

Sygn. akt: KIO/UZP 409/10

WYROK
z dnia 13 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Bogdan Artymowicz

Agnieszka Bartczak – Żuraw

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Crowley Data Poland Sp. z o.o., Comp S.A., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa, 00-950 Warszawa, pl. Bankowy 3/5** protestu z dnia 22 lutego 2010 r.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa, 00-950 Warszawa, pl. Bankowy 3/5

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Crowley Data Poland Sp. z o.o., Comp S.A., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Miasto Stołeczne Warszawa, 00-950 Warszawa, pl. Bankowy 3/5** na rzecz **Konsorcjum: Crowley Data Poland Sp. z o.o., Comp S.A., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego przed KIO oraz wpisu od odwołania,
- 3) 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 **Konsorcjum: Crowley Data Poland Sp. z o.o., Comp S.A., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2.**

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

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2009/S 211-303797 w dniu 31 października 2009r.

Zamówienie jest prowadzone jako zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego, a przedmiotem tego zamówienia jest: „Zakup usług teletransmisji wraz z dostawą i konfiguracją urządzeń” (ZP/JK/341 /III-202/09).

Odwołującym jest: dwóch wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, których pełnomocnikiem i jednym z wykonawców jest spółka: Crowley Data Poland sp. z o.o. ul. Stawki 2, 00 -193 Warszawa a drugim z wykonawców jest spółka: Comp S.A. ul. Jutrzenki 116; 02-230 Warszawa, zwani dalej „Odwołującym” lub „Konsorcjum CDP”

Zamawiającym jest: Miasto Stołeczne Warszawa Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa z adresem do korespondencji: Biuro Zamówień Publicznych, ul. Senatorska 36, 00-095 Warszawa zwany dalej „Zamawiającym”.

Odwołanie złożone jest w trybie przewidzianym w art. 184 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „pzp”.

Odwołujący składając odwołanie podtrzymał wszystkie zarzuty podniesione w proteście czyli naruszenie: art. 7, art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, w szczególności zarzut bezpodstawnego unieważnienia postępowania.

Odwołujący żąda uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Do argumentacji Zamawiającego zawartej w rozstrzygnięciu protestu, Odwołujący odniósł się w sposób jak przedstawiono poniżej.

Działanie Zamawiającego, w świetle zaistniałego stanu faktycznego, jest nieuzasadnione i w sposób rażący narusza przepisy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności art 93 ust 1 pkt 7 ustawy. Bowiem postępowanie nie zostało obarczone wadą o której mowa w art 93 ust 1 pkt 7 ustawy. Wszystkie postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i wzoru umowy stanowiącej załącznik do SIWZ potwierdzają, że termin realizacji zamówienia miał być: od dnia podpisania umowy do dnia 30 listopada 2011r.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, ponieważ Zamawiający sam w nim przyznaje, że Odwołujący w poprzednim proteście (przed składaniem ofert – na SIWZ) wniósł o dokładne określenie okresu świadczenia usług w miesiącach, aby było możliwe wyliczenie całkowitej ceny ofert za okres świadczenia usług. Odwołujący w złożonym proteście na treść SIWZ zarzucił Zamawiającemu wadę postępowania polegającą na tym, że nie jest podana dokładna liczba miesięcy świadczenia usług. Twierdził, że jest konieczne doprecyzowanie treści SIWZ dla określenia prawidłowego sposobu obliczania ceny poprzez Zmodyfikowanie formularza cenowego, w tym wstawienie kolumny pt. "Liczba miesięcy świadczenia usług". Zamawiający uwzględnił to żądanie Odwołującego doprecyzowawszy formularz cenowy przez wskazanie okresu świadczenia usług na 19 miesięcy.

Z przytoczonych fragmentów z rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, a dotyczących przedmiotowego odwołania, odnoszących się do protestu na treść SIWZ jak również jego rozstrzygnięcia, jednoznacznie wynika, iż zarówno żądanie jak i dokonana w wyniku uwzględnienia tego żądania modyfikacja SIWZ, dotyczyła określenia liczby miesięcy świadczenia usługi w celu umożliwienia obliczenia ceny oferty. Wynagrodzenie za świadczenie usług będących przedmiotem zamówienia nie zostało bowiem, wbrew temu, co twierdzi Zamawiający, określone jako wynagrodzenie ryczałtowe, które nie ulega zmianie bez względu na czas świadczenia usługi. Przeciwnie, wynagrodzenie będzie płacone

miesięcznie wyłącznie za okres faktycznie świadczonej usługi, zatem brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, iż jedynym okresem w jakim może być świadczona usługa jest okres 19 miesięcy i kończący się w dniu 30 listopada 2011r. Co stanowiło podstawową argumentację Zamawiającego przy unieważnieniu postępowania.

