

**WYROK**

**z dnia 4 marca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 4 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2015 r. przez wykonawcę **Tytan Systemy Bezpieczeństwa Sp. z o.o., ul. I Armii Wojska Polskiego 7a/1, 15-102 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 4809, ul. Juzistek 2, 05-131 Zegrze**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Tytan Systemy Bezpieczeństwa Sp. z o.o., ul. I Armii Wojska Polskiego 7a/1, 15-102 Białystok** i :
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Tytan Systemy Bezpieczeństwa Sp. z o.o., ul. I Armii Wojska Polskiego 7a/1, 15-102 Białystok** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Tytan Systemy Bezpieczeństwa Sp. z o.o., ul. I Armii Wojska Polskiego 7a/1, 15-102 Białystok** na rzecz **Jednostki Wojskowej 4809, ul. Juzistek 2, 05-131 Zegrze** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie.**

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Jednostka Wojskowa 4809 w Zegrzu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przeгляд, konserwację, usługi naprawy awaryjnej, montaż i demontaż elementów systemów Sygnalizacji Włamania i Napadu (SSWIN), Systemów Kontroli Dostępu (SKD) oraz Systemów Telewizji Przemysłowej (STVP) zwanych technicznymi urządzeniami wspomagającymi ochronę (TUWO) w obiektach administrowanych przez Jednostkę Wojskową 4809 Zegrze, nr sprawy ZP/120/2014” otwartego w dniu 02.02.2015r.

Wykonawca: TYTAN Systemy Bezpieczeństwa sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (dalej: odwołujący) złożył odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 i 7 ustawy Pzp w częściach nr 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8 (o czym poinformowano Odwołującego faksem dnia 13.02.2015 r.), zarzucając naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miały wpływ na wynik postępowania tj.:

1. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię tego przepisu polegającą na uznaniu, iż wskaźnik napraw zastosowany przez Zamawiającego jako jedno z kryteriów oceny ofert jest ceną w rozumieniu tego przepisu, co w konsekwencji doprowadziło do unieważnienia postępowania przez Zamawiającego z powodu uznania, iż wskaźnik (mylnie traktowany jako cena) wyliczony przez Odwołującego w ofercie w częściach 1,3,5,6,7,8 przekracza kwoty jakie Zamawiający przeznaczył na usługi naprawy awaryjnej w danych częściach;

2. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię tego przepisu skutkującą uznaniem, iż zapisy SIWZ oraz formularzy cenowych, a także oferta Odwołującego w częściach 1,3,4,5,6,7,8 obarczona jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co w konsekwencji spowodowało podjęcie przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania.

W związku z powyższym wniósł nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania, a następnie nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert;

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

1. Stan faktyczny

Przedmiotem zamówienia są usługi o wartości zamówienia przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r. poz. 907 z późn. zm.). Zamawiający dnia 13 lutego 2015r. faksem poinformował Odwołującego się, którego oferta była jedyną w postępowaniu, o dokonaniu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz o wynikach tego postępowania.

Zamawiający unieważnił postępowanie z powodu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp uznając, iż oferta złożona przez Odwołującego się w częściach 1,3,4,5,6,7,8 przekracza kwoty, jakie Zamawiający przeznaczył na usługi naprawy awaryjnej w danych częściach, a także na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z powodu uznania, iż oferta Odwołującego się w częściach 1,3,4,5,6,7,8 obarczona jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego się, Zamawiający dokonując czynności unieważnienia postępowania naruszył obowiązujące prawo, a w związku z powyższym oferta Odwołującego się powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, czego skutkiem winno być zawarcie z nim umowy na wykonanie przedmiotowego zamówienia.

## 2. Naruszenie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

Czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w częściach 1,3,5,6,7,8 z powołaniem się na okoliczność, iż oferta złożona przez Odwołującego się przekracza kwoty jakie Zamawiający przeznaczył na usługi naprawy awaryjnej w danych częściach jest niezgodna z prawem, albowiem Zamawiający w odniesieniu do usługi napraw nie posłużył się kryterium ceny, a wskaźnikiem napraw (kryterium 20%).

Jak zostało wskazane w formularzach cenowych „suma ogólna niniejszego zestawienia nie jest wartością zamówienia, a jedynie wartością stanowiącą wskaźnik do porównania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty”.

