

Sygn. akt: KIO/UZP 1650/09

**WYROK**  
**z dnia 13 stycznia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

**Członkowie: Klaudia Szczytowska – Maziarz**

**Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków, adres do korespondencji: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie Oddział w Łodzi, ul Traktorowa 141/143, 91-203 Łódź** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Wojewódzki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lubartowie, ul. Cicha 14, 21-100 Lubartów** protestu z dnia 12 października 2009 r.

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków, adres do korespondencji: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie Oddział w Łodzi, ul Traktorowa 141/143, 91-203 Łódź** 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 **Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków, adres do korespondencji: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie Oddział w Łodzi, ul Traktorowa 141/143, 91-203 Łódź;**

- 2) 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 **Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków, adres do korespondencji: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie Oddział w Łodzi, ul Traktorowa 141/143, 91-203 Łódź.**

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

Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, zwana dalej „*Odwołującym*”, złożyła protest i odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Usługi kompleksowe w zakresie utrzymania higieny szpitalnej wraz z przejęciem pracowników*”, prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „*ustawa Pzp*”) przez Szpital Wojewódzki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lubartowie (dalej: „*Zamawiający*”). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 24 lutego 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 37 - 0544449).

W związku z brakiem dokonania czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu, na skutek protestu i odwołania złożonego przez aktualnego Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 1159/09, Izba wyrokiem z dnia 23 września 2010 r. nakazała Zamawiającemu dokonanie oceny ofert.

W wyniku wskazanego orzeczenia Zamawiający pismem z dnia 7 października 2009 r. poinformował Odwołującego o unieważnieniu niniejszego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4, 6 i 7 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu swojej decyzji wskazał na następujące okoliczności:

- 1) W chwili wszczynania niniejszego postępowania jednostka Zamawiającego działała w oparciu o przewidywany plan finansowy, z którego nie wiadomo, czy wynikało, aby kwota na sfinansowanie niniejszego zamówienia była przewidziana, jednakże właściwy plan finansowy Zamawiającego nie zawierał takiej pozycji. W związku z powyższym Zamawiający wywodzi, że w chwili obecnej nie posiada środków na realizację zamówienia. Tym samym – w ocenie Zamawiającego – zaszła istotna zmiana okoliczności, której wcześniej nie można było przewidzieć, a która

uniemożliwia dalsze prowadzenie postępowania. Przesłankę tę – jak wskazał Zamawiający – należy rozpatrywać również w kontekście art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp tj. braku środków finansowych na realizację zamówienia w stosunku do pierwotnie przewidzianej przez Zamawiającego kwoty

- 2) W toku procedury przetargowej zaszły okoliczności faktyczne, które stanowią o konieczności unieważnienia postępowania. Do tych okoliczności Zamawiający zaliczył oszacowanie wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia w sposób wadliwy, który uniemożliwia Zamawiającemu podpisanie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Według Zamawiającego wartość tę oszacowano bez należytej staranności, gdyż dokonana w tym zakresie czynność nie spełnia wszystkich wymagań, jakie stawia w tym zakresie jednostkom sektora finansów publicznych ustawodawca. Podkreślił, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia nie uwzględniając wszystkich wymogów ustawowych, czego przykładem może być wskazanie na produkty opisane nazwą handlową, które były wymagane w toku realizacji zamówienia. Podkreślił, że w związku z powyższym w chwili obecnej nie ma on pewności, że produkty te będą wciąż dostępne na rynku, w szczególności wobec 3 – letniego okresu realizacji zamówienia. Koniecznym – w ocenie Zamawiającego – byłoby w tym zakresie wprowadzenie zmian do treści przyszłej umowy oraz sposobu inicjowania takich zmian, a działania takie nie zostały przez Zamawiającego podjęte. Powyższe, w ocenie Zamawiającego, rodzi po jego stronie ryzyko niewykonania bądź nienależytego wykonania zamówienia publicznego. Tych uchybień w tej chwili nie da się konwalidować z uwagi na upływ terminu składania ofert, w którym wpłynęła tylko jedna oferta, co - jak podnosi Zamawiający – również wskazuje, na to, że postępowanie prowadzone było wadliwie. Zamawiający w tym zakresie wskazał też, że projekt umowy w niniejszym postępowaniu nie zakładał jakiegokolwiek zmiany w treści umowy, tym samym też ewentualna, wysoce prawdopodobna zmiana struktury organizacyjnej Szpitala nie miałaby odzwierciedlenia w wykonywanej usłudze przez wykonawcę.
- 3) Zamawiający powołał się również na istotne wady postępowania, takie jak: uniemożliwienie pracy komisji przetargowej niektórym z jej członków, w tym udział w takich czynnościach, jak przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia, określenie wartości przedmiotu zamówienia (naruszenie art. 21 ust. 2 ustawy Pzp). Podkreślił, że jedna z najważniejszych czynności komisji przetargowej, taka jak otwarcie ofert odbyła się w składzie komisji niedającym jej prawa do odbycia ważnego posiedzenia komisji, a tym samym skutecznego działania. Zamawiający wskazał też na wadliwy sposób prowadzenia dokumentacji postępowania, a tym samym naruszenie zasady