W ocenie Odwołującego nawet gdyby uznać, iż intencją Zamawiającego było określenie czasu trwania usługi łącznie na 19 miesięcy i do dnia 30 listopada 2011r., to również w takiej sytuacji przesunięcie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi, nie może być uznane za wadę skutkującą koniecznością unieważnienia postępowania. Twierdzenie Odwołującego poparte jest ugruntowaną linią orzecznictwa zarówno Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych jak i wcześniej Zespołów Arbitrów, a wyroki uzasadniające stanowisko Odwołującego zostały przytoczone w proteście.

Poza tym jeżeli w ocenie Zamawiającego, termin świadczenia usługi musi wynosić 19 miesięcy, to Odwołujący nie widzi żadnych przeszkód zarówno formalnych jak i z jego strony, aby usługa była realizowana przez ten okres, po wcześniejszym jej uruchomieniu (trwającym 12 tygodni od zawarcia umowy).

Zamawiający składając odwołanie wskazał, że podtrzymuje wszystkie zarzuty, żądania i argumentacje formalno-prawne zawarte w proteście.

W związku z tym przedstawione stanowisko w odwołaniu uzupełnia się o wywody Odwołującego zawarte w proteście co następuje poniżej.

Odwołujący przedstawił w szczególności następującą argumentację na poparcie zarzutów i żądań w proteście.

W ocenie odwołującego Zamawiający bezpodstawnie unieważnił przedmiotowe postępowanie.

Przesłanki skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zostały enumeratywnie wymienione w art. 93 ust. 1 ustawy.

Powyższe oznacza, iż Zamawiający nie może rozszerzyć tego katalogu, ani dowolnie interpretować przesłanek w tym artykule zawartych.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający unieważnia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z komentarzem do ustawy „Przesłanka z ust. 1 pkt 7 zachodzi wówczas, gdy postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny związek przyczynowy. Wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania o udzielenie zamówienia, która

wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność ab initio, a tym samym prawną bezskuteczność. Wady takie wymienia przykładowo przepis art. 146 ust. 1, traktujący o przesłankach nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego"

Odwołujący przywołując szereg orzeczeń KIO przywołał przykładowe orzeczenie z którego wynika, że „w związku ze sposobem określenia świadczeń pieniężnych zamawiającego za poszczególne elementy usług bankowych, możliwe jest wyliczenie i zapłacenie wynagrodzenia umownego z tytułu wykonywanych świadczeń banku bez konieczności dokonywania wyjaśnień czy prowadzenia negocjacji w sprawie oferty nawet w przypadku późniejszego rozpoczęcia świadczeń niż był przewidywany w siwz”. Reasumując na podstawie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w przedmiotowym postępowaniu możliwe jest zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia, z oznaczeniem terminu wykonywania świadczeń - tak jak postuluje Odwołujący - od dnia jej zawarcia."

Wykonawca podając cenę oferty wyliczył ją na okres 19 miesięcy, z rozbiem ceny na abonamenty miesięczne.

Cena oferty służyła porównaniu i ocenie ofert złożonych w postępowaniu.

Wynagrodzenie za świadczone usługi będzie rozliczane miesięcznie. Wobec tego nie ma żadnych przeszkód aby proporcjonalnie zmniejszyć cenę usługi, stosownie do liczby miesięcy jej świadczenia.

Dodatkowo Odwołujący w złożonym proteście wskazał, że zgodnie z §3 ust. 4 projektu umowy Zamawiający przewidział proporcjonalne zmniejszenie wynagrodzenia za usługi - w przypadku świadczenia usługi nie przez pełny miesiąc wynagrodzenie będzie obliczane proporcjonalnie do ilości dni objętych niniejszą umową w danym miesiącu kalendarzowym. Wobec możliwości proporcjonalnego zmniejszenia wynagrodzenia nawet za niepełny okres miesięczny, nie ma wątpliwości, że zmniejszenie wynagrodzenia Odwołującemu jest możliwe przy krótszym okresie realizacji umowy niż 19 miesięcy.