To oznacza, iż Zamawiający nie może unieważnić postępowania opierając się na zarzucie przekroczenia ceny napraw w ofercie, skoro wskaźnik napraw nie jest ceną, a więc nie świadczy o wysokości kwot zamówienia. Takie kryterium zostało ustalone z uwagi na okoliczność, iż występowanie napraw nie jest usługą powtarzającą się, częstą, przewidywalną, a zatem może się okazać, iż naprawy w danym roku w ogóle nie wystąpią lub wystąpią w znikomej wysokości, co doprowadzi do poniesienia przez Zamawiającego niewielkich kosztów w tym zakresie lub koszty z tego tytułu mogą w ogóle nie wystąpić. Wskazywanie przez Zamawiającego oraz Wykonawcę wskaźnika napraw jest wartością abstrakcyjną nie mającą żadnego związku z faktycznymi wydatkami w tym zakresie na dane usługi. To oznacza, iż powoływanie - jako podstawy unieważnienia - zbyt wysokiej ceny w

odniesieniu do kryterium niecenowego jest nieprawidłowe, a z pewnością niezgodne z przepisem art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp, który wprost odnosi się wyłącznie do najniższej ceny lub ceny najkorzystniejszej oferty. Wykonanie napraw nie jest zjawiskiem powszechnym, powtarzalnym, przewidywalnym, stąd nie jest możliwe określenie dokładnej i całkowitej kwoty naprawy (zarówno kosztu wymienianych urządzeń, jak również ilości roboczogodzin potrzebnych na ich wymianę łącznie z lokalizacją uszkodzenia). Ilość ta jest płynna w zależności od powstania uszkodzeń. Kwotą za naprawę - jak wynika zresztą z SIWZ w przedmiotowym postępowaniu oraz w innych postępowaniach - jest tzw. wskaźnik, który jest wyceną orientacyjną za częste naprawy, a nie kwotą jaką trzeba rzeczywiście przyjąć na faktyczne naprawy, stąd Zamawiający nie może wskazywać, iż cena wskazana przez Odwołującego się jest wygórowana i przekracza kwoty jakie Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Cena jako kryterium oceny ofert (80%) istotnie pojawiła się w siwz, ale odnosiła się do ceny przeglądów i konserwacji. Istotne jest, iż w przypadku oferty cenowej w częściach 3, 5, 6,7 zamówienia, zaproponowana przez Odwołującego się cena nie przekraczała cen jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w częściach 1,3,4,5,6,7,8 o wartości łącznej 539 600 zł (730.100,00 zł brutto minus część II 190 500 zł brutto), na którą składały się odpowiednio kwoty:

Zamawiający Cena przeglądów i konserwacji: Część 1 - 30.600 zł, Część 3 - 32.400 zł  
Część 4 - 35.500 zł, Część 5 - 22.500 zł, Część 6 - 40.000 zł, Część 7 - 25.600 zł,  
Część 8 - 45.000 zł, Razem: 231.000 zł;

Odwołujący Cena przeglądów i konserwacji: Część 1 - 34.400 zł, Część 3 - 22.140 zł,  
Część 4 - 64.944 zł, Część 5 - 11.808 zł, Część 6 - 14.760 zł, Część 7 - 9.840.00 zł Część 8 -  
66.420 zł, Razem: 224.312 zł.

Jak wynika z powyższego, cena zaoferowana przez Odwołującego się w ofercie 224.312,00 zł stanowi 41,57 % środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, a pozostała kwota na wykonanie ewentualnych i niepewnych napraw wynosi 315.288,00 zł (58,49 % środków przewidzianych na sfinansowanie zamówienia). W ocenie Odwołującego się, mając na uwadze, iż wykonywanie napraw nie jest pewne, a wskaźnik napraw nie jest traktowany jako wartość zamówienia, tak duża kwota świadczy o tym, iż zawarcie i wykonanie umowy jest jak najbardziej obiektywnie możliwe. A contrario nie znajduje uzasadnienia decyzja Zamawiającego o unieważnieniu całości postępowania, tym bardziej, iż nie ma żadnych przeszkód, aby zawrzeć umowę w odniesieniu tylko do kilku części.

Biorąc pod uwagę, iż Zamawiający przewidział łączną wartość zamówienia w zakresie ceny przeglądów i konserwacji w częściach 1,3,4,5,6,7,8 na kwotę 231.000 zł, w ocenie Odwołującego się dopuszczalne i możliwe w tym wypadku byłoby przekierowanie środków z części 3,5,6,7 na części 1, 4 i 8 gdzie cena przewyższała cenę przewidywaną przez Zamawiającego. Z ostrożności, nawet gdyby zostało uznane, iż zaoferowana cena w częściach 1, 4 i 8 przewyższała cenę Zamawiającego, to umowa powinna zostać zawarta w częściach 3,5,6 i 7 gdzie cena była niższa lub znacząco niższa stąd w żadnym stopniu nie wypełniało to przesłanek unieważnienia postępowania na podstawie art. 91 ust. 1 pkt 4 Pzp. Z uwagi na okoliczność, że drugie kryterium - „wskaźnik napraw” nie jest traktowany jako cena, wszystkie uwagi Zamawiającego w zakresie zbyt wysokiej ceny odnoszące się do wskaźników nie znajdują uzasadnienia w obowiązującym stanie faktycznym i prawnym.

