

**WYROK**  
**z dnia 30 grudnia 2016 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2016 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2016 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia HDOMedical Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Nadzieja Opieka Pielęgniarsko Rehabilitacyjna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w Kielcach

**orzeka**

1. Oddala odwołanie.
  
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia HDOMedical Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Nadzieja Opieka Pielęgniarsko Rehabilitacyjna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia HDOMedical Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz

Nadzieja Opieka Pielęgniarsko Rehabilitacyjna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia HDOmedical Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Nadzieja Opieka Pielęgniarsko Rehabilitacyjna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego Miejskiego Ośrodka Pomocy Rodzinie w Kielcach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w Kielcach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Usługi w zakresie zdrowia i opieki społecznej dla uprawnionych mieszkańców Kielc”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 listopada 2016 roku pod numerem 2016 S/225-410880.

Zamawiający w dniu 8 grudnia 2016 w oparciu o art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Usługi w zakresie zdrowia i opieki społecznej dla uprawnionych mieszkańców Kielc”, ponieważ było ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

19 grudnia 2016 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami; dalej: „ustawa” lub „Pzp”) Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z ustawą czynności Zamawiającego tj.:

- ~ czynności podjętej przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, polegającej na naruszeniu przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy przez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy przedmiotowe postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w świetle art. 146 ust. 1, 5 i 6 ustawy,
- ~ zaniechaniu czynności do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy polegającej na naruszeniu przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej do realizacji części nr 1 zamówienia, w sytuacji cena oferty mieści się w wysokości środków przeznaczonych na realizację przedmiotu zamówienia, a Zamawiający obowiązany był dokonać oceny ofert niepodlegających odrzuceniu, zgodnie z kryteriami oceny

ofert określonymi w SIWZ i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego w części nr 1,

- ~ w konsekwencji naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- ~ unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy celem kontynuowania postępowania zgodnie z przepisami ustawy i zgodnie z celem postępowania jakim jest udzielenie zamówienia publicznego,
- ~ dokonania oceny ofert w części nr 1 zamówienia, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ na podstawie zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy,
- ~ dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części nr 1 zamówienia zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania, wyjaśniając, że Odwołujący posiada interes prawny do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy, albowiem z uwagi na wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia przepisów ustawy, nieudzielenie przedmiotowego zamówienia w części nr 1 Odwołującemu prowadzi do powstania szkody po jego stronie w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia, bowiem oferta Odwołującego przedstawia w części nr 1 najwyższą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert, a zatem jest ofertą najkorzystniejszą i tą, którą powinien Zamawiający wybrać w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zamawiający w dniu 18 listopada 2016 r. wszczął postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w przedmiocie: świadczenie usług w zakresie zdrowia i opieki społecznej na rzecz uprawnionych mieszkańców Kielc w latach 2017-2019 (oznaczenie

postępowania: MOPR/ZP/341/08/2016) w podziale na części:

Część 1 - usługi opieki społecznej świadczone na rzecz uprawnionych mieszkańców na terenie miasta Kielce w latach 2017-2019,

Część II — ogólne usługi lekarskie świadczone na rzecz osób przebywających w Ośrodku Interwencyjno - Terapeutycznym dla Osób Bezdomnych (OIT) Miejskiego Ośrodka Pomocy Rodzinie w Kielcach , ul. Żniwna 4 w 2017 roku.

(Dowód: Ogłoszenie opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2016/S 225-410880 z dnia 22/11/20X6 r. znajdujące się w dokumentacji postępowania.)

Do upływu terminu składania ofert (29 listopada 2016 - 10:00) w postępowaniu w części nr 1 zostały złożone następujące oferty:

*(w tym miejscu w odwołaniu znajduje się tabela)*

- Centrum Opiekuńczo - Medyczne Profesjonalna Opieka Domowa J. W. –M. RENOMA – cena 65 783 360,00 zł,

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia HDOmedical Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Nadzieja Opieka Pielęgniarsko Rehabilitacyjna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący lub Konsorcjum) - cena 65 583 770,00 zł.

Na realizację zamówienia Zamawiający przeznaczył kwotę: 65 783 360,00 zł (zgodnie z pkt II.2.1. ogłoszenia o zamówieniu szacunkowa wartość bez VAT została ustalona na kwotę 66 221 360,00 zł)

(Dowód: Informacja z otwarcia ofert z dnia 29 listopada 2016 r. znajdująca się w dokumentacji postępowania.)

Zamawiający oceniał oferty w części nr 1 w 2 kryteriach oceny ofert:

Kryterium nr 1 - Cena - waga 60%

Kryterium nr 2 — Liczba osób niepełnosprawnych zatrudnionych przez wykonawcę przy realizacji zamówienia — co najmniej 10 - dla I części postępowania - waga 40%

Zgodnie z pkt 17.2 SIWZ: „Oferta wykonawcy, który nie zatrudnia, lub zatrudnia osoby niepełnosprawne w liczbie mniejszej niż 10 osób przy realizacji I części zamówienia i oferta wykonawcy , który nie zatrudnia żadnej osoby niepełnosprawnej przy realizacji II części zamówienia otrzymają w 2 kryterium oceny ofert ocenę 0 punktów.

Oferta wykonawcy, który zatrudnia osoby niepełnosprawne w liczbie nie mniejszej niż 10

osób przy realizacji I części zamówienia i oferta wykonawcy , który zatrudnia co najmniej jedną osobę niepełnosprawną przy realizacji II części zamówienia otrzymają w 2 kryterium oceny ofert ocenę 40 punktów.”

Uwzględniając w/w kryteria oceny ofert, ranking ofert w części nr 1 winien być następujący:

*(w tym miejscu w odwołaniu znajduje się tabela)*

- Centrum Opiekuńczo - Medyczne Profesjonalna Opieka Domowa J. W. –M. RENOMA –  
cena 65 783 360,00 zł, 24 osoby – suma punktów: 99,82

- Odwołujący - cena 65 583 770,00 zł, 10 osób – suma punktów: 100,00.

W dniu 8 grudnia 2016 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy, bowiem „postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą unieważniającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia, publicznego”. Zamawiający w uzasadnieniu podjętej czynności wskazał, że „Zmawiający podał do publicznej wiadomości kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, która dla I części zamówienia wynosi 65 783 360,00 zł. Nie powiadomiono jednak wykonawców, że na powyższą kwotę składają się środki pochodzące z budżetu gminy i rezerwy celowej budżetu państwa. Kwota pochodząca z budżetu państwa wynosi 9 100 000 zł i może być przeznaczona wyłącznie na świadczenie specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi. Środki zabezpieczone w budżecie gminy wynoszą 56 683 360 zł i mogą być przeznaczone na realizację usług opiekuńczych z wyłączeniem specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi. Konstrukcja treści SIWZ poprzez nieodpowiedni podział przedmiotu zamówienia publicznego w oparciu o źródła jego finansowania doprowadziła do sytuacji, w której Zamawiający nie może zawrzeć umowy z którymkolwiek z wykonawców, gdyż oferty dotyczące realizacji specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi znacznie przewyższają kwotę 9 100 000 zł. którą zamawiający może przeznaczyć na ten cel. Według złożonych ofert na realizację specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi konieczne byłyby środki finansowe w wysokości: oferta I — 10 283 360 zł— oferta II - 15 024 120 zł. Treść SIWZ nie pozwoliła wykonawcom na przedstawienie ofert umożliwiających ich zakontraktowanie i sfinansowanie. Żadna z ofert nie pozwala na realizację przedmiotu zamówienia publicznego w wymaganym zakresie Części I. Zamawiający na obecnym etapie nie ma możliwości usunięcia zaistniałej wady postępowania, ponieważ Zamawiający po dokonaniu czynności otwarcia ofert nie ma

możliwości zmiany SIWZ - wymaganej dla prawidłowego przeprowadzenia postępowania. Naruszałoby to dyspozycję art. 38 ust 4 oraz 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych”.