pisemności postępowania, wyrażonej w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp (wskazał braki w dokumentacji prowadzonego druku ZP-1).

Zamawiający podkreślił, że przytoczone okoliczności, zdarzenia i dowody świadczą o naruszeniu w prowadzonym postępowaniu przepisów Pzp mającym wpływ na wynik postępowania, szczególnie biorąc pod uwagę fakt, że złożona w nim został jedna oferta. Podkreślił, że unieważnienia postępowania wymaga ochrona interesu publicznego tak *sensu largo*, tj. zapobieżenia wydatkowaniu środków publicznych z naruszeniem zasady osiągania najlepszych korzyści z poniesionych nakładów (art. 35 ustawy o finansach publicznych), jak i *sensu stricte* (interesu szpitala oraz pacjentów pozbawionych pomocy personelu szpitala w postaci salowych), a zagrożenie to jest konkretne i realne.

Zamawiający podkreślił również, że dokonując ponownie wszczęcia postępowania na ten sam przedmiot zamówienia uwzględni wszystkie okoliczności, które będą miały wpływ tak na zakres zamówienia, prawidłowy jego opis oraz zapewnią taką konstrukcję umowy o zamówienie, która pozwoli na wprowadzenie ewentualnych zmian umożliwiających prawidłową i niezakłóconą współpracę z wykonawcą.

Na tę czynność Zamawiającego Odwołujący w piśmie z dnia 12 października 2009 r. z datą wpływu do Zamawiającego 14 października 2009 r. złożył protest. W proteście tym wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4, 6 i 7 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu złożonego protestu wskazał, że Zamawiający nie wykazał zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć (art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp). Podkreślił, że skoro postępowanie o zamówienie zostało wszczęte, to Zamawiający jako profesjonalista powinien był uprzednio oszacować koszty realizacji zamówienia i uwzględnić je w procesie planowania finansowego bez względu na to, czy działał na podstawie prognozy finansowej. W nowym planie finansowym powinien był zawrzeć pozycję dotyczącą sfinansowania zamówienia, co do którego zostało wszczęte postępowanie. Podkreślił, że Zamawiający nie wykazał wypełnienia przesłanek ustawowych wynikających z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Po pierwsze, za prowadzeniem i wykonywaniem przedmiotu zamówienia przemawia interes publiczny - w tym zakresie leży możliwie szybkie wyłonienie profesjonalnego wykonawcy, który daje rękojmię utrzymania należytego stanu porządkowo – sanitarnego szpitala. Zamawiający natomiast w tym przypadku utożsamia interes publiczny z własnym interesem, co jest niedopuszczalne. Podkreślił też, że działanie Zamawiającego godzi w ogólny interes publiczny, jakim jest praworządność oraz słuszny interes indywidualny. Po drugie, Zamawiający nie wskazał

jakiejsz nadzwyczajnej okoliczności, która miałaby charakter nieoczekiwany i zewnętrzny, tj. niezależny od Zamawiającego. Za taką okoliczność, nie można uznać twierdzeń Zamawiającego o braku odpowiednich środków w nowym planie finansowym, bowiem to Zamawiający sam przeprowadza proces planowania finansowego, jest profesjonalistą w tym zakresie i mógł też prawidłowo oszacować wartość zamówienia, biorąc pod uwagę okoliczność, iż sam do tej pory wykonuje tego rodzaju czynności.

Co do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że cena najkorzystniejszej oferty, tj. kwota: 7 696 764 zł nie przewyższała kwoty, jaką Zamawiający zgodnie ze swoim oświadczeniem mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i którą podał na otwarciu ofert, tj. kwotę: 9 300 000 zł.