Przedmiotowe postępowanie nie jest obarczone wadą skutkującą nieważnością postępowania. W postępowaniu nie może być także mowy o jakiegokolwiek nieważności umowy, która miałaby ewentualny wpływ na konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Odwołujący podniósł również, że w przedmiotowym postępowaniu nie miały miejsca żadne okoliczności wskazane w art.146 ust.1 ustawy, wobec tego umowa o udzielenie zamówienia, która zostanie zawarta nie będzie umową nieważną.

Postępowanie nie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, ani żadnej innej, wobec czego działania Zamawiającego stoją w sprzeczności z ustawą.

Odwołujący w złożonym proteście zwrócił także uwagę, iż unieważnienie postępowania z naruszeniem przepisów ustawy Pzp jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, o której mowa w art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Z 2005 r. Nr 14, poz. 114, ze zm.). Regulacja ta podkreśla wagę, jaką przykłada Ustawodawca do problematyki zamówień publicznych.

W tym stanie rzeczy Odwołujący zarówno w proteście jak i w odwołaniu wniósł o uwzględnienie jego zarzutów i żądań.

Zamawiający oddalając protest w całości przedstawił argumentację jak poniżej.

Zarzut bezpodstawnego unieważnienia przez Zamawiającego przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, na którym Protestujący opiera swój protest, Zamawiający ocenia jako całkowicie bezzasadny.

Zamawiający podtrzymuje, iż postępowanie należało unieważnić, gdyż termin realizacji zamówienia (12 tygodni na instalację i uruchomienie usługi + 19 miesięcy na jej świadczenie w terminie do dnia 30 listopada 2011 r.) w momencie unieważnienia postępowania (jak również obecnie) był niemożliwy do zrealizowania z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, a jednocześnie nie była i nie jest możliwa i celowa zmiana tego terminu.

Zamawiający podkreślił, iż ww. termin realizacji zamówienia został wprowadzony do SIWZ w dniu 19 listopada 2009 r. na skutek uwzględnienia żądań Protestującego zawartych w proteście z dnia 12 listopada 2009 r. W proteście tym Protestujący wniósł o: „dokładne określenie okresu świadczenia usługi w miesiącach, aby było możliwe wyliczenie całkowitej ceny ofert za okres świadczenia usług”. Protestujący upatrywał wady postępowania w tym, iż „nie jest znana dokładna liczba miesięcy świadczenia usługi” i twierdził, iż konieczne jest „sprecyzowanie treści SIWZ w zakresie sposobu obliczania ceny poprzez zmodyfikowanie formularza cenowego, w tym wstawienie kolumny pt. „Liczba miesięcy świadczenia usług”.

Wobec powyższego Zamawiający dokonał pismem z 19 listopada 2009 r. (znak pisma: BI/SK/0717-193/1/09) modyfikacji treści SIWZ (pkt 1 uzasadnienia rozstrzygnięcia brzmi (...))Odnosząc się do zarzutu Protestującego, Zamawiający uznał protest w tym względzie za zasadny. Zamawiający określił okres świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia na 19 miesięcy). Dodatkowo w Formularzu cenowym (załącznik nr 2 do SIWZ) Zamawiający dopisał kolumnę „Liczba miesięcy świadczonej usługi” i tym samym określił okres świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia na 19 miesięcy.

Jednocześnie w opisie sposobu obliczania ceny w formularzu cenowym Zamawiający wyraźnie wskazał czas trwania zamówienia. Pkt 4, „Suma kolumny 6 świadczonej usługi abonamentowej przez 19 miesięcy musi być równa wartości całkowitej netto określonej w

pkt. 1 formularza oferty"; pkt 5; „Suma kolumny 7 świadczonej usługi abonamentowej przez 19 miesięcy musi być równa cenie całkowitej brutto określonej w pkt. 1 formularza oferty”.