(Dowód: Pismo „informacja o unieważnieniu postępowania” z dnia 08.12.2016 r. znajdujące się w dokumentacji postępowania.)

Odwołujący wskazał, że stosownie do art. 7 ust 2 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców. Unieważnienie postępowania jest czynnością niweczącą całość postępowania, powodującą, że cel prowadzenia postępowania, t.j. udzielenie zamówienia publicznego, nie zostaje osiągnięty. Katalog przesłanek unieważnienia postępowania ma charakter katalogu zamkniętego i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Działanie Zamawiającego winno być zatem pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości.

Zamawiający w ubiegłych latach, mimo argumentu podniesionego w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, nie zamieszczał w SIWZ żadnych ograniczeń dotyczących źródła finansowania poszczególnych rodzajów usług składających się na przedmiot zamówienia w części nr 1 i każdorazowo dokonywał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dowód: 1) tożsame usługi na rok 2016 – SIWZ do postępowania o udzieleni zamówienia publicznego, nr referencyjny - MOPR/ZP/341/14/2015 - w posiadaniu Zamawiającego, 2) tożsame usługi na rok 2015 - SIWZ do postępowania udzielenie zamówienia publicznego, nr referencyjny - MOPR/ZP/341/18/2014 - w posiadaniu Zamawiającego, 3) tożsame usługi na rok 2014 – SIWZ do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nr referencyjny - MOPR/ZP/341/23/2013 - w posiadaniu Zamawiającego, 4) tożsame usługi na rok 2013 SIWZ

do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nr referencyjny - MOPR/ZP/341/24/2012 - w posiadaniu Zamawiającego.

Odwołujący wskazała, że nie bez znaczenia w przedmiotowej sprawie pozostaje fakt, że we wszystkich wcześniejszych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego składana była tylko jedna oferta, która każdorazowo była wybierana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza — była to oferta Wykonawcy, który w przedmiotowym postępowaniu zajął drugie miejsce rankingowe.

Dowód: 1) tożsame usługi na rok 2016 - ogłoszenie o udzieleniu zamówienia 2016/S 011-015738 -w posiadaniu Zamawiającego, 2) tożsame usługi na rok 2015 - ogłoszenie o

udzieleniu zamówienia 2015/S 013-019982 w posiadaniu Zamawiającego, 3) tożsame usługi na rok 2014 - ogłoszenie o udzieleniu zamówienia 2014/S 015-023286 -w posiadaniu Zamawiającego, 4) tożsame usługi na rok 2013 - ogłoszenie o udzieleniu zamówienia 2013/S 021-032291 w posiadaniu Zamawiającego.

W świetle powyższych dowodów, uzasadnienie unieważnienia postępowania podane przez Zamawiającego jest nieprawdziwe.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, jest ściśle związana z zaistnieniem przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 146 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu, jeżeli Zamawiający: 1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki; 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej; 3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art 94 ust. 1 albo art. 183 ust 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy; 4) uniemożliwił składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu; 5) udzielił zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1, jeżeli nastąpiło naruszenie art. 101 ust 1 pkt 2; 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę.

Poza wprost wymienionymi w w/w przepisie, przyczyną nieważności, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy, jest również: 1) rażące naruszenie ustawy przy wyborze najkorzystniejszej oferty, czyli każde poważne uchybienie w trakcie wyboru i oceny ofert oraz naruszenie, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 6 ustawy),

2) możliwość żądania przez Zamawiającego unieważnienia umowy na podstawie art. 70<sup>5</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny.



Odwołujący wskazał na tezę wyroku z dnia 17 czerwca 2013 r. (Sygn. akt KIO 1307/13), zgodnie z którą „Zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. uwzględnia nie tylko okoliczności skutkujące unieważnieniem zawartej umowy, określone w art. 146 ust. 1 p.z.p., ale także okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy na podstawie w art. 146 ust. 5 i 6 p.z.p. Brak jest podstaw do unieważnienia umowy na podstawie okoliczności innych niż wynikające ze wskazanych przepisów p.z.p., gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasady postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie wady postępowania ma miejsce po otwarciu ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej.”.

Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada o istotnym znaczeniu. Nie może to być wada zwykła - jakakolwiek wada postępowania. Zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jest zobligowany wskazać, która z przesłanek uniemożliwiających zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego zaktualizowała się wskutek naruszenia przepisów ustawy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. W orzecznictwie sądowym jako wady postępowania niemożliwe do usunięcia kwalifikuje się: 1) sformułowanie przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji (wyartykułowaną w art. 7 ustawy). Usunięcie tej wady - przez zmianę warunków, na etapie oceny ofert, nawet na korzyść wykonawców nie jest możliwe - wyrok KIO/UZP 34/11, 2) czynność otwarcia ofert — czynność ta nie może być powtórzona przez zamawiającego - wyrok KIO/UZP 1291/10; 3) czynność wyboru najkorzystniejszej oferty - jeśli w wyniku wyboru ofert dokonano wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza, to zamawiający może powtórzyć wybór ofert - wyrok KIO/UZP 104/12; 3) ograniczenie wykonawcy prawa do udziału w otwarciu ofert, na skutek rozbieżności występujących w dokumentach postępowania — wyrok KIO/UZP 855/11; 4) nieuwzględnienie wniosków wykonawców o modyfikację SIWZ w zakresie specyfikacji technicznej, w wyniku czego dochodzi do ograniczenia konkurencji — wyrok KIO/UZP 1033/11.

Przepis art. 146 ust. 5 ustawy, daje możliwość żądania przez Zamawiającego unieważnienia umowy na podstawie art. 70<sup>5</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Podkreślić należy, iż zgodnie z art. 70<sup>5</sup> KC § 1 *Organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może*

*żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeżeli umowa została zawarta na cudzy rachunek, jej unieważnienia może żądać także ten, na czyj rachunek umowa została zawarta, lub dający zlecenie. Zachowaniem sprzecznym z prawem w rozumieniu tego przepisu jest jedynie działanie, pozostające w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami — tak wyrok SN z dnia 6 marca 2009 r. sygn. akt II CSK 589/08. W orzecznictwie podkreśla się, iż w/w przepis wymaga dla jego zastosowania udowodnienia określonych w jego hipotezie okoliczności, które pozwalają na uwzględnienie żądania unieważnienia zawartej już umowy. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21.10.2005 r. (sygn. akt III CK 73/05) wskazał, że to że przepis nie znajduje zastosowania do unieważnienia przetargu, poprzedzającego przecież późniejsze zawarcie umowy, to okoliczność ta bynajmniej nie przesądza o liberalizacji wymogów co do wykazania wystąpienia okoliczności, które miałyby przesądzać o tym, że skorzystanie z klauzuli o unieważnieniu przetargu bez podania przyczyn było usprawiedliwione i nie nosiło cech dowolności. SN podkreślił jednocześnie, że okoliczności skutkujące wnioskiem o unieważnienie umowy muszą bowiem być na tyle jednoznacznie i stanowczo ustalone, by mogły być przedmiotem niezbędnej weryfikacji, jako usprawiedliwiające dopuszczalność skorzystania z w/w przepisu. Uwzględniając powyższe, każdorazowo należy poddać ocenie możliwość unieważnienia umowy w oparciu o art. 70<sup>5</sup> KC. SN (sygn. akt III CK 73/05) podkreślił, iż ocena ta nie może mieć charakteru dowolnego i musi być oparta na badaniu uprzednio ustalonych i dających się jednoznacznie zweryfikować okoliczności, które nie mogą być ograniczone tylko do kategorii okoliczności dających podstawę do podejrzeń czy przypuszczeń po stronie organizatora przetargu. Zatem art. 70<sup>5</sup> § 1 KC nie znajduje zastosowania, gdy wprawdzie zachowanie strony umowy zawartej w wyniku przetargu, jego uczestnika lub osoby trzeciej było sprzeczne z tymi przepisami, ale nie miało wpływu na ostateczny skutek postępowania przetargowego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2013 r. II CSK.523/12).*

Zgodnie natomiast z treścią art. 146 ust. 6 ustawy przywołaną powyżej, Prezes UZP może wystąpić o unieważnienie umowy w przypadku wystąpienia normatywnie określonych przesłanek, którymi są czynności lub zaniechania Zamawiającego niezgodne z PZP wpływające na wynik postępowania. Co do zasady, każda czynność podjęta niezgodnie z ustawą szkodzi postępowaniu oraz narusza generalną zasadę legalizmu, przy czym dla zastosowania w/w przepisu konieczne jest wykazanie wpływu działania bądź zaniechania na

wynik postępowania. Pomiedzy czynnościami lub zaniechaniami Zamawiającego a wynikiem postępowania powinien zaistnieć związek pozwalający wykazać ich wpływ, realny lub potencjalny, na wybór oferty najkorzystniejszej. Podkreślić jednocześnie należy, iż „Działania lub zaniechania Zamawiającego winny dotyczyć kluczowych etapów, czynności fundamentalnych dla wyniku postępowania i wtedy nawet wpływ o charakterze minimalnym powinien skutkować wystąpieniem z wnioskiem o unieważnienie umowy. Należy jednak pamiętać, że w świetle zasadniczej trwałości stosunków umownych wnoszenie o unieważnienie umowy nie powinno następować w przypadku, gdy naruszenie regulacji prawa zamówień publicznych miało charakter znikomy” (Różowicz Konrad, Analiza sformułowania „wpływ na wynik postępowania ” w prawie zamówień publicznych, cz. II, źródło: LEX).

W orzecznictwie, jak i doktrynie, podnosi się, iż w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego częste są przypadki, kiedy pomimo braku wskazania w SIWZ czy ogłoszeniu o zamówieniu, istotnych dla postępowania informacji, np. związanych z opisem przedmiotu zamówienia, składane są ważne oferty podlegające ocenie, a następnie postępowanie kończy się wyborem oferty najkorzystniejszej. Wypaczeniem sensu procedury o udzielenie zamówienia publicznego, jest w takich sytuacjach unieważnianie postępowań (w zakresie opisu przedmiotu zamówienia niespełniającego wymagań samego Zamawiającego wypowiedział się podobnie Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 14.08.2012 r., sygn. akt V Ca 788/12). W przedmiocie naruszenia przez Zamawiających przepisu art. 93 ust. 1 ustawy wypowiedział się również UZP w artykule „Nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiającego — przykłady z kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych” (w: „Kontrola zamówień publicznych”, wyd. PARP, 2011 r.). W w/w artykule, do wad postępowania nieskutkujących zawarciem niepodlegającej unieważnieniu umowy, zaliczono: upływ terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia — wyrok KIO/UZP 134/08, dokonanie zmiany treści SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia (rozszerzenie przedmiaru robót o dodatkowe pozycje przy wynagrodzeniu ryczałtowym) z naruszeniem przepisu ustawy, zgodnie z którym zmiany SIWZ można dokonać nie później niż na 2 dni przed upływem terminu składania ofert - informacja o kontroli UZP (str. 94, 95 w: „Kontrola zamówień publicznych”, wyd. PARP, 2011 r.), żądanie dokumentów nadmiernych w stosunku do opisanego przedmiotu zamówienia (KIO 462/12).

Omawianej problematyce unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poświęcona jest Informacja o wyniku kontroli doraźnej UZP z dnia 30 sierpnia 2012 r. (UZP/DKD/KND/37/10). Zamawiający unieważnił postępowanie, uznając, że

postanowienia określające warunki udziału w postępowaniu oraz potwierdzające je dokumenty nie były wystarczająco precyzyjne. W protokole z kontroli podkreślono, że dla unieważnienia postępowania musi istnieć wada, która ma charakter nieusuwalny, a przy tym w sposób obiektywny uniemożliwia podpisanie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przywołano w tym kontekście wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2003 r. (V CK 474/02).

W świetle powyższego, należy przyjąć za słuszne tezy zawarte w wyżej przywołanym artykule UZP, iż nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez Zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy, bowiem sam fakt ogłoszenia postępowania i złożenie w danym postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania powinno skutkować zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Teza ta znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 7 lipca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 624/08), w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: „Celem organizowania przetargu jest udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest możliwe unieważnienie postępowania bez wskazania wystąpienia istotnej przyczyny, zwłaszcza w sytuacji, gdy cel ten jest możliwy do osiągnięcia, a jedynie nie ma woli do zawarcia umowy”. Na doniosłość czynności unieważnienia postępowania i konsekwencje tej doniosłości wskazała KIO w wyroku z dnia 22.10.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1088/08), wskazując w uzasadnieniu wyroku, iż: „Unieważnienie postępowania, które jest obowiązkiem zamawiającego w razie wystąpienia przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 p.z.p., jest bardzo ważną czynnością zamawiającego i czynność ta powinna mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach ściśle odpowiadających treści wskazanego przepisu. Zamawiający nie ma prawa, nie naruszając przepisów p.z.p., unieważnić postępowania, jeżeli nie wykaże, iż zachodzą przesłanki określone we wskazanych przepisach”. Stosownie do treści art. 93 ust. 3 ustawy, Zamawiający w przypadku unieważnienia postępowania jest obowiązany do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności. W wyroku z dnia 29 sierpnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 855/08) KIO odniosła się do roli obowiązku uzasadnienia przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując, że: „Zamawiający obowiązany jest dyspozycją art. 93 ust. 3 p.z.p. realizować w sposób wyczerpujący, bowiem uzasadnienie faktyczne jest niezbędne dla oceny przez wykonawcę, czy dana czynność Zamawiającego mieści się w granicach przytoczonej podstawy prawnej, a więc czy dokonana została w sposób właściwy”. Ponadto w wyroku KIO z dnia 28 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 497/09) została wskazana bardziej ogólna wskazówka co do sposobu oceny przesłanek, którymi nie powinien kierować

się Zamawiający przesądając o unieważnieniu postępowania. W powyższym wyroku Izba wskazała, że: „Przesłanki unieważnienia postępowania należy interpretować ściśle i nie jest dopuszczalna w tym zakresie arbitralna, nieznajdująca faktycznego oparcia w przepisach decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania”.