Co do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że żadna z okoliczności, które mogłyby świadczyć o zawarciu ewentualnie nieważnej umowy w niniejszym postępowaniu, stosownie do dyspozycji art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, nie zaistniała. Za taką okoliczność, jego zdaniem, nie można uznać sytuacji:

- oszacowania wartości zamówienia, ponieważ jest to obowiązek Zamawiającego. Ewentualne naruszenia w tym zakresie nie mogą wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców;
- podanie nazw handlowych produktów w treści SIWZ nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania, treść SIWZ nie została bowiem oprotestowana, a w postępowaniu złożono jedną ofertę, zaś wykonawca przewidział w niej wymagane przez Zamawiającego produkty. Twierdzenie o ewentualnym wycofaniu z rynku tych produktów nie ma żadnego znaczenia dla wykonania przedmiotu umowy, bowiem w SIWZ Zamawiający przewidział szczególną procedurę ewentualnej zmiany asortymentu stosowanych preparatów;
- zmiana struktury organizacyjnej szpitala jest sytuacją i okolicznością hipotetyczną i jako taka nie może być brana pod uwagę;
- przywołane przez Zamawiającego nieprawidłowości co do pracy komisji przetargowej oraz braków w dokumentacji postępowania nie mogą obciążać wykonawcy i nie mają wpływu na wynik postępowania, a można te uchybienia poprawić poprzez ponowne dokonanie czynności od momentu oceny ofert.

Przywołując wskazane zarzuty i argumentację na ich potwierdzenie Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, dokonanie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protest został przez Zamawiającego oddalony pismem z dnia 26 października 2009 r., doręczonym Odwołującemu w tej samej dacie.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podniósł, że w dniu 14 października 2009 r. za pośrednictwem faksu otrzymał dwa odrębne środki ochrony prawnej datowane na dzień 12 października 2009 r. W treści obydwu środków ochrony prawnej Odwołujący podniósł – jak to określił Zamawiający – zarzut nieprawidłowego unieważnienia postępowania. Zamawiający wskazał, że protest, który dotarł do niego wcześniej wskazywał na naruszenie przez Zamawiającego w tym względzie art. 93 ust. 1 pkt 4, 6 i 7 ustawy Pzp, natomiast w proteście, który dotarł do niego nieco później wskazano na naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 163 ust. 5 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający postanowił oddalić jako bezzasadne obydwa protesty, wskazując na następujące okoliczności:

- 1) Wskazał, że zostały wypełnione dyspozycje przepisów art. 93 ust. 1 pkt 4, 6 i 7 ustawy Pzp. Powoływał się na wyrok KIO z dnia 23 września 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1159/09), wskazując, że wykonał go w całości. Jego zdaniem dokonał on czynności oceny ofert nakazanej tym wyrokiem. Wywodził, że w treści uzasadnienia wyroku Izba wskazała mu sposób postępowania (str. 4 wyroku), tj. zostały wskazane dwa alternatywne rozwiązania: dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej albo unieważnienie postępowania. Zamawiający podkreślił, że w toku rozprawy w sprawie rozpoznania wskazanej sprawy odwoławczej był obecny przedstawiciel Odwołującego, a na tej to rozprawie Zamawiający wielokrotnie wskazywał na oczywiste przesłanki braku możliwości podpisania ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślił, że sam Odwołujący wobec oświadczeń Zamawiającego zmodyfikował w toku rozprawy żądanie wskazanego odwołania, wnosząc jedynie o dokonanie badania i oceny ofert, a nie nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty najkorzystniejszej. Po raz kolejny Zamawiający wskazał na brak zatwierdzenia planu finansowego Zamawiającego, przez co usługa sprzątnia szpitala nie znalazła się w planie wykonywanym przez Zamawiającego, co stanowi okoliczność, której nie dało się przewidzieć. Podkreślił, że Zamawiający dla ważności niektórych swoich działań zobowiązany jest uzyskać akceptację bądź opinię organów nie będących częścią struktury organizacyjnej Szpitala i ich działania są niezależne i zewnętrzne wobec działalności jednostki Zamawiającego.
- 2) Ponownie Zamawiający wskazał na błędny szacunek zamówienia, który doprowadził do podania na otwarciu ofert kwoty nieprawidłowej. Podkreślił, że kwota, którą podawał na publicznym otwarciu ofert nie musi być tożsama z kwotą, która jest wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp; ze względu na zmianę planu

finansowego w chwili obecnej nie jest on w stanie ponieść obciążenia finansowego w postaci umowy zawieranej na podstawie warunków niniejszego postępowania i oferty Odwołującego.