Ponieważ ani Protestujący, ani inni potencjalni wykonawcy nie wnieśli środków ochrony prawnej na wprowadzone zmiany, Zamawiający uznał, iż w sposób zrozumiały dla wszystkich potencjalnych wykonawców doprecyzował termin realizacji zamówienia. Nie budziło również wątpliwości, i jest dopiero na etapie protestu podnoszone przez Protestującego, iż termin 19 miesięcy nie został wprost doprecyzowany we wszystkich miejscach SIWZ.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu nie zgadza się z sugestiami Protestującego jakoby wyżej opisana zmiana SIWZ miała na celu jedynie umożliwienie wykonawcom skalkulowanie ceny. Zamawiający bowiem z przyczyn, co do których nie ma obowiązku informowania Protestującego, ustalił termin świadczenia usługi na 19 miesięcy do dnia 30 listopada 2011 r. licząc od upływu 12 tygodni od zawarcia umowy przewidzianych na przygotowanie Wykonawcy do jej świadczenia (który jest potrzebny wykonawcy np. na zakup i instalację urządzeń niezbędnych do świadczenia usługi). Aby zrealizować swoje zamierzenie zgodnie z SIWZ, tj. otrzymać usługę świadczoną przez 19 miesięcy do dnia 30 listopada 2011 r., Zamawiający musiałby zawrzeć umowę z wykonawcą najpóźniej w lutym 2010 r., co nie było możliwe z przyczyn niezależnych od Zamawiającego. Zamawiający pragnie podkreślić, że to on, a nie wykonawca wyznacza termin i długość realizacji zamówienia.

Ponadto Zamawiający wskazał, iż Protestujący, tak jak i inni wykonawcy, złożył ofertę zobowiązując się do świadczenia usługi przez 19 miesięcy. Na obecnym etapie zmiana wymagań Zamawiającego w tym względzie, wywołana żądaniami Protestującego, byłaby naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ustawy). Ponadto doprowadziłaby ona do naruszenia art. 140 ust. 1 ustawy, a w konsekwencji do nieważności zawartej w ten sposób umowy.

Z powyższych względów Zamawiający nie uwzględnił żądań Odwołującego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Na podstawie ogłoszenia o zamówieniu, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31.10.2009r. Izba ustaliła, że rozpoznanie odwołania nastąpi według stanu prawnego ustawy obowiązującego przed 29 stycznia 2010r. co jest zgodne z treścią art. 4 ustawy z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy-Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2009r. Nr 223, poz.1778) w myśl którego do postępowań o udzielenie zamówień publicznych wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy

oraz do protestów, odwołań dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe. Powyższe wynika z okoliczności, że nowelizacja ustawy weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 czyli po wszczęciu przedmiotowego postępowania.

W toku czynności sprawdzających na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania przewidzianych w art. 187 ust. 4 ustawy, a w szczególności dokonała następujących ustaleń.

Odwołanie spełnia wymogi formalno - prawne i brak jest podstaw do jego odrzucenia z uwagi na okoliczności jak poniżej przedstawiono.

Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania w dniu 11 lutego 2010r.

Odwołujący wniósł protest pismem z dnia 22 lutego 2010r.

Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z dnia 3 marca 2010r. poprzez jego oddalenie.

Odwołanie zostało wniesione pismem z dnia 15 marca 2010r. drogą pocztową z datą stempla pocztowego 15 marca 2010r.

Na odwołaniu widnieje stempel Urzędu miasta stołecznego Warszawa Biuro zamówień publicznych z datą 15 marca 2010r., co potwierdza wniesienie w terminie ustawowym kopii odwołania do Zamawiającego.

Izba rozpoznając odwołanie uznała za skuteczną argumentację Odwołującego co do doznania uszczerbku jego interesu prawnego przez czynność unieważnienia postępowania i utraty możliwości uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą, co stanowi przesłankę uprawniającą Odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej, w myśl art. 179 ust. 1 ustawy.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia Izba dokonała następujących ustaleń co do przebiegu czynności skutkujących wniesieniem odwołania.

W dniu 21 stycznia 2010r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o dokonaniu wyboru oferty ATM S.A. ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa zwanej dalej „ATM S.A.” jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący po zapoznaniu się z treścią oferty wykonawcy wybranego uznał, że spółka ATM S.A. powinna być wykluczona z postępowania, a jej oferta powinna być odrzucona.

W dniu 1 lutego 2010r. Odwołujący wniósł protest na wybór oferty spółki ATM S.A.

Zamawiający protest ten oddalił w całości w dniu 11 lutego 2010r.

Odwołujący złożył odwołanie od oddalenia protestu na wybór oferty ATM S.A. jako najkorzystniejszej.

Zamawiający tym samym pismem poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne. Jako podstawę faktyczną unieważnienia Zamawiający podał brak możliwości realizacji zamówienia w terminie określonym w pkt 9 SIWZ.

Od tej decyzji Zamawiającego zostało złożone niniejsze odwołanie, poprzedzone protestem, które stanowi przedmiot niniejszego rozpoznania odwołania przez Izbę.

Na podstawie wniosków dowodowych złożonych przez strony oraz przeprowadzonych dowodów przez Izbę, z oryginalnej dokumentacji postępowania przedłożonej do wglądu na rozprawie przez Zamawiającego, ustalono co następuje:

1. W pkt 9. Termin realizacji zamówienia SIWZ Zamawiający określił "Termin realizacji zamówienia od dnia podpisania umowy do dnia 30 listopada 2011r. Instalacja i uruchomienie usług nie może przekroczyć 12 tygodni od daty podpisania umowy (do czasu świadczenia usług produkcyjnych będą wykonywane testy sieci i usług). "
2. Zgodnie z treścią § 1 projektu umowy nr BI/B/X/2/2/3/...../09 : "1. Przedmiotem umowy jest świadczenie usługi teletransmisji wraz z dostawą i konfiguracją urządzeń, zwanych dalej „Usługami”, w terminie od.....do 30.11.2011 r. przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego, zgodnie z ofertą Wykonawcy (str.....), z dnia....., stanowiącą Załącznik nr 1 do umowy. 3. Rozpoczęcie realizacji przedmiotu umowy nastąpi w terminie do 12 tygodni od daty jej podpisania."
3. W dniu 12 listopada 2009r. Odwołujący złożył protest na postanowienia SIWZ zarzucając naruszenie art.7 ust.1, art.29 ust.1 i 2, art.36 ust.1 pkt 12 i 13 ustawy żądając(...) „sprecyzowania treści SIWZ w zakresie sposobu obliczania ceny poprzez zmodyfikowanie formularza cenowego, w tym wpisanie kolumny Pt.” Liczba miesięcy świadczenia usługi” i określenie, że cena całkowita brutto jest ceną za całościowe wykonanie zamówienia."
4. Decyzją Zamawiającego z dnia 19.11.2009r. uwzględniono protest w całości.
5. Z kolei pismem z dnia 19 listopada 2009r. Zamawiający w oparciu o art.38 ust.4 ustawy dokonał modyfikacji SIWZ w Załączniku nr 2 Formularz cenowy dopisując kolumnę „Liczba miesięcy świadczonej usługi” i określił okres świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia na 19 miesięcy. Zmieniony formularz cenowy stanowi załącznik do niniejszego pisma". Do pisma załączono zmodyfikowany Formularz cenowy zawierający kolumnę „Liczba miesięcy świadczenia usługi” i we wszystkich 8 rodzajach świadczonych usług wpisano „19 miesięcy”. W pkt 5 pod Formularzem cenowym zamieszczono zapis o treści "Suma kolumny 7 świadczonej

usługi abonamentowej przez 19 miesięcy musi być równa cenie całkowitej brutto określonej w pkt.1 formularza oferty.”

6. Zgodnie z treścią § 3 projektu umowy nr BI/B/X/2/2/3/...../09 ust.1 „Łączne wynagrodzenie wynikające z umowy za świadczenie usług opisanych w § 1 niniejszej umowy nie przekroczy kwoty brutto.....zł. (słownie.....) (...) 2.Wynagrodzenie za świadczenie usług opisanych w § 1 niniejszej umowy będzie płatne miesięcznie w wysokościzł. brutto (...)w tym abonament miesięczny za świadczenie usługi(...) – kwota brutto.....(…).” Dalej podano kolejne usługi (8 rodzajów) zgodnie z treścią odpowiadającą formularzowi cenowemu.
7. W Formularzu ofertowym znajdują się między innymi następujące zapisy: „2. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z postanowieniami Wzoru umowy, która jest częścią SIWZ i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na określonych w niej przez Zamawiającego warunkach, w miejscu i terminie przez niego wyznaczonym. (...)4.”Oświadczamy, że zrealizujemy zamówienie w terminie od dnia podpisania umowy do dnia 30 listopada 2011r. Instalacja i uruchomienie usług nie może przekroczyć 12 tygodni od daty podpisania umowy(do czasu świadczenia usług produkcyjnych będą wykonywane testy sieci i usług).”
8. W pkt 4 złożonej oferty, przez Odwołującego (na formularzu ofertowym) Protestujący oświadczył, iż zrealizuje zamówienie w terminie od dnia podpisania umowy do dnia 30 listopada 2011 r.
9. pismo Zamawiającego z dnia 19 marca 2010r. skierowane do spółki ATM S.A. o wykluczeniu z postępowania wobec złożonego oświadczenia przez Spółkę ATM o decyzji nie przedłużenia gwarancji wadialnej na wezwanie Zamawiającego z uzasadnieniem, że powodem nie przedłużenia wadium jest istotna zmiana warunków i okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia (w zakresie czasu realizacji i długości świadczenia usługi).