Ustalenie przez Odwołującego się stawek roboczogodzin na poziomie 3.000 zł - 10.000 zł wynika z faktu, iż Odwołujący wykonując dużo różnych zamówień tożsamych przedmiotowo, w tym także w poprzednim roku na rzecz Zamawiającego (które okazały się dla Odwołującego się nieekonomiczne), uwzględniając koszty dojazdów oraz inne koszty Odwołującego się (szczegółowo opisane w projekcie tej umowy oraz w dalszej części odwołania) uznał, iż stawki te muszą być wyższe niż rok wcześniej, co nie może być oceniane jako podstawa do unieważnienia postępowania. W praktyce faktyczna kwota naprawy waha się w granicach 500-1.000 zł netto, a fakt przyjęcia przez Wykonawcę określonych kwot i stawek roboczogodzin wiąże się ściśle z kosztami i procesem wykonania danej usługi, co w przypadku specyfiki wykonywania usług konserwacji i napraw w jednostkach MON jest procesem bardzo rygorystycznym, na który składa się w szczególności:

1. Czas podjęcia działań naprawczych - 4 godziny od powiadomienia o usterce, co wiąże się z tzw. pozostawaniem przynajmniej jednego pracownika w stanie gotowości
2. Koszty dojazdu do obiektu w zależności od odległości (w obie strony) wahają się od kilkudziesięciu do ok. 200 zł bez uwzględnienia kosztów amortyzacji sprzętu i innych opłat (najbliższy obiekt ok. 100 km, najdalszy ok. 270 km w jedną stronę);
3. Koszt wynagrodzenia pracownika za jeden dzień ok. 200 zł netto (jeżeli wyjazd jest dalszy trzeba również uwzględnić dietę należną pracownikowi).

Z powyższego wynika, iż koszt jednego wyjazdu wynosi od 280 do 400-450 zł. Ponadto Wykonawca musi również zamontować sprzęt zastępczy i wykonać kosztorys ofertowy, a przystąpić do naprawy może dopiero po jego akceptacji i przystaniu zlecenia, co wiąże się z następnym wyjazdem i podobnymi kosztami. Powyższe zestawienie kosztów oznacza, że naprawa jednego elementu wielokrotnie jest dokonywana na granicy zysku, zaś większy

zysk po stronie Wykonawcy powstaje dopiero przy dokonywaniu napraw większej ilości elementów.

Ustalenie tych kryteriów zostało wskazane zgodnie z wytycznymi SIWZ, a Odwołujący się je spełnił. Mając na uwadze ryzyko niezastnienia w ogóle potrzeby wykonania napraw lub powstania w niewielkiej ilości (Odwołujący w poprzednim roku wykonał na rzecz Zamawiającego około 12 napraw) wyliczenia te mogą okazać się abstrakcyjne. Spełnienie tego kryterium powinno zostać przez Zamawiającego ocenione jako zgodne z SIWZ.

Odwołujący wskazuje, iż doktryna ukształtowała stanowisko, iż przy formułowaniu kryteriów należy przeprowadzić staranną analizę możliwych wariantów ocenianych wartości, gdyż niefortunnie zapisany sposób oceniania ofert może prowadzić do konieczności realizacji zamówienia faktycznie droższego [...] (Iwaniec Władysław, artykuł Zam.Pub.Dor. 2014.10.24. Wybrane kryteria pozacenowe przy udzielaniu zamówień na systemy informatyczne. Teza nr 4212695/4). Powyższe tezy prowadzą do jednoznacznego wniosku, iż zawarcie umowy w takiej sytuacji jest możliwe i nie narusza przepisów Pzp, a nieprecyzyjny zapis w SIWZ dotyczący opisu oceny ofert prowadzący nawet do konieczności realizacji zamówienia droższego obciąża Zamawiającego. Nie może natomiast prowadzić do próby unieważnienia postępowania i próby podpięcia danego stanu faktycznego pod przepisy art. 93 ust 1 Pzp celem unieważnienia postępowania i uniknięcia zawarcia umowy.

### 3. Naruszenie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp

Treść przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp wskazuje, iż unieważnienie postępowania jest możliwe tylko gdy wady nie można usunąć w drodze czynności zamawiającego, a wada jest tego rodzaju, że zamówienie publiczne będzie nieważne.