W art. 93 ust. 4 ustawy ustawodawca zastrzegł dla wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty, w przypadku gdy unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Powyższe jest jedną z uregulowanych w ustawie Prawo zamówień publicznych form zabezpieczenia wykonawców przed nadużywaniem przez Zamawiającego tej instytucji.

Uwzględniając powyższe, należy wskazać, iż dopiero wykazanie, iż wada postępowania ma ten charakter, z jakim ustawodawca wiąże podstawy do unieważnienia umowy, umożliwia stwierdzenie adekwatnego związku przyczynowego uzasadniającego unieważnienie postępowania.

Biorąc zatem pod uwagę okoliczności wskazane przez Zamawiającego, jako wada postępowania, Odwołujący wskazał, że nie są okolicznościami, do których odnosi się przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy - nie mieszczą się w hipotezach norm ustanowionych w art. 146 ust. 1, 5 i 6 ustawy. Badając wpływ wady na wynik postępowania niezbędne jest wykazanie, że brak wystąpienia wady umożliwiłby zawarcie ważnej umowy.

W przedmiotowym postępowaniu, ani w żadnym poprzednim tożsamym postępowaniu, Zamawiający nie określał w SIWZ żadnych wymogów czy też ograniczeń w zakresie dotyczącym konstruowania ceny oferty za poszczególne rodzaje świadczonych usług. Podkreślić w tym miejscu należy, że to Wykonawca winien mieć swobodę w kształtowaniu ceny oferty. W orzecznictwie podkreśla się, że decyzja o unieważnieniu postępowania nie może być podjęta przez Zamawiającego na podstawie domniemań i przypuszczeń, zwłaszcza, jeśli istnieje realne prawdopodobieństwo, że zamówienie będzie wykonane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (Wyrok KIO z dnia 22 marca 2010 r., KIO/UZP 210/10; wyrok KIO z dnia 3 lipca 2013 r., KIO/UZP 1420/13). Biorąc pod uwagę treść uzasadnienia unieważnienia postępowania przekazaną Odwołującemu w świetle przywołanego powyższej orzecznictwa, należy wskazać, że ani powołana przez Zamawiającego podstawa prawna - art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy - ani inna, w szczególności podstawa z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy nie dotyczy omawianej sytuacji, bowiem nie zaistniały

okoliczności skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania. Zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy - kwota odczytana bezpośrednio przed otwarciem ofert stanowi kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tzn. Zamawiający nie może w celu uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy wskazać innej, niższej kwoty, którą rzeczywiście zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota ta jest dla Zamawiającego wiążąca. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 2469/12) - może ale nie musi być to kwota jaką Zamawiający ma zabezpieczoną w swoich prognozach finansowych, budżecie na realizację zamówienia. Kwota jaką Zamawiający realnie dysponuje na zrealizowanie zamówienia oznacza bowiem jego górne możliwości finansowe w tym zakresie i uprawnienie do zaciągnięcia zobowiązania i podpisania umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego. „Kwota jaką Zamawiający odczytuje bezpośrednio przed otwarciem ofert to jedynie deklaracja w zakresie posiadanych środków finansowych. Powyższa kwota może ulec zmianie jeśli Zamawiający będzie mógł zwiększyć środki przeznaczone na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia” - tak: KIO/UZP/1286/10. Jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty Zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy — w niniejszym postępowaniu taka sytuacja nie nastąpiła, bowiem wysokość środków przeznaczonych na realizację jest wyższa niż cena oferty Odwołującego. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 8 października 2010 r. o sygnaturze KIO/UZP 2091/10 „Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszczają możliwość bieżącego reagowania na zachodzące zmiany w sytuacji finansowej jednostki przeprowadzającej postępowanie, także po otwarciu ofert (...) Możliwa jest zatem sytuacja, iż kwota podana bezpośrednio przed otwarciem ofert może ulec zarówno zwiększeniu, jak też zmniejszeniu w stosunku do pierwotnie podanej kwoty przed otwarciem ofert (...) Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego unieważnienie postępowania jest możliwe ze względu na zmniejszenie się środków finansowych tylko w sytuacji, jeżeli uszczuplenie tych środków wynika z okoliczności nieprzewidzianych i niezależnych od Zamawiającego (wyrok z 30 października 2005 roku, sygn. akt II Ca 484/04 niepubl.)”. Odnosząc się do źródła finansowania przedmiotowego zamówienia Odwołujący wskazał, że zarówno budżet Zamawiającego w ciągu roku może podlegać zmianom, jak i wysokość udzielonej dotacji celowej — biorąc pod uwagę fakt, iż technicznie jest ona przekazywana z miesiąca na miesiąc zgodnie z aktualnym zapotrzebowaniem Zamawiającego. Ponadto, Zamawiający może wnioskować o

zwiększenie przyznanej dotacji celowej. Fakt, że w chwili obecnej budżet na realizację zamówienia publicznego składa się z dwóch źródeł finansowania — nie może być uznane za okoliczność nieprzewidzianą i niezależną od Zamawiającego, bowiem Zamawiający przetargi na tożsame usługi prowadzi z sukcesem od wielu lat i w żadnym z nich nie uzależniał udzielenia zamówienia od ukształtowania cen jednostkowych „pasujących” pod dwa różne źródła finansowania. Każdy z Wykonawców konstruował cenę oferty w oparciu o „szacowane ilości godzin w ciągu roku” za poszczególne rodzaje usług. Zgodnie z zał. 3 do SIWZ (wzór umowy) wynagrodzenie wykonawcy będzie rozliczane na podstawie iloczynu ceny jednostkowej poszczególnych usług i faktycznej ilości zrealizowanych (zleconych) usług przez Zamawiającego (§ 3 i §5). W ten sposób Zamawiający na bieżąco będzie kontrolować wysokość środków z podziałem na źródło finansowania.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu nie doszło do naruszenia przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem okoliczności wskazane w treści uzasadnienia unieważnienia postępowania w części nr 1 nie są okolicznościami nieprzewidzianymi i niezależnymi od Zamawiającego.

Odnosząc się do zagadnienia unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący podniósł, że unieważnienie dokonane z naruszeniem przepisów ustawy jest jednocześnie naruszeniem przepisu art. 17 ust 3 ustawy z dnia z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tj. Dz. U. 2013 r. 168 z późn. zm.) - zatem czynności unieważnienia postępowania dokonanej przez Zamawiającego w powyższej przedstawionych okolicznościach sprawy, należy przypisać odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a jego działanie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad ustawy oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zamawiający przez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu w części nr 1, naruszył podstawowe zasady ustawy, w szczególności w zakresie równego traktowania wykonawców — bowiem w dotychczas prowadzonych postępowaniach, Zamawiający nie widział powodu, dla którego miały określać w SIWZ maksymalne zobowiązania w zakresie ustalenia cen poszczególnych rodzajów usług.

Odwołujący podniósł, że odwołanie jest zasadne, bowiem ochrona praw Odwołującego w

postępowaniu realizowana za pomocą środków ochrony prawnej winna zapewnić udział w postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Argumenty przedstawione na uzasadnienie zarzutów wskazują, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia powyższych zasad.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 19 grudnia 2016 roku (poniedziałek) oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie przesłaną przez Zamawiającego a także stanowiska i oświadczenia złożone ustnie do protokołu, jak również zawarte w pismach.

Zamawiający, na posiedzeniu z udziałem Stron, złożył pismo z dnia 20 grudnia 2016 roku *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie* wraz z załącznikami. Izba dopuściła dowody zawnioskowane w wymienionym piśmie i załączone do tego pisma i przeprowadziła dowód z dokumentów wskazanych w tym piśmie.



Izba dopuściła dowody zawnioskowane na rozprawie przez Odwołującego i przeprowadziła dowód z dokumentu (32 karty) ogłoszenie o zamówieniu oraz ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z lat poprzednich.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

**I.**

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

- art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,*

- art. 91 ust. 1 ustawy - *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

- art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy – *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:*

*7) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodgalającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,*

Art. 146 ust. 1 ustawy - *Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:*

*1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;*

*2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;*

*3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;*

*4) uniemożliwił składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem;*

5) uniemożliwił wykonawcom, z którymi została zawarta umowa ramowa, złożenie ofert w procedurze konkurencyjnej o udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej, o ile nie wszystkie warunki zamówienia zostały określone w umowie ramowej;

6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę;

- art. 146 ust. 5 ustawy – Przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania przez zamawiającego unieważnienia umowy na podstawie art. 705 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny.

- art. 146 ust. 6 ustawy – *Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.*

Ustawa z dnia 12 marca 2004 roku o pomocy społecznej (Dz. U. z 2016r. poz. 930)

Art. 18 ust. 1 pkt 3 - *Do zadań zleconych z zakresu administracji rządowej realizowanych przez gminę należy: organizowanie i świadczenie specjalistycznych usług opiekuńczych w miejscu zamieszkania dla osób z zaburzeniami psychicznymi;*

## II.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)*.

### III.

Izba ustaliła:

Postępowanie o udzielenie zamówienia w przedmiocie „Usługi w zakresie zdrowia i opieki społecznej dla uprawnionych mieszkańców Kielc” prowadzone jest przez Zamawiającego w częściach:

Część I – usługi opieki społecznej świadczone na rzecz uprawnionych mieszkańców na terenie miasta Kielce w latach 2017-2019,

Część II – ogólne usługi lekarskie świadczone na rzecz osób przebywających w Ośrodku Interwencyjno-Terapeutycznym dla Osób Bezdomnych (OIT) Miejskiego Ośrodka Pomocy Rodzinie w Kielcach, ul. Żniwna 4 w 2017 roku.

Zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ) pkt 4 – Opis części zamówienia, Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych.

Odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego podjętych w zakresie Części I.

Zamawiający, w dniu 8 grudnia 2016 roku, unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 wskazując, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający wskazała w uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji, że do publicznej wiadomości podał kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, która dla części I wynosi 65 783 360 zł. Zamawiający wskazał, że nie powiadomiono wykonawców, że na tą kwotę składają się środki pochodzące z budżetu gminy i rezerwy celowej budżetu państwa. Kwota pochodząca z budżetu państwa wynosi 9 100 000 zł i może być przeznaczona wyłącznie na świadczenie specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi, natomiast środki zabezpieczone w budżecie gminy wynoszą 56 683 360 zł i mogą być przeznaczone na realizację usług opiekuńczych z wyłączeniem specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi.

Zamawiający podał, że konstrukcja SWIZ przez nieodpowiedni podział przedmiotu zamówienia w oparciu o źródła jego finansowania doprowadziła do sytuacji, w której Zamawiający nie może zawrzeć umowy z którymkolwiek z wykonawców, gdyż oferty dotyczące specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi znacznie przewyższają kwotę 9 100 000 zł, którą Zamawiający może przeznaczyć na ten cel. W złożonych ofertach środki na realizację specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi wynosiły: oferta I – 10 283 360 zł, oferta II- 15 024 120 zł. Zamawiający wskazał, że treść SIWZ nie pozwoliła wykonawcom na przedstawienie ofert umożliwiających ich zakontraktowanie i sfinansowanie. Żadna z ofert nie pozwala na realizację przedmiotu zamówienia w wymaganym zakresie części I.

Zamawiający wskazał również, że na obecnym etapie postępowania nie ma możliwości usunięcia zaistniałej wady postępowania, ponieważ Zamawiający po dokonaniu czynności otwarcia ofert nie ma możliwości zmiany SWIZ wymaganej dla prawidłowego przeprowadzenia postępowania.

Izba zważyła:

Izba na wstępie wskazuje, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jest obligatoryjne, tym samym jest obowiązkiem Zamawiającego, którego to obowiązku nie niweczy np. niedochowanie w czasie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ciężących na Zamawiającym obowiązków.

Zamawiający obowiązany jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy) jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ww. przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Po pierwsze – musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Po drugie – wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Po trzecie – wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się choćby jednej z katalogu bezwzględnych przesłanek nieważności umowy, określonych w art. 146 ust. 1 ustawy. Orzecznictwo wypracowało spójną linię orzeczniczą, w oparciu o którą umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się szczególnej przesłanki wynikającej z art. 146 ust. 6 ustawy zgodnie z którym, określone zostało uprawnienie procesowe dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnieniu umowy. Ustawodawca w tym przepisie zawarł również przesłankę materialną takiego wystąpienia o unieważnieniu umowy, tj. takiego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ustawodawca zatem przewidział, że umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do określonego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Izba podkreśla w tym miejscu, że przepis zawiera dwie podstawy materialne unieważnienia umowy.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo rozważył okoliczności jakie zaistniały w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba uznała, że w tej konkretnej sytuacji, przed zawarciem umowy Zamawiający prawidłowo ocenił stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie unieważnił postępowanie. Zaznaczyć należy, że prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia ma na celu udzielenie tego zamówienia i zawarcie ważnej umowy, dzięki której możliwe będzie zrealizowane określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) przedmiotu zamówienia zarówno do co zakresu (ilości) jak również jakości wymaganych usług.

Zaznaczyć należy, że w rozpoznawanej sprawie stykamy się z nietypową, co nie oznacza że niemożliwą, przyczyną unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba wskazuje, że każda ze wskazanych przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania przyczyn faktycznych unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a wskazana jako prawidłowa, bowiem przywołana w orzecznictwie, pojawia się, istnieje, została stwierdzona w wyniku dokonanej oceny w postępowaniu odwoławczym przed Izbą bądź sądownym przed sądem powszechnym. Podkreślić należy, że brak wskazania w treści odwołania przez Odwołującego innych podstaw faktycznych a mających swoje źródło, wynikających z orzecznictwa, przyczyn unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takiej jak np.: w rozpoznawanej sprawie nie stanowi o tym, że nie stanowi ona, nie może zostać uznana za przesłankę faktyczną unieważnienia postępowania. Podniesiona przez Odwołującego argumentacja świadczy jedynie o tym, że taka przyczyna faktyczna - jak w rozpoznawanej sprawie – unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie była jeszcze przedmiotem oceny w wydanym orzeczeniu bądź nie została przywołana przez Odwołującego.

Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia w części I, ponieważ nieodpowiednio dokonał podziału zamówienia na części. Zamawiający w części I zawarł zarówno usługi finansowe z budżetu gminy – usługi opiekuńcze jak również specjalistyczne usługi opiekuńcze osób z zaburzeniami psychicznymi finansowane z dotacji celowej. Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił, że usługi w wierszach 1-6 Formularza ofertowego – cenowego dla I części (Załącznika nr 1 do SWIZ) stanowią usługi opiekuńcze finansowane z budżetu gminy, natomiast usługi wskazane w wierszach 7-12 stanowią specjalistyczne usługi finansowane z dotacji celowej. Izba wskazuje, że w trakcie rozprawy Odwołujący twierdził inaczej, podnosząc że w ww. formularzu w wierszach od 2 do 12 wskazane zostały *usługi specjalistyczne, finansowe przez Urząd Wojewódzki*, jednocześnie Izba podnosi, że w

dalszej części rozprawy Odwołujący nie kwestionował stanowiska Zamawiającego, co oznacza w ocenie Izby, w tym stanie faktycznym, że zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego. Tym bardziej, że później podnoszona argumentacja Odwołującego dotyczyła usług wskazanych w wierszach 7-12 Formularza ofertowego – cenowego dla części I. W ocenie Izby nie sposób pominąć faktu, że Odwołujący bądź to nie wiedział jakie usługi należą do zadań własnych gminy a jakie usługi są wykonywane przez gminę jako zadania zlecone z zakresu administracji rządowej, bądź też argumentacja ta była celowa. Bezsprzecznie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w części I zawarte zostały co do przedmiotu zamówienia usługi opieki „podstawowe” oraz usługi opieki „specjalistyczne”. Wskazanie tych usług, jak również podstawy ich świadczenia jako zadania własnego gminy bądź zadania zleconego z zakresu administracji rządowej wiąże się bezpośrednio i nierozdzielnie ze sposobem finansowania tych usług. Izba wskazuje, że jako niesporne należy uznać między stronami, że finansowanie usług określonych w części I przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odbywa się z dwóch różnych źródeł, co znajduje potwierdzenie w złożonym w trakcie rozprawy przez Odwołującego oświadczeniu, że *znane są Odwołującemu przepisy ustawy o pomocy społecznej*. Izba wskazuje, że to właśnie na podstawie ustawy z dnia 12 marca 2004 roku o pomocy społecznej do zadań zleconych z zakresu administracji rządowej realizowanych przez gminę należy organizowanie i świadczenie specjalistycznych usług opiekuńczych w miejscu zamieszkania dla osób z zaburzeniami psychicznymi (art. 18 ust. 1 pkt 3). Tym samym fakt ten, podstawa finansowania usług, nie stanowił okoliczności nieprzewidzianej przez Zamawiającego, jest to niezależna okoliczność od Zamawiającego. Zamawiający przedstawiając swoje argumentację, w nawiązaniu do podstawy unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w części I, wskazując na dwa sposoby finansowania usług objętych częścią I przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia i brakiem podziału przedmiotu zamówienia objętego częścią I na części, zgodnie ze sposobem finansowania wskazał, że nie mógł unieważnić postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, *bowiem to nie ta podstawa została naruszona, nie przekroczenia tej granicy kwoty a błąd, który powstał uniemożliwia zawarcie ważnej umowy pochodzi z czasu formułowania treści SIWZ*. Faktem jest, że Zamawiający przed otwarciem ofert podał kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia w części I, nie odnosząc się w żaden sposób do sposobu finansowania poszczególnych usług jak również kwot jakie na finansowanie tych usług może przeznaczyć Zamawiający. W ocenie Izby, fakt że Zamawiający podał określoną kwotę na finansowanie części I zamówienia nie przesądza tego, że zrobił to prawidłowo. Podkreślenia

wymaga jednocześnie, że Zamawiający podał prawidłowo wysokość kwoty dla usług objętych częścią I tj. finansowanych z budżetu gminy usług opiekuńczych jak również specjalistycznych usług opiekuńczych finansowanych z dotacji celowej, jednocześnie nie podając jakimi kwotami dysponuje w zakresie tych budżetów. Zamawiający wskazał, że nie może przesuwać środków pochodzących z jednego źródła finansowania na pokrycie kosztów realizacji usługi, która może być finansowana tylko z innego źródła – również Odwołujący nie wskazał żadnych regulacji prawnych, które pozwoliłyby w sposób zgodny z obowiązującą literą prawa dokonywać przesunięć środków finansowych i pokrywania realizacji objętego zamówieniem zakresu (wielkości) usługi środkami z innego źródła, z innego budżetu oraz pochodzących z budżetu innego podmiotu niż zobowiązany do wykonania danych zadań niezależnie od sposobu ich realizacji (zadania zlecone). Unieważnienie postępowania w części I w tym przypadku nie stanowi w ocenie Izby decyzji Zamawiającego opartej jedynie na domniemaniach i przypuszczeniach; Zamawiający wskazał, że nie dokonał podziału usług, wskazał, że podział usług objętych częścią I przedmiotowego zamówienia powinien zostać dokonany według źródła finansowania, co w ocenie Izby znajduje uzasadnienie w argumentacji Zamawiającego. Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał, podnosząc, że nie ma podstawy do unieważnienia postępowania w części I, że w takim kształcie jaki wynika z oferty, SWIZ i zabezpieczenia finansowego z poszczególnych budżetów zamówienie będzie wykonane, zrealizowane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego co do przedmiotu jak również zakresu świadczonych usług w granicach kwot jakie mogą być na to przeznaczone. Izba wskazuje, że wręcz przeciwnie argumentował Odwołujący w trakcie rozprawy wskazując, że Zamawiający aby zrealizować usługi specjalistyczne *może zmniejszyć ilość zlecanych godzin na realizację określonego rodzaju usług w ramach globalnej kwoty zamówienia tj. 65 milionów. Podkreśla, że Zamawiający będzie mógł zlecić taką liczbę godzin do kwoty 9.100.000.* Odwołujący podkreślając w trakcie rozprawy, że Zamawiającego wiąże globalna kwota podana przy otwarciu oferta na realizację zamówienia w części I, co pozwala na przyjęcie oferty Odwołującego jednocześnie uzasadnił, że *ośrodki w całej Polsce zmniejszają ilość godzin aby zmieścić się w kwocie – jednakże istnieje możliwość zwiększenia dotacji i zauważa, że algorytm przyjęty w piśmie dot. 1 osoby na rzecz której przydzielana jest dotacja przez Urząd Wojewódzki, natomiast w specyfikacji i Zamawiający przyjął jako podstawę przyjęcia godzinę a nie ryczałt za godzinę. (...) zmniejszenie ilości godzin świadczonej usługi na rzecz podopiecznego, np. z 4 na 3, jak również może to nastąpić w ten sposób, że usługa specjalistyczna zostanie „wrzuca” w*