Izba na podstawie powyższych ustaleń dokonała następującej oceny stanu faktycznego i prawnego sprawy w związku z unieważnieniem postępowania przez Zamawiającego na podstawie art.93 ust.1 pkt 7 ustawy.

Zamawiający zgodnie z decyzją o unieważnieniu postępowania przedstawił następującą argumentację.

Postępowanie należało unieważnić, ponieważ termin realizacji zamówienia (12 tygodni na Instalację i uruchomienie usługi plus 19 miesięcy na jej świadczenie w terminie do dnia 30 listopada 2011 r.) w dacie unieważnienia postępowania, jak również obecnie był niemożliwy

do zrealizowania z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, a jednocześnie nie była i nie jest możliwa i celowa zmiana tego terminu.

Na rozprawie Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko co do nieuwzględnienia odwołania podnosił, że dla zachowania terminów określonych w SIWZ, a odnoszących się do terminu realizacji umowy, koniecznym byłoby zawarcie umowy najpóźniej w dniu 5 lutego 2010r. co stało się niemożliwym z uwagi na upływ terminu.

Ponadto Zamawiający odnosząc się do dokonanej modyfikacji SIWZ ocenił jej skutki w następujący sposób:

Termin realizacji zamówienia został wprowadzony do SIWZ w dniu 19 listopada 2009 r. na skutek uwzględnienia żądań Odwołującego zawartych w proteście z dnia 12 listopada 2009 r. Zdaniem Zamawiającego, ponieważ ani Odwołujący, ani inni potencjalni wykonawcy nie wnieśli środków ochrony prawnej na wprowadzone zmiany, Zamawiający uznał, iż w sposób zrozumiały dla wszystkich potencjalnych wykonawców doprecyzował termin realizacji zamówienia to jest zamówienie powinno być realizowane przez 19 miesięcy i powinno być zakończone do 30.11.2011r..

Ponadto na poparcie swojej argumentacji Zamawiający przywołał modyfikację, której Zamawiający dokonał pismem z 19 listopada 2009 r. (znak pisma: BI/SK/0717-193/1/09) gdzie dokonał modyfikacji treści SIWZ w Formularzu cenowym (załącznik nr 2 do SIWZ) Zamawiający dopisał kolumnę liczba miesięcy świadczonej usług i określił okres świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia na 19 miesięcy."

Izba na podstawie dokonanych ustaleń w wyniku badania dokumentacji postępowania to jest w szczególności SIWZ obejmującej również formularz ofertowy, formularz cenowy oraz wzór umowy, a także protestu Odwołującego z dnia 12.11.2009r. i uwzględnienia tegoż protestu w dniu 19.11.2009r., a także dokonanej modyfikacji SIWZ w wyniku uwzględnienia protestu podzieliła stanowisko Odwołującego co do braku skutecznego zastrzeżenia w SIWZ, że umowa ma być realizowana przez 19 miesięcy, a okres 19 miesięcy został wprowadzony tylko i wyłącznie w celu obliczenia ceny w taki sposób aby oferty wykonawców były porównywalne to jest wyliczone przez wszystkich wykonawców do jednolitego okresu trwania umowy. Bowiem tak jak twierdził w proteście Odwołujący: „W dniu 19 listopada 2009r. (znak pisma BI/SK/0717-193/1/09) Zamawiający dokonał modyfikacji Załącznika nr 2 do SIWZ tj. Formularza cenowego poprzez dopisanie kolumny „Liczba miesięcy świadczonej usługi” i określenie okresu świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia na 19 miesięcy.” Zmianie treści Załącznika nr 2 nie towarzyszyła jednak ani zmiana treści pkt 9 SIWZ, ani formularza ofertowego czy wzoru umowy. Zatem zmiany tej nie można traktować jako zmiany terminu realizacji umowy. Zmiana ta dotyczyła jedynie uściślenia sposobu obliczenia ceny poprzez przyjęcie mnożnika do określonej w Formularzu cenowym wartości

abonamentu miesięcznego. Zabieg ten służył wyłącznie umożliwienie Zamawiającemu porównania złożonych ofert. Sam termin trwania umowy nie uległ zmianie i nadal obejmuje okres od daty podpisania umowy do dnia 30 listopada 2011r.”

