wskazaną kwotę. Stwierdzić bowiem należy, że Zamawiający, w tym szczególnym przypadku dodatkowo jednostka sektora finansów publicznych, nie może zaciągać zobowiązań bez pokrycia, tym samym bowiem narażałaby się z jednej strony na naruszenie dyscypliny finansów publicznych, z drugiej zaś narażałoby to wykonawcę, z którym miałyby być podpisana umowa, na brak należnego wynagrodzenia za wykwaną usługę, dostawę, czy robotę budowlaną.

W analizowanym stanie faktycznym sprawy, w ocenie Izby, zasadne jest przyjęcie, że wskazane przez Zamawiającego, a niekwestionowane przez Odwołującego okoliczności wskazujące na brak środków na sfinansowanie niniejszego zamówienia stanowią podstawę do unieważnienia postępowania.

Przyjęty w Planie modernizacji technicznej SZRP w latach 2008-2009 projekt, objęty przedmiotem zamówienia, w związku z brakiem podpisania umowy w roku 2008 – i to niezależnie od tego, czy nastąpiło to z winy Zamawiającego, czy też bez jego winy - nie jest możliwy do realizacji w roku 2009 r., z uwagi na ograniczone w tym zakresie możliwości finansowe Zamawiającego. Projekty takie są dwuletnie, ale ich weryfikacja odbywa się każdorazowo na koniec danego roku budżetowego, bowiem nieodłącznie wydatki wynikające z tego planu, finansowane są z budżetu jednostki Zamawiającego. Potwierdzeniem braku możliwości finansowania tego projektu w roku 2009 jest przyjęty kolejny dwuletni Plan modernizacji technicznej SZRP w latach 2009-2010, który w roku 2009 nie zakłada realizacji niniejszego zamówienia.

W ocenie izby niezasadny jest argument Odwołującego o tym, że Zamawiający zaciągnął zobowiązanie w momencie wszczęcia postępowania poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu. O zaciągnięciu zobowiązania możemy mówić w sytuacji podpisania umowy, która stanowi stosunek zobowiązaniowy. Wszczęcie postępowania natomiast można traktować w kategoriach swego rodzaju przyrzeczenia publicznego, w którym Zamawiający zobowiązuje się udzielić zamówienia publicznego konkretnemu wybranemu w postępowaniu podmiotowi, przy wypełnieniu określonych wymogów i przesłanek. Brak wypełnienia określonych przesłanek – w tym przypadku brak środków na sfinansowanie zamówienia - czyni to przyrzeczenie niemożliwym do spełnienia. Jest to więc jakby warunkowe przyrzeczenie udzielania zamówienia, a nieziszczenie się określonych warunków (np. brak środków finansowych, brak ważnych ofert) skutkuje zwolnieniem zamawiającego z obowiązku podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przepisy tak ustawy Pzp, jak i przepisy ogólne Kodeksy Cywilnego zabezpieczają wykonawców składających oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przed takimi nieprzewidzianymi sytuacjami. Takim zabezpieczeniem jest kwota podawana przez Zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert, w oparciu o którą powinien dokonać się wybór oferty najkorzystniejszej. Jeśli Zamawiający stwierdzi brak środków na sfinansowanie zamówienia powinien tę okoliczność wykazać w sposób nie budzący wątpliwości, odnosząc się do kwoty podawanej na otwarciu ofert. W niniejszej sprawie – w ocenie Izby – Zamawiający w sposób wystarczający uzasadnił swoją decyzję.

Okoliczność, na którą wskazywał Odwołujący, że w postępowaniu tym nie dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej, dlatego też decyzja o unieważnieniu postępowania na podstawie wskazanej przesłanki jest błędna nie może być podstawą uznania wadliwości czynności unieważnienia postępowania, z uwagi na konkretny stan faktyczny w niniejszej sprawie. Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu (we

wszystkich pięciu zadaniach) byłaby czynnością *stricte* formalną. W postępowaniu, w którym mamy do czynienia z jedną ważną ofertą oraz w postępowaniu, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena, a zastrzeżona aukcja elektroniczna nie może być przeprowadzona z uwagi na ilość ważnych ofert (art. 91 a ust. 1 ustawy Pzp), brak dokonania czynności wyboru tej oferty i powiadomienia o tym fakcie wykonawców przed unieważnieniem postępowania nie może skutkować uznaniem za nieprawidłowe działanie Zamawiającego. W tym względzie niezasadne byłoby również uwzględnienia odwołania i nakazywanie Zamawiającemu dokonania tych czynności z uwagi również na przepis art. 191 ust. 1 a ustawy Pzp.

Co do wskazywanej przez Zamawiającego dodatkowej przesłanki nieważności postępowania oraz zarzuty w tym przedmiocie podniesione przez Odwołującego skład orzekający Izby postanowił nie wypowiadać się w tej kwestii z uwagi na to, że sprawa tej przesłanki została już rozstrzygnięta przez inny skład orzekający KIO (wyrok z dnia 10 lutego 2009 r.; sygn. akt: KIO/UZP 125/09), a nie podnoszone były, jak też nie ujawniły się samoczynnie w tym zakresie jakieś dodatkowe okoliczności (art. 187 ust. 4 pkt 5 ustawy Pzp). Ponadto niezasadnym jest odnoszenie się do tej podstawy unieważniania postępowania również z uwagi na to, że pierwsza, podstawowa przesłanka, będąca podstawą zaskarżonej czynności unieważnienia postępowania (art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) potwierdziła się.

Mając powyższe na uwadze oraz działając na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1a ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:

.....

.....