*usług zwykłą i finansowana z usługi zwykłej – dodaje, że w ten sposób realizują swoje usługi MOPSy w Polsce.*

W ocenie Izby powyżej przytoczona argumentacja Odwołującego uzasadnia prawidłowość działania Zamawiającego i w sposób jednoznaczny wskazuje, co czyni sam Odwołujący, że nieprawidłowość podziału zamówienia na części z uwagi na źródło finansowania poszczególnych usług powoduje, że aby zrealizować zamówienie Zamawiający musiałby w zakresie usług finansowanych z budżetu państwa dokonywać takich „zabiegów” jakie wskazywał Odwołujący, które zostały przytoczone powyżej. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie wskazał, że takie „zabiegi” dopuszczone są przez prawo. Izba ponownie podkreśla, że nie wykazał, nawet nie wyjaśnił Odwołujący w jaki sposób dotacja z budżetu Państwa może zostać zwiększona. Natomiast Zamawiający przedstawił pismo z dnia 23 grudnia 2016 roku pochodzące od Świętokrzyskiego Urzędu Wojewódzkiego, w którym został podany limit przyznany na 2017 rok, jak również została podana informacja, że planowana dotacja na realizację zadania w latach 2018- 2019 będzie na poziomie roku 2016. W tym zakresie Odwołujący nie zajął żadnego stanowiska. Odwołujący twierdził, że dotacja przyznana jest na osobę, natomiast w SIWZ Zamawiający określił ilość godzin świadczenia usług a odwołując się do postanowień wzoru umowy, argumentował, że ilość godzin jest szacunkowa. Odwołujący również nie odniósł się do informacji zawartej w piśmie z dnia 27 grudnia 2016 roku pochodzącego także od Świętokrzyskiego Urzędu Wojewódzkiego, dokładnie do punktu 3 załącznika do wymienionego pisma, zgodnie z którym zwiększenie dotacji możliwe jest tylko na podstawie przyjętego do określenia jej wysokości algorytmu a zwiększenie dotacji możliwe jest zatem tylko przy objęciu pomocą większej ilości środowisk (tzn. osób). Za nieprawdopodobne należ uznać, że taki podmiot jak Odwołujący tzn. działający na rynku przedmiotowych usług od wielu lat pomija w zasadzie sposób finansowania usług objętych zamówieniem, a co ważniejsze ignoruje informacje publiczne, zawarte na stronach internetowych podmiotów odpowiedzialnych za wdrażanie w życie regulacji ustawowych (Urząd Marszałkowski) co do posiadanego budżetu, wysokości i sposobu przyznawania dotacji.

Niewątpliwie dotacja przyznawana na finansowanie usług opiekuńczych specjalistycznych dla osób z zaburzeniami psychicznymi jest przyznawana na osobę, zgodnie z algorytmem przyjętym na potrzeby jej wyliczenia, co wyjaśnił i przedstawił w piśmie procesowym jak również na rozprawie Zamawiający. Słusznie zauważył Zamawiający podnosząc, że świadczenie usług opiekuńczych dla poszczególnych osób składa się z różnych rodzajowo

usług, które muszą być realizowane w stosunku do jednej osoby. Zamawiający podkreślił również w trakcie rozprawy, że wskazał w treści Formularza ofertowego – cenowego dla I części (załącznik nr 1 do SWIZ) jak również w Załączniku nr 2 – Przedmiot zamówienia (Załącznik nr 2 do SWIZ) liczbę osób, które przewiduje objąć pomocą, w zakresie poszczególnych usług, jednocześnie wyjaśniając, że liczba ta została wskazana z określeniem „ok.” (około), bowiem w trakcie realizacji usługi może ona ulec zmianie. Zamawiający podkreślił jednocześnie, że algorytm (obliczenia wysokości dotacji) *dotyczy miesięcznej kwoty, co uzależnione jest właśnie od zmniejszenia lub zwiększenia osób uprawnionych do tych świadczeń.* W ocenie Izby w sposób jednoznaczny wynika z powyższego, że w przypadku zmiany ilości osób objętych pomocą następować również będzie zmiana ilości godzin jaka będzie świadczona z uwagi na zmianę ilości beneficjentów danej usługi. Potwierdza to również argumentacja Zamawiającego wskazująca, że to po jego stronie obowiązujące przepisy prawa kształtują obowiązek określenia ilości godzin i rodzaju świadczonej usługi opiekuńczej na rzecz poszczególnych osób. Zamawiający wskazał - odnośnie osób z zaburzeniami psychicznymi objętych usługami opiekuńczymi - na ustawę o pomocy społecznej jak również rozporządzenie Ministra Polityki Społecznej z dnia 22 września 2005 roku w sprawie *specjalistycznych usług opiekuńczych*, na podstawie których, gmina obowiązana jest zapewnić opiekę zgodnie z potrzebami osób z zaburzeniami psychicznymi. Zamawiający wyjaśnił również, że średnio dla osoby z zaburzeniami psychicznymi usługa realizowana jest 2 godziny dziennie przez 7 dni w tygodniu, a określenie niezbędnej ilości godzin oraz kwalifikowanie poszczególnych osób do zapewnienia określonej pomocy zajmuje się zespół w Miejskim Ośrodku Pomocy Rodzinie, który został powołany właśnie w tym celu (działania zespołu podjęte są do każdej osoby objętej pomocą). Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał w żaden sposób jak miałyby następować zmiana ilość świadczonych na rzecz poszczególnych osób ilości godzin usługi, która nie może być zmieniana w sposób dowolny. Odwołujący skupił swoją uwagę jedynie na zmniejszeniu ilości świadczonych usług (godzin) na rzecz danej osoby tak aby „zmieścił” się Zamawiający w kwocie dotacji celowej, jednakże jednocześnie Odwołujący pomija w swej argumentacji zupełnie fakt, że nie zostanie w ten sposób zrealizowany określony przedmiot zamówienia (zamawiana ilość godzin określonej usługi opiekuńczej świadczonej na rzecz osób z zaburzeniami psychicznymi). Izba uznała z zupełnie nietrafioną w tym zakresie argumentację Odwołującego odnoszącą się do § 12 ust. 3 Załącznika nr 3 do SWIZ - *Wzoru umowy*. Zamawiający zastrzegł w tym postanowieniu prawo zmniejszenia lub zwiększenia zakresu świadczonych usług – czyli zakresu przedmiotowego – jednocześnie wskazując, że

w związku z tym ulegnie zmianie wynagrodzenie wykonawcy o +/- 20%; co jednoznacznie wskazuje, że zmiana ilości świadczonej usługi pociąga za sobą zmianę wynagrodzenia za świadczenie usługi. Nieuprawnione jest natomiast na podstawie tego postanowienia umownego twierdzenie, jakim próbuje podpierać swoją argumentację Odwołujący, że Zamawiający może na tej podstawie wykonać mniejszy zakres przedmiotowy usługi do granicy kwoty wynikającej z dotacji celowej. Słusznie zauważył Zamawiający, że gdyby przyjąć argumentację Odwołującego za prawidłową doszłoby do sytuacji w której, wykonanie umowy (zamówienia) pokryłoby tylko częściową realizację określonego w dokumentacji zamówienia przedmiotu, co w efekcie doprowadziłoby do tego, że niemożliwe byłoby ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia na ten sam przedmiot (niezrealizowany częściowo) na ten sam okres, które już raz zostało udzielone w niemożliwej do zrealizowania umowie. Izba zgadza się z Odwołującym, że wykonawca składający ofertę w postępowaniu ma i powinien mieć swobodę w kształtowaniu ceny oferty, ale nie sposób utożsamiać argumentacji dotyczącej prawa do swobodnego kształtowania ceny oferty z argumentacją odnośnie ograniczenia środków finansowych do kwoty wynikającej z dotacji celowej przyznanej do sfinansowania usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi. W rozpoznawanej sprawie nie mamy do czynienia ze zmniejszeniem / uszczupleniem środków finansowych przez Zamawiającego na realizację usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi lecz z sytuacją, gdzie brak jest środków na zabezpieczenie tych usług w określonej przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania ilości w stosunku do otrzymanych w postępowaniu ofert.

Izba zwraca szczególną uwagę na fakt, że w trakcie rozprawy sam Odwołujący przyznał, że *zasadą jest, że umowy są podzielone na usługi specjalistyczne oraz pozostałe*. Tym samym, *a contrario*, nietypowym zachowaniem Zamawiającego było niepodzielenie usług zawartych w części I przedmiotowego zamówienia na części, co w ocenie Izby tym bardziej – uwzględniając powyższą argumentację – stanowi dodatkowe uzasadnienie zasadności działania Zamawiającego.

Izba zaznacza, że powoływanie się na cel prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, co miałyby uzasadniać właściwość argumentacji Odwołującego w ocenie Izby nie zasługuje na aprobatę. Izba zgadza się z tym, że celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest zawarcie umowy, jednakże odwołanie się do celu jest zasadne wtedy, gdy cel w jakim prowadzone jest postępowanie jest możliwy do osiągnięcia – w rozpoznawanej sprawie osiągnięcie celu, to jest zakup usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi w określonej ilości (godzin) nie zostanie osiągnięty, ponieważ

Zamawiający nie dysponuje środkami finansowymi pochodzącymi z dotacji celowej na zakup określonych w opisie przedmiotu zamówienia (jednoznacznie wskazanej przez odwołanie się do ilości godzin) usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi. Izba podkreśla, że wbrew temu co twierdził w trakcie rozprawy Odwołujący wskazując na dokonywanie różnych „zabiegów” umożliwiających sfinansowanie usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi ponad kwotę wynikająca z dotacji celowej, nie można uznać za osiągnięcie celu w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego konieczności „manewrowania” lub jeszcze innego działania, do których musiałby się posunąć Zamawiający, a które umożliwiłyby zrealizowanie usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi w części ( w ilości godzin), której nie pokryła dotacja z budżetu państwa. Takie działania Zamawiającego, gdyby je podjął prowadziłyby do naruszenia obowiązujących przepisów prawa.

Odwołujący wskazał również, że każda czynność podjęta niezgodnie z ustawą szkodzi postępowaniu oraz narusza generalną zasadę legalizmu, przy czym konieczne jest wykazanie wpływu działania bądź zaniechania na wynik postępowania – Izba podkreśla, że postępowania nie prowadzi się dla celu samego w sobie. Jednym z kluczowych dla postępowania, a tym samym warunkujących jego cel, jest (czynność) opis przedmiotu zamówienia. Izba zaznacza, że w kontekście podnoszonej argumentacji, odwołanie się przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania do orzeczeń podkreślenia wymaga, że czym innym jest niespełnienie oczekiwań przez opisany przez Zamawiającego przedmiot a czym innym jest realna niemożliwość jego sfinansowania z uwagi na brak posiadanych na to środków. W rozpoznawanej sprawie nie mam do czynienia z unieważnieniem postępowania w części I dlatego, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jaki na etapie oceny ofert go nie satysfakcjonuje, nie spełnia jego wymagań, jest mu niepotrzebny z uwagi na swoje właściwości albo dlatego, że chciałaby coś lepszego, innego. W rozpoznawanej sprawie stykamy się z sytuacją, w której Zamawiający źle opisał przedmiot zamówienia co uniemożliwiło mu wybór oferty i zawarcie ważnej umowy, bowiem nie dokonał podziału usług objętych opisem na odrębne części zamówienia z uwagi na sposób ich finansowania.

Odniesienie się Odwołującego do umów zawartych przez Zamawiającego w lat poprzednich jak również do prowadzonych, a poprzedzających zawarcie tych umów postępowań o udzielenie zamówienia oraz przedstawione dowody świadczą jedynie o tym, że takie postępowania były prowadzone. Dotychczasowo postępowania prowadził Zamawiający w podobny sposób, co oznacza, że usługi opiekuńcze zawarte były w jednej części (tak jak teraz) to Odwołujący nie wykazał, nie udowodnił, że kwota z dotacji celowej była niższa niż

wartość usług jakich dotyczyła a jakie zostały udzielone przez Zamawiającego. Izba podkreśla, że jeżeli taki argument podnosił Odwołujący to winien był to udowodnić - zgodnie z zasadą, że na tym ciąży ciężar dowodzenia kto twierdzi - co też było możliwe, bo choćby w drodze zapytania zgodnie z ustawą o dostępie do informacji publicznej mógł takie informacje Odwołujący uzyskać. Dowody wnioskowane w uzasadnieniu odwołania (złożone na rozprawie) w ocenie Izby świadczą jedynie o tym, co zostało tam zawarte (i to niezbyt szczegółowo) ale nie odnoszą się w żaden sposób do twierdzeń Odwołującego o nieprawidłowości uzasadnienia decyzji Zamawiającego o unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, że Odwołujący nie przedstawił również żadnego związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia a tym, że we wcześniej prowadzonych przez Zamawiającego w poprzednich latach postępowaniach, w tym przedmiocie, była składana tylko jedna oferta. Odwołujący nie wykazał również, że znaczenie dla unieważnienia prowadzonego postępowania ma fakt, że w obecnym postępowaniu w części I ofertę uplasowaną na drugim miejscu złożył wykonawca, który poprzednio wygrywał postępowania. Sam fakt podniesienia tej argumentacji jest niewystarczający skoro nie wskazuje się przyczyn jakie miałyby z tego tytułu mieć znaczenie dla unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia w części I uwzględniając argumentację jaka legła u podstaw unieważnienia, a przedstawioną przez Zamawiającego.

Zamawiający unieważniając postępowanie nie naruszył zasad Prawa zamówień publicznych, bowiem konkurencyjność i równe traktowanie wykonawców zostałyby naruszone, gdyby Zamawiający nie dokonał kwestionowanej przez Odwołującego czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia w obliczu stwierdzonych nieprawidłowości. Zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie dochował należytej staranności w trakcie realizacji procedury a przejawiającej się w braku podziału zamówienia na części z uwzględnieniem źródła ich finansowania, co w efekcie musiało doprowadzić do unieważnienia postępowania. W efekcie błąd jaki popełnił Zamawiający musiał doprowadzić do unieważnienia postępowania, czego można było uniknąć dochowując należytej staranności w działaniu na etapie przygotowania postępowania. Zamawiający unieważnił

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego po powzięciu wiedzy o podstawach tego unieważnienia, co stanowi działanie zgodne z zasadami postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

**Przewodniczący:.....**