Reasumując Izba na podstawie dokonanego badania i analizy dokumentów postępowania w zakresie przedstawionym powyżej zważyła co następuje.

Zarzuty Odwołującego co do nieuprawnionego unieważnienia postępowania zasługują na uwzględnienie, ponieważ dokonana modyfikacja SIWZ nie zmieniła terminu realizacji zamówienia określonego w pkt 9 SIWZ oraz we wzorze umowy ,a także w formularzu ofertowym zamówienia. Nadal pozostał we wszystkich powyżej przywołanych dokumentach zapis, że umowa usługi będzie realizowana od daty podpisania umowy do 30.11.2011r. i z żadnych postanowień SIWZ nie wynika , że realizacja umowy ma trwać przez 19 miesięcy.

Tym samym Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu określenie terminu 19 miesięcy służy wyłącznie porównaniu i ocenie ofert pod kątem obliczenia ceny. W takim też zakresie występował w złożonym w dniu 12 listopada 2009r. proteście Odwołujący, wskazując na naruszenie art.29 ust.1 i 2 ustawy oraz art.36 ust.1 pkt 12 i 13 ustawy.

Zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia zarzutu bezpodstawnego unieważnienia umowy jest brzmienie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy, zgodnie z którym: Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przesłanka unieważnienia postępowania w tym przypadku składa się z dwóch okoliczności to jest: po pierwsze musi w postępowaniu o udzielenie zamówienia wystąpić wada czyli naruszenie przepisów. Natomiast w toku postępowania odwoławczego Zamawiający nie wskazał na taką okoliczność aby postępowanie, które prowadzi przebiegało w sposób wadliwy poza twierdzeniem, że zgodnie z SIWZ umowa powinna być realizowana przez 19 miesięcy, ale co Izba nie uznała za wykazane w przedmiotowym postępowaniu.

Drugą okolicznością powodującą nieważność postępowania na podstawie art.93 ust.1 pkt 7 ustawy jest to aby wada postępowania skutkowałą niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia.

Przy czym wady postępowania skutkujące nieważnością umowy są przykładowo wymienione w art. 146 ust.1 pkt 1-7 ustawy.

Zamawiający również nie wskazał jako wady postępowania, powodującej w przyszłości nieważność umowy, jednej z okoliczności wymienionej w art.146 ust.1 ustawy.

W tym stanie rzeczy wskazywanie przez Zamawiającego na niemożność realizacji umowy przez 19 miesięcy nie stanowi wady w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ wskazanie 19 miesięcy w formularzu cenowym służyło tylko i wyłącznie do wyliczenia w jednolity sposób ceny przez wszystkich wykonawców, w celu porównywalności wyliczonej ceny, a nie

w celu realizacji umowy przez 19 miesięcy. Za powyższym przemawiają również regulacje zawarte w SIWZ, które wskazują na obowiązujące rozliczenie miesięczne oraz na to, że kwota brutto podana w ofercie jest kwotą maksymalną.

Natomiast dokonana modyfikacja SIWZ w dniu 19 listopada 2009r., wbrew stanowisku Zamawiającego, nie zmieniła postanowień SIWZ w zakresie terminu realizacji umowy, który będzie obowiązywać od daty podpisania umowy, po uprzednim dostarczeniu i zainstalowaniu urządzeń w terminie nie dłuższym niż 12 tygodni, do dnia 30 listopada 2011r. przy obowiązującym systemie comiesięcznego rozliczenia za wykonane usługi.

Tym samym Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ naruszone przepisy mają wpływ na wynik postępowania z uwagi na to, że wykonawca wybrany ATM S.A. został skutecznie wykluczony z postępowania przez nie przedłużenie na wezwanie Zamawiającego wadium i wobec tego oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

W związku z powyższym Izba nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazała ponowny wybór najkorzystniejszej oferty.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania zgodnie z art. 191 ust.6 i 7 ustawy oraz § 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów postępowania odwoławczego i sposobu ich rozliczania zasądzając na rzecz Odwołującego od Zamawiającego koszty ponoszone przez Urząd oraz wynagrodzenie pełnomocnika do kwoty 3.600zł.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*