- 3) Powołał się na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wskazując na szereg wad postępowania, w tym w szczególności tych dotyczących szacowania wartości zamówienia.
- 4) Powołał się na art. 144 ustawy Pzp w brzmieniu aktualnie obowiązującym zakazującym zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego, chyba że taka możliwość została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu i postanowieniach SIWZ, takich postanowień Zamawiający nie określił w SIWZ, a przywoływane przez Odwołującego postanowienia SIWZ dotyczące tych zmian nie wskazują na konkretne powody, czy też warunki tych zmian toteż nie można uznać, że Zamawiający w tym zakresie mógłby skorzystać z tego przepisu.
- 5) Odkreślił, że przygotowany w postępowaniu projekt umowy uniemożliwia mu wprowadzenie zmian do umowy w przypadku zmian struktury organizacyjnej Zamawiającego, tym samym np. w przypadku likwidacji jakiegoś oddziału będzie zmuszony ponosić na rzecz wykonawcy koszty świadczenia na tym oddziale usług sprzątnia.
- 6) Podkreślił, że czynności protokolarne, do jakich obligowały go przepisy prawa, zostały dokonane, jak też uzupełnienie zespołu pomocniczego Zamawiającego, co jednak – w jego ocenie – nie zmienia faktu, że całe postępowanie obarczone jest wadą prawną. Wskazał, że ewentualne zawarcie umowy w niniejszym postępowaniu będzie naruszało przepis art. 35 ustawy o finansach publicznych, jak i art. 44 ust. 3 pkt 1 b nowej ustawy o finansach publicznych z dnia 16 lipca 2009 r., która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2010 r.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w dniu 2 listopada 2009 r. (data nadania w placówce pocztowej operatora publicznego) złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując w nim podniesione zarzuty, żądania i argumentację.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu oraz w odwołaniu, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania oraz że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, pozwalającą na merytoryczne rozpoznanie odwołania. Potwierdzenie się podnoszonych zarzutów dotyczących unieważnienia przez Zamawiającego postępowania pozwoliłoby Odwołującemu wprost na uzyskanie niniejszego zamówienia, z racji złożenia przez niego jedynej ważnej oferty w tym postępowaniu. Izba uznała też, że okoliczności podnoszone przez Zamawiającego w toku rozprawy co do braku interesu prawnego po stronie Odwołującego z racji niezabezpieczenia przez niego oferty wadium, nie mają znaczenia dla stwierdzenia braku interesu prawnego, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes ten podlega bowiem ocenie Izby na dzień składania środka ochrony prawnej, tj. na dzień składania odwołania. Przyjęcie przeciwnego poglądu (rozpoznawania kwestii interesu prawnego na dzień rozpoznawania odwołania) mogłoby prowadzić do ograniczenia prawa do wnoszenia środków ochrony prawnej dla wykonawcy, w szczególności w sytuacji rozpoznania przez Izbę odwołania w późniejszym terminie – jak w niniejszym przypadku, czy też w sytuacji gdyby np. Zamawiający przyspieszył dokonanie określonych czynności w postępowaniu.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów podniesionych w odwołaniu, skład orzekający Izby uznał, że zarzuty podniesione w odwołaniu potwierdziły się.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania załączonej do akt niniejszej sprawy, jak również z akt sprawy odwoławczej oznaczonej sygnaturą: KIO/UZP 1159/09, w tym przede wszystkim z treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ i oferty Odwołującego oraz pisma Odwołującego z dnia 22 grudnia 2009 r., zawierającego oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz aneks nr 7 do gwarancji wadialnej, jak również z oświadczeń i stanowisk stron postępowania złożonych w toku postępowania z użyciem środków ochrony prawnej na piśmie oraz ustanie do protokołu.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że podstawy do unieważnienia niniejszego postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4, 6 i 7 ustawy Pzp, wskazane w decyzji Zamawiającego z dnia 7 października 2009 r., nie znalazły potwierdzenia w sytuacji faktycznej i prawnej postępowania.



Zgodnie z przepisem art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Biorąc pod uwagę dyspozycję wskazanego przepisu Zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie, jeśli kwota, którą dysponował na sfinansowanie zamówienia nominalnie nie wystarcza, aby zaspokoić wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Aby ocenić możliwości finansowe podmiotów zamawiających, ustawodawca przewidział powinność podania w trakcie publicznego otwarcia ofert kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 ustawy Pzp). Do tej właśnie kwoty przy czynności unieważnienia postępowania należy odnosić możliwości finansowe zamawiającego w danym momencie, w którym następuje zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe nie oznacza jednak, że kwota podana na publicznym otwarciu ofert jest niewzruszalna, o czym świadczy sformułowanie wynikające z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, a mianowicie; „*zamierza*”. Zamawiający zatem może wskazać kwotę podwyższoną, jeśli wykaże, że będzie dysponował większą kwotą na sfinansowanie zamówienia na skutek np. pozyskania dotacji, czy też przesunięć we własnym planie finansowym i w ten sposób nie unieważniać postępowania, a dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Może on też tę kwotę wyjątkowo obniżyć, jeśli wykaże, że pomiędzy czynnością otwarcia ofert, która poprzedzała określenie kwoty, którą Zamawiający dysponuje na sfinansowanie zamówienia, a zakończeniem postępowania, wystąpiły jakieś szczególne okoliczności wskazujące na to, że środki te uległy zmniejszeniu. To na zamawiającym w takim przypadku spoczywa ciężar wykazania takich okoliczności, gdyż to on jako podmiot odpowiedzialny za prowadzenie postępowania zmienia nagle zasady jego prowadzenia ustalone przez niego samego (zmniejsza kwotę podawaną na otwarciu ofert).

W niniejszej sprawie Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, aby pomiędzy dniem otwarcia ofert: 27 kwietnia 2009 r., a czynnością unieważnienia postępowania (7 października 2009 r.) zaistniały jakieś szczególne, niezależne od Zamawiającego okoliczności, uzasadniające zmniejszenie środków na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający nie okazał przed Izbą dokumentu planu finansowego i zmian w jego treści, a wręcz przyznał w toku rozprawy, że plan finansowy w ogóle nie był zmieniany. Powstały błąd tłumaczył błędnym oszacowaniem kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, która została przez niego podana na otwarciu ofert, wskazując w tym zakresie na błędy popełnione przez poprzedniego kierownika Zamawiającego. Powyższe jednak nie może być uznane – w ocenie Izby – jako nagła sytuacja, czy zewnętrzne, niezależne od Zamawiającego okoliczności, które miały jakikolwiek wpływ na zmniejszenie środków na sfinansowanie zamówienia. Izba ustaliła też, że aktualny kierownik Zamawiającego w dacie otwarcia ofert pełnił już funkcję kierownika Zamawiającego, zatem nie może przenosić odpowiedzialności

za podanie niewłaściwej – w jego ocenie – bo wygórowanej kwoty na sfinansowanie niniejszego zamówienia. Kierownik Zamawiającego jest odpowiedzialny za prowadzenie postępowania i jego ewentualny błąd nie może w sposób bezpośredni wpływać negatywnie na sytuację wykonawców w postępowaniu. Przepis ustawy Pzp o podawaniu na otwarciu ofert kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, miał służyć wykonawcom jako zabezpieczenie przed nieuprawnionym unieważnieniem postępowań przez zamawiających.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli w postępowaniu wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania, czy też realizacja zamówienia, nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć. Ustawodawca w tym przypadku wskazuje na konieczność wykazania łącznego spełnienia trzech przesłanek umożliwiających prawidłowe unieważnienie postępowania. Do tych trzech przesłanek zalicza się:

- 1) zmianę okoliczności o charakterze istotnym, przy czym chodzi tu o zmianę pomiędzy momentem wszczęcia postępowania, a chwilą, w której następuje unieważnienie postępowania;
- 2) prowadzenie samej procedury udzielenia zamówienia publicznego (postępowania), czy też realizacja zamówienia nie leży w interesie publicznym, który to interes należy pojmować jako interes o charakterze powszechnym, dotyczący np. funkcjonowania jakiejś grupy społeczności, przy czym interesu publicznego nie należy utożsamiać wprost z interesem samego zamawiającego;
- 3) nie było możliwe przewidzenie przez zamawiającego co najmniej w momencie wszczęcia postępowania okoliczności uniemożliwiających prowadzenie postępowania, czy też wykonanie zamówienia;

Łączne wypełnienie wskazanych powyżej przesłanek uzasadnia unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W niniejszym postępowaniu ta przesłanka nie została wypełniona. Zamawiający bowiem w żaden sposób nie wykazał, aby okoliczności - czy to związane z finansowaniem zamówienia, czy to okoliczności związane z funkcjonowaniem szpitala (np. jego reorganizacja), czy też inne istotne dla realizacji zamówienia okoliczności zmieniły się w toku prowadzenia przedmiotowego postępowania. Zamawiający wskazuje tylko, że środki finansowe na realizację niniejszego zamówienia nie były przewidziane w planie finansowym jednostki w ogóle w roku 2009 r. Zatem wszczynając postępowanie Zamawiający miał tego

świadomość. Struktura organizacyjna Szpitala również nie zmieniła się, a ewentualne przypuszczenia, że w hipotetycznej sytuacji wprowadzenia takich zmian organizacyjnej w jednostce nie byłoby możliwości zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie mogą stanowić o nagłej zmianie okoliczności, która zgodnie ze wskazanym przepisem – musi zaistnieć, aby przesłanka do unieważnienia postępowania znalazła swoje wypełnienie.

W tym miejscu należy przypomnieć, że zgodnie z przepisami ustawy Pzp podmiot zamawiający przeprowadza czynności w ramach przygotowania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niezależnie od tego, kto pełni w danym momencie funkcję kierownika tego podmiotu zamawiającego. Powyższe co najwyżej może mieć znaczenie z punktu widzenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Stosownie natomiast do przepisów ustawy Pzp bez znaczenia dla oceny prawidłowości dokonywanych przez zamawiającego czynności jest okoliczność ewentualnej zmiany na stanowisku kierownika zamawiającego i momentu, w którym ta zmiana nastąpiła. Powyższe ma również znaczenia dla oceny prawidłowości dokonywania czynności unieważnienia postępowania.

Stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp postępowanie unieważnia się, jeśli jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z tym przepisem ustawy Pzp zamawiający powinien powstrzymać się z dalszym prowadzeniem postępowania i je unieważnić, jeśli stwierdzi kwalifikowaną wadę postępowania, tj. taką wadę, której zaistnienie skutkowałoby – w przypadku ewentualnego podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego – jej nieważnością. Co do kwalifikowanych wad takiej umowy przepisy ustawy Pzp zawierają w tym zakresie regulacje w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. W niniejszym przypadku ewentualnego rozważenia wymagają przypadki określone w pkt 5 i 6 art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem czy mamy do czynienia z ewentualnym wyborem oferty z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp, czy też w postępowaniu tym nie doszło do takich naruszeń przepisów ustawy Pzp, które to naruszenia, czy też naruszenie miały wpływ na wynik tego postępowania.

W niniejszym przypadku Izba nie stwierdziła takich naruszeń. Wykazywane przez Zamawiającego braki w dokumentowaniu postępowania, tj. prowadzeniu protokołu ZP – 1, nie stanowią o naruszeniu, które miałyby jakikolwiek wpływ na wynik postępowania, przy czym Izba zwraca uwagę, że żadnych szczegółów w tym zakresie co do konkretnych naruszeń Zamawiający nie wskazał. Co do braków w składzie osobowym komisji przetargowej, w szczególności co do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, czy też czynności otwarcia ofert, skład orzekający Izby stwierdza, że powyższe naruszenia, również nie wykazane co do konkretów przez Zamawiającego, mogą wskazywać co najwyżej o uchybieniach w zakresie wewnętrznych regulacji Zamawiającego co do trybu prac komisji

przetargowej, a w żaden sposób nie naruszają przepisów ustawy Pzp. Przy czym także w tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający gołosłownie wskazywał na nieprawidłowości w zakresie składu osobowego komisji przy dokonywaniu poszczególnych czynności, nie wykazując w tym zakresie konkretnych przepisów, które zostały naruszone. Nie wykazano, aby wskazany art. 21 ust. 2 ustawy Pzp stanowiący o co najmniej trzyosobowym składzie komisji przetargowej został w jakikolwiek sposób naruszony.

Co do wskazania nazw konkretnych środków (preparatów) stosowanych przy realizacji zamówienia Izba stwierdza, że naruszenie w tym zakresie nie nastąpiło, a nawet jeśli by uznać, że są znamiona naruszenia jakichś regulacji prawnych w tym zakresie to ewentualne naruszenie na pewno nie miało wpływu na wynik postępowania, z uwagi na brak protestów w tym przedmiocie na etapie SIWZ, jak też brak czynności odrzucenia z takiego powodu jakichś ofert w postępowaniu. Niemniej z zapisów SIWZ (załącznik nr 3 do SIWZ) wynika, że określone tam zostały faktycznie preparaty chemiczne co do ich nazw handlowych. Były to jednak preparaty, które są stosowane u Zamawiającego. Zamawiający określił też podstawowe wyznaczniki i parametry graniczne tych preparatów (np. stężenie, czas działania, zakres działania, związki aktywne zastosowanie i sposób przygotowania roztworów roboczych) jako niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia. Przyjął zatem należałoby, że Zamawiający wskazał nazwy konkretnych preparatów chemicznych, które są aktualnie stosowane u Zamawiającego, co nie oznaczało jednak, że wykonawcy nie mogli zaoferować innych preparatów o takim samym bądź lepszym poziomie i skuteczności działania co parametry preparatów wskazanych w SIWZ, niezależnie od nazwy handlowej oferowanego preparatu.

Biorąc pod uwagę powyższe i zgromadzony w sprawie materiał dowodowy skład orzekający Izby stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przywoływanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Pomimo jednak potwierdzenia się zarzutów bezpodstawnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba nie mogła uwzględnić odwołania, biorąc w tym względzie pod uwagę treść art. 191 ust. 1a ustawy Pzp. Przepis ten pozwala na uwzględnienie odwołania jedynie w sytuacji, gdy stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W niniejszej sprawie skład orzekający Izby w toku rozprawy stwierdził, że oferta Odwołującego jako jedyna złożona w postępowaniu nie jest zabezpieczona wadium. Złożona bowiem w postępowaniu gwarancja wadialna i jej przedłużenia wygasły już – jak wynika z dokumentacji postępowania, natomiast ostatnie przedłużenie gwarancji wadialnej (aneks nr 7) dotyczy gwarancji wadialnej o nr 18/2009/05 z dnia 19 marca 2009 r., wystawionej na

rzecz innego beneficjenta aniżeli Zamawiający (Szpital Specjalistyczny w Nowym Sączu), które to przedłużenie (aneks) - złożone Zamawiającemu w dniu 22 grudnia 2009 r. wraz z oświadczeniem o przedłużeniu terminu związania ofertą - nie zostało dokonane skutecznie. Uwzględniając powyższe Odwołujący z tego względu winien być wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a jego oferta – zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - powinna być uznana za odrzuconą. Tym samym zatem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w takiej sytuacji podlegałoby unieważnieniu z powodu braku ważnych ofert w postępowaniu. Z tego też względu nakazywanie Zamawiającemu dokonywanie ponownej czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienia postępowania, tym razem na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uznała za bezprzedmiotowe, nie mające znaczenia dla wyniku postępowania, tj. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić też należy, że domaganie się przez Odwołującego unieważnienia postępowania przez Zamawiającego na innej podstawie (art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) pozostawałoby w sprzeczności z jego interesem faktycznym, bowiem to unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4, 6 i 7 ustawy Pzp i z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego mogłoby jedynie mieć dla wykonawcy jakieś znaczenie. W przypadku bowiem unieważnienia postępowania z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, a za takie nie można raczej uznać unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wykonawca – stosownie do treści art. 93 ust. 4 ustawy Pzp – może dochodzić roszczenia o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu w szczególności kosztów przygotowania oferty.

Skład orzekający Izby podkreśla również, że dla ważności i skuteczności zabezpieczenia oferty wadium konieczne jest złożenie u Zamawiającego wadium bądź jego przedłużenia do upływu terminu na składanie ofert, bądź w przypadku przedłużenia - przed upływem jego ważności. Ewentualne dysponowanie przez wykonawcę takim zabezpieczeniem wadium, bez jego fizycznego przekazania Zamawiającemu nie może świadczyć o skutecznym zabezpieczeniu oferty.

Uwzględniając powyższe Izba działając na podstawie art. 191 ust. 1 oraz ust. 1a ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Lublinie.**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....