Odwołujący się nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż sposób określenia kryteriów oceny ofert zawarte w SIWZ zawiera wady, które uniemożliwiają zawarcie ważnej umowy. Zdaniem Odwołującego się błędna wykładnia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp doprowadziła do podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, tymczasem w wyroku KIO/UZP 1604/10, Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do zagadnienia niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwróciła uwagę, że: "Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa podstawa unieważnienia postępowania wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp występuje jedynie w sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest obiektywnie niemożliwe (...). Odwołujący zwraca natomiast uwagę, iż w jego ocenie nie istnieją przeszkody do zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu, potwierdza to również okoliczność, iż strony rok wcześniej zawarły tożsamą umowę, w tym również na wykonywanie napraw, co potwierdza, iż zawarcie i wykonanie umowy jest obiektywnie

możliwe. Należy wskazać, iż bogate orzecznictwo KIO ukształtowało pewien standard oceny powstania przesłanek do unieważnienia postępowania na podstawie w/w przepisu:

KIO nr 1732/13 (LEX nr 1396644) „1. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp nie stanowi samoistnej podstawy unieważnienia postępowania, gdyż wprost odsyła przede wszystkim do przyczyn unieważnienia umowy opisanych w art. 146 ust. 1 Pzp. W razie ich wystąpienia wskazanie odpowiedniego punktu wyczerpuje podstawę prawną dokonanego unieważnienia. Jeżeli przyczyna unieważnienia wykracza poza katalog "oczywistych" sytuacji opisanych w punktach od 1 do 6 art. 146 ust. 1 Pzp, tym, bardziej musi zostać sprecyzowana na tyle dokładnie, aby nie było wątpliwości, że ma charakter rzeczywisty i jest na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia. Powyższe oznacza w szczególności, że nie jest wystarczające powołanie się jedynie na generalną zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp). W konsekwencji na zamawiającym ciąży ciężar wykazania: 1) wystąpienia naruszenia konkretnego przepisu Pzp regulującego udzielanie zamówień (wada postępowania). 2) istotnego charakteru tej wady jako wpływającej na ważność umowy, co implikuje. 3) związek przyczynowy pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia ważnej umowy. 4) nieusuwalności wady przez zastosowanie instytucji dostępnych podmiotowi prowadzącemu postępowanie."

W ocenie Odwołującego się w/w przesłanki nie zostały wykazane, a to na Zamawiającym ciąży ciężar uzasadnienia zasadności unieważnienia postępowania.

KIO nr 2774/13 (nr LEX nr 1430486) „Treść przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp wskazuje, że unieważnienie postępowania jest możliwe tylko gdy wady nie można usunąć w drodze czynności zamawiającego, a wada jest tego rodzaju, że zamówienie publiczne będzie nieważne. Tym samym art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp nie może być stosowany jako przesłanka unieważnienia całego postępowania, w sytuacji gdy wada jest usuwalna, nawet gdyby umowa zawarta z taką wadą była nieważna."

KIO 2730/13 (LEX nr 1408709) Podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, zamawiający winien brać pod uwagę w szczególności okoliczności wymienione w art. 146 ust. 1 Pzp, skutkujące unieważnieniem zawartej umowy, a także ogólną regułę wyrażoną w art. 146 ust. 6 Pzp, która uprawnia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Podkreślić należy, że wada postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jest wada o charakterze nieusuwalnym i jednocześnie powodującym, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie w skutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu.



Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż SIWZ w postępowaniu zawiera wady w postaci wzajemnie wykluczających się i sprzecznych zapisów dotyczących ceny. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia jasno wskazuje, iż do oceny oferty Zamawiający przyjmuje dwa parametry: cenę w 80% i wskaźnik TUWO (napraw) w 20%. Do wyliczenia wskaźnika istotnie bierze się również pod uwagę stawkę roboczogodziny, ale jest to jeden z elementów wyliczenia wskaźnika, którego całkowita wartość, jak zostało to określone przez Zamawiającego:

nie jest wartością zamówienia, a jedynie wartością stanowiącą wskaźnik do porównani ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty

Jednocześnie kryterium wskaźnika jest uzasadnione, jak zostało to wskazane uprzednio, albowiem przy tego rodzaju usługach nigdy nie jest możliwe ustalenie całkowitej i dokładnej wartości zamówienia, albowiem żadna ze stron nie jest w stanie przewidzieć ilości napraw. Niemniej jednak umowy przedmiotowo tożsame, gdzie jednym z kryteriów oceny ofert są również wskaźniki, zawierane są przez wiele publicznych jednostek i nie są uznawane za wadliwe czy podlegające następnie unieważnieniu. Odwołujący się rok temu zawarł i zