

Sygn. akt: KIO/UZP 1212/11

WYROK

z dnia 21 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie : Justyna Tomkowska

Paweł Trojan

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 8 czerwca 2011 r. przez wykonawcę **ComArch Spółkę Akcyjną z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 33** protestu z dnia 17 maja 2011 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, **xxx** – po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **ComArch Spółkę Akcyjną z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39a** 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 uiszczanego przez **ComArch Spółkę Akcyjną z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39a**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr** (słownie: XXX złotych zero groszy) przez **XXX** na rzecz **XXX**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego
- 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 **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ComArch Spółkę Akcyjną z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39a**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na zakup usług informatycznych w zakresie zarządzania, administrowania i monitorowania oraz bieżącej obsługi utrzymania systemu informatycznego ARiMR zostało wszczęte przez zamawiającego Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, ul. Żelazna 59 ogłoszeniem na stronie internetowej zamawiającego i w siedzibie, opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2009/S 204-293978 w dniu 22 października 2009r.

W dniu 9 maja 2011r. zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W uzasadnieniu wskazał, że dokonał szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia co do zakresu i ilości. Na tak określony przedmiot zamówienia zamawiający zamierzał przeznaczyć 7 312 680zł. brutto, którą to kwotę podał podczas otwarcia ofert. Cena oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie wyniosła 12 899 297,50zł. brutto. Kwota jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest zgodna z kwotą, którą zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia wskazaną w trakcie otwarcia ofert. Cena oferty najkorzystniejszej przewyższa tę kwotę znacząco o 5 586 617,50zł.

Powoduje to konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

W dniu 19 maja 2011r. protest wniósł wykonawca ComArch Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39a zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równości wykonawców oraz niezapewnienie bezstronności obiektywizmu w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności poprzez dokonanie czynności unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy brak jest podstaw do jego unieważnienia, zaniechanie podjęcia i dalszego prowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy i zaniechanie podpisania umowy z protestującym oraz naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez unieważnienie postępowania, w sytuacji gdy brak jest podstaw do unieważnienia postępowania. Wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Wskazał, że w jego ocenie, zamawiający ma możliwość sfinansowania zamówienia. Zamawiający w dniu 23 grudnia 2009r. umowę z Hewlett Packard Polska sp. z o.o. na świadczenie usług informatycznych w zakresie serwisu, naprawy oraz wsparcia technicznego, zarządzania administrowania i monitorowania, bieżącej obsługi utrzymania systemu informatycznego oraz replikacji danych (umowa nr 112/DI/2615/2009). W zakres tej umowy wchodziły także usługi będące przedmiotem niniejszego postępowania tj. zarządzania, administrowania i monitorowania oraz bieżącej obsługi utrzymania systemu informatycznego ARiMR. Umowa w tej części obowiązywała do 21 grudnia 2010r. Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 22 października 2009r. W dniu 23 grudnia 2010r. zamawiający zawarł w trybie zamówienia z wolnej ręki aneks nr 1 do ww. umowy z dotychczasowym wykonawcą usług przedłużając okres świadczenia usług do 31 grudnia 2011r. W piśmie z dnia 17 grudnia 2010r. znak DZP-2615-6/2010 zamawiający informując Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki wskazał, że do czasu zawarcia umowy z wykonawcą wyłonionym w drodze niniejszego postępowania, niezbędne jest zawarcie umowy przejściowej od 1 stycznia 2011r., a z uwagi na to, że ARiMR nie przejęła wiedzy od Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. jest ona jedynym wykonawcą, który może zapewnić wsparcie dla nowego wykonawcy w zakresie zarządzania i administrowania SIA. Wskazał, że jest to przesłanka techniczna o obiektywnym charakterze, która jest aktualna do czasu przekazania wiedzy do nowego, niezależnego wykonawcy. W umowie zawarta zostanie możliwość wypowiedzenia umowy z zachowaniem 3 – miesięcznego okresu wypowiedzenia. Usługi opisane w umowie przejściowej wspierają proces przejścia wiedzy od jednego do drugiego wykonawcy. Jednocześnie zamawiający

podał, że oszacowana z należytą staranności a wartość (netto) zamówienia wynosi 15 300 608,00zł., co stanowi równowartość kwoty 3 985 571,24 euro. Protestujący wskazał, że usługa objęta aneksem nr 1 do umowy nr 112/DI/2615/2009 obejmuje dwa elementy usług utrzymania – zarządzania, administrowania i monitorowania oraz bieżącej obsługi systemu informatycznego ARiMR oraz zmian w zakresie usług utrzymania. Zamawiający ma zabezpieczoną w budżecie kwotę 15 300 608,00zł. netto na 2011r. Wynegocjował z Hewlett Packard Polska sp. z o.o. cenę 15 208 336,00 netto. Cena oferty odwołującego wynosi netto 10 487 233, 66zł. (brutto 12 899 297,41zł.) W zakres tej ceny wchodzi zarówno usługi utrzymania jak i usługi z tytułu realizacji zmian. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 7 312 680,00zł. brutto. Podkreślił, że rozróżnienie przez ustawodawcę pojęć „zamawiający może przeznaczyć”, „zamawiający zamierza przeznaczyć” daje możliwość zmian finansowych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – na co powołał wyrok Izby z 19 maja 2009r. sygn. akt KIO/UZP 580/09. Wskazał także, iż przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy musi być wykładany ściśle, co powołał za wyrokiem Izby z dnia 25 lutego 2008r. sygn. akt KIO/UZP 107/08. Wskazał, że wobec możliwości wypowiedzenia umowy 112/DI/2615/2009 zamawiający ma do dyspozycji kwotę, która powiększona o podaną na otwarciu kwotę 7 312 680zł. pozwala na sfinansowanie zamówienia. Podkreślił, że tryb zamówienia z wolnej ręki jest trybem szczególnym i nie może być stosowany w sytuacji, gdy zamawiający ma możliwość nabycia tych samych usług po korzystniejszej cenie. Podniósł, że w jego ocenie unieważnienie postępowania przez zamawiającego jest naruszeniem art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Protestujący wskazał, że ma interes prawny we wniesieniu protestu, gdyż unieważnienie postępowania uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia. . Protest został podpisany przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 marca 2011r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta upoważnionych do reprezentacji protestującego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie 30 maja 2011r., co zgodnie z art. 184 ust. 2 ustawy oznacza oddalenie protestu w całości.

W dniu 8 czerwca 2011r. protestujący wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równości wykonawców oraz niezapewnienie bezstronności obiektywizmu w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności poprzez dokonanie czynności unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy brak jest podstaw do jego unieważnienia, zaniechanie podjęcia i dalszego prowadzenia przedmiotowego postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy i zaniechanie podpisania umowy z protestującym oraz naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez unieważnienie postępowania, w sytuacji gdy brak jest podstaw do unieważnienia postępowania. Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania. W uzasadnieniu podtrzymał argumentację zawartą w proteście. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 marca 2011r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta upoważnionych do reprezentacji protestującego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 8 czerwca 2011r.

W dniu 16 czerwca 2011r. odwołujący złożył pismo, w którym uzupełnił odwołanie o kopię opinii prawnej dotyczącej skutków zawarcia umowy z wolnej ręki, w sytuacji możliwości zakupu usług po niższej cenie w trybie przetargowym sporządzoną przez Dyrektora Centrum Ekspertyz Prawnych Zrzeszenia Prawików Polskich – dr Waldemara Gontarskiego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, a w szczególności z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania wraz z załącznikami, oferty odwołującego, pism zamawiającego informujących o poprawieniu omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 9 maja 2011r. , z akt postępowania sygn. akt KIO/UZP 1925/10, pisma zamawiającego do Prezesa UZP z dnia 17 grudnia 2010r., wykazu płatności w ramach realizacji umowy nr 112/DI/2615/2009 z dnia 23 grudnia 2009r. i aneksu nr 1 z dnia 22 grudnia 2010r., ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante nr 2010/S 247-376970, umowy nr 112/DI/2615/2009z dnia 23 grudnia 2009r. i aneksu nr 1 do tej umowy z dnia 22 grudnia 2010r.

Izba ustaliła, co następuje :

Zgodnie z siwz i wzorem umowy załączonym do siwz przedmiotem umowy jest świadczenie na rzecz zamawiającego następujących usług :

- utrzymania systemu dostępu do Internetu,
- utrzymania sieci WAN/LAN,
- utrzymania systemu kopii zapasowych,
- utrzymania systemu poczty elektronicznej,

- utrzymania systemu zarządzania infrastrukturą,
- utrzymania systemu dystrybucji radia,
- utrzymania serwisów sieciowych,
- utrzymania systemów HP-UX i Linux
- utrzymania systemów WINDOWS,

oraz realizacji zmian.

Zmianą jest zmiana wymagań usługobiorcy dotyczących usług, warunków świadczenia, zakresu lub pojemności usług, modyfikacja dokumentacji technicznej – zgłoszona i obsługiwana zgodnie z procedurą określoną w załączniku nr 2 do umowy.

Przedmiot zamówienia miał być realizowany do wyczerpania kwoty łącznego wynagrodzenia brutto, nie dłużej niż do 31 grudnia 2012r.

Do składania ofert zaproszono 4 wykonawców, oferty złożyło dwóch wykonawców : odwołujący i Hewlett Packard Polska sp. z o.o.

W dniu 31 marca 2011r. zamawiający podczas otwarcia ofert podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 7 312 680,00zł. brutto

Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 12 899 297,41zł. brutto, a Hewlett Packard Polska sp. z o.o. za kwotę 45 608 400,00zł. brutto.

Oferta Hewlett Packard Polska sp. z o.o. została w dniu 9 maja 2011r. odrzucona z uwagi na niezgodność treści tej oferty z treścią siwz, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Oferta odwołującego została przez zamawiającego poprawiona w dniu 28 kwietnia 2011r. oraz w dniu 4 maja 2011r. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy, po uwzględnieniu konsekwencji rachunkowych omyłek cena oferty odwołującego wyniosła 12 899 297,50zł. brutto.

W dniu 9 maja 2011r. zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W tym samym dniu zamawiający unieważnił postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Izba uznała, że załączona do akt sprawy opinia dr Waldemara Gontarowskiego jest opinią prywatną sporządzoną na zlecenie odwołującego i może być potraktowana jako stanowisko odwołującego w sprawie. Ze stanowiska tego wynika, iż w ocenie odwołującego umowa zawarta z Hewlett Packard Polska sp. z o.o. w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy są bezwzględnie nieważne w rozumieniu art. 58 par 1 i par 2 kc.

Izba uznała, że protokół z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 13 czerwca 2011r. znak DZP-2611-11/2009 oraz informacja dot. Realizacji budżetu umowy 112/DI/2615/2009 vs oferta firmy Comarch z dnia 20 czerwca 2011r. stanowią dokumenty prywatne, które przedstawiają stanowisko strony – zamawiającego o rozbieżności w zakresie przedmiotowym niniejszego zamówienia i umowy nr 112/DI/2615/2009 oraz twierdzenie o braku możliwości przeniesienia środków z aneksu nr 1 z dnia 22 grudnia 2010r. na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Z pisma zamawiającego z dnia 17 grudnia 2010r. do Prezesa UZP wynika, że do 31 grudnia 2010r. zamawiający pozyskiwał usługi utrzymania – zarządzanie, administrowanie i monitorowanie oraz bieżącą obsługę utrzymania systemu informatycznego ARiMR oraz zmiany usług utrzymania były świadczone w oparciu o umowę nr 112/DI/2615/2009. Przesłanką uzasadniającą zawarcie aneksu nr 1 do tej umowy w dniu 22 grudnia 2010r., była konieczność zapewnienia „usługi transferu wiedzy”, które może świadczyć jedynie dotychczasowy wykonawca firma HP Polska sp. z o.o. W 2009r. wszczęto dwa postępowania na wyłonienie wykonawców na :

1. świadczenie usług serwisu, naprawy oraz wsparcia technicznego dla elementów infrastruktury IT wykorzystywanej przez ARiMR oraz usług informatycznych wsparcia technicznego dla oprogramowania systemowego i narzędziowego wykorzystywanego przez ARiMR – postępowanie zakończono i w październiku 2010r. zawarto umowę z wyłoniętym wykonawcą
2. świadczenia usług informatycznych w zakresie zarządzania, administrowania i monitorowania oraz bieżącej obsługi systemu ARiMR (ZUMA), to postępowanie było w toku w dacie sporządzenia pisma i jest przedmiotem odwołania.

Zamawiający podał, że do czasu zawarcia umowy z wykonawcą wyłoniętym w tym postępowaniu konieczne jest zawarcie umowy przejściowej, która obowiązywać będzie od 1 stycznia 2011r. do dnia przejęcia usług przez nowego wykonawcę. Umowa przejściowa zostanie zawarta w formie aneksu do umowy nr 112/DI/2615/2009, w umowie zostanie

zawarta możliwość wypowiedzenia w każdym czasie, po rozstrzygnięciu przetargu ograniczonego, z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia. W rozdziale II tego pisma zamawiający określił przedmiot umowy tj. świadczenie usług informatycznych w zakresie zarządzania, administrowania i monitorowania oraz bieżącej obsługi utrzymania infrastruktury IT w zakresie : utrzymania systemów Windows, utrzymania systemu kopii zapasowych, utrzymania systemu poczty elektronicznej, utrzymania sieci rozległej, utrzymania systemu dostępu do Internetu, utrzymania systemów HP-UX i Linux, utrzymania systemu baz danych Oracle, utrzymania systemu dystrybucji oprogramowania RADIA, utrzymania centralnego systemu wspomagającego w oparciu o metodologię ITIL. Usługi objęte zamówieniem będą świadczone od 1 stycznia 2011r. do 31 grudnia 2011r. z możliwością ich wypowiedzenia z 3 miesięcznym wyprzedzeniem. W piśmie tym zamawiający podał wartość szacunkową zamówienia na kwotę 15 300 608, 00zł.

Wskazany w piśmie z 17 grudnia 2010r. zakres przedmiotowy różni się do przedmiotu niniejszego postępowania, gdyż brak wskazania wykonywania realizacji zmian oraz usługi utrzymania systemu zarządzania infrastrukturą, które to elementy przedmiotu zamówienia występują z niniejszym postępowaniem. Natomiast aneksem nr 1 miały być objęte także usługa utrzymania baz danych Oracle i utrzymania centralnego systemu wspomagającego pracę w oparciu o metodologię ITIL.

W umowie nr 112/DI/2615/2009 przedmiot zamówienia określono w sposób następujący :

1. świadczenie usług informatycznych w zakresie serwisu, naprawy oraz wsparcia technicznego dla elementów infrastruktury IT wykorzystywanej przez ARiMR oraz usługi informatyczne wsparcia technicznego dla oprogramowania systemowego i narzędziowego wykorzystywanego przez ARiMR (Usługi Obsługi Serwisowej),
2. świadczenie usług informatycznych w zakresie zarządzania, administrowania i monitorowania oraz bieżącej obsługi utrzymania systemu informatycznego AriMR w celu zapewnienia technicznej sprawności eksploatacyjnej (Usług Utrzymania),
3. świadczenie usług informatycznych w zakresie replikacji danych pomiędzy ośrodkami CPD i RODP oraz usługi przechowywania lub przetwarzania danych (Usług Replikacji i Przechowywania Danych) – artykuł 2 umowy 112.

Zgodnie z tą umową zmianą jest zmiana w zakresie usług obsługi serwisowej, usług utrzymania, usług replikacji i przechowywania danych lub zmiana w sposobie świadczenia usług – artykuł 1.

Aneks nr 1 z dnia 22 grudnia 2010r. nie wprowadził zmian do umowy nr 112/DI/2615/2009 w zakresie artykułu 2 umowy. Wprowadzono zmiany jedynie w art. 4 - dotyczącego wynagrodzenia – zmieniając wynagrodzenie w tytule zmian. Wprowadzono zmianę dotyczącą czasu trwania umowy poprzez postanowienie, że HP świadczyć będzie usługi utrzymania w okresie od 1 stycznia 2010r. do 31 grudnia 2011r. W aneksie nie wskazano na podstawie którego z postanowień umowy, Zmiany będą realizowane w 2011r.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek z art. 187 ust. 4 ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, a gdyby czynność unieważnienia postępowania okazała się czynnością niezgodną z przepisami ustawy, odwołujący uzyskałby zamówienie publiczne. Odwołujący może ponieść uszczerbek w wyniku działania zamawiającego polegający na niezyskaniu zamówienia, o które się ubiegał.

Izba uznała, że została wypełniona przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 2 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równości wykonawców oraz niezapewnienie bezstronności obiektywizmu w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności poprzez dokonanie czynności unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy brak jest podstaw do jego unieważnienia, zaniechanie podjęcia i dalszego prowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy i zaniechanie podpisania umowy z protestującym oraz naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez unieważnienie postępowania, w sytuacji gdy brak jest podstaw do unieważnienia postępowania.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Nie ma racji odwołujący, że zamawiający ma możliwość przeznaczenia większej kwoty na sfinansowanie zamówienia, niż podana podczas otwarcia kwota 7 312 680zł. brutto. Twierdzenia odwołującego, co do możliwości przeniesienia środków z umowy realizowanej na podstawie aneksu nr 1 z dnia 22 grudnia 2010r. nie potwierdziły się. Zgodnie z ustalonym stanem faktycznym przedmiotem aneksu są usługi utrzymania, które odpowiadają swoim zakresem usługom opisanym w przedmiotowym postępowaniu i obejmują dodatkowo usługi utrzymania baz danych Oracle i utrzymania

centralnego systemu wspomagającego pracę w oparciu o metodologię ITIL. Z tytułu tej usługi zamawiający zobowiązany był płacić 402 600 zł. brutto miesięcznie, jak wynika z artykułu 4 pkt. 1.2 Jednocześnie zgodnie z artykułem 11 pkt 1.2) umowy strony przewidziały możliwość wypowiedzenia umowy z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia. Nawet gdyby uznać, że świadczenie usług utrzymania baz danych Oracle i utrzymania centralnego systemu wspomagającego pracę w oparciu o metodologię ITIL jest pod względem wartości odpowiadające usłudze utrzymania systemu zarządzania infrastrukturą, to gdyby w dniu wydania orzeczenia przez Izbę zamawiający wypowiedział umowę nr 112/DI/2615/2009 wraz z aneksem nr 1 na podstawie artykułu 11 pkt 1.2) umowy, to do rozwiązania umowy doszłoby z dniem 21 września 2011r., a zatem kwota, która pozostałaby zamawiającemu z aneksu nr 1 wynosiłaby 1 207 800zł. brutto, co nie jest kwotą, której dodanie do wartości wskazanej podczas ogłoszenia o zamówieniu pozwalałoby na sfinansowanie zamówienia w kwocie przewidzianej w ofercie odwołującego. Nie można natomiast mówić o tożsamości przedmiotowego postępowania z umową nr 112/DI/2615/2009 i aneksem nr 1 w zakresie Zmian. W przedmiotowym postępowaniu Zmiany dotyczą jedynie usług utrzymania, a w umowie 112 i aneksie także zmian usług obsługi serwisowej, zmian usług replikacji i przechowywania danych oraz zmian w sposobie świadczenia. Nie można zatem dokonać identycznego jak w przypadku usług utrzymania przełożenia potencjalnej oszczędności zamawiającego z tytułu wypowiedzenia umowy 112 na możliwości finansowe zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Izba uznała zatem, że odwołujący nie wykazał, że zamawiający ma możliwość sfinansowania przedmiotowego zamówienia na poziomie wynikający z oferty złożonej przez odwołującego. W tej sytuacji w ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez unieważnienie postępowania. Poza sporem niniejszej sprawy pozostaje ocena prawidłowości zawarcia aneksu nr 1 w trybie zamówienia z wolnej ręki, jak również ocena dopuszczalności pominięcia w informacji do Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki części przedmiotu zamówienia, który został objęty aneksem nr 1 tj. świadczenia realizacji Zmian w rozumieniu umowy 112. Izba uznając, że zamawiający nie naruszył ustawy unieważniając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, uznała również, że zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 i 2 ustawy poprzez unieważnienie postępowania.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 1a ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Zgodnie z § 4 ust. 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 128 poz. 886) z kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego potrącono koszty związane z organizacją i prowadzeniem postępowań odwoławczych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy na niniejszy wyrok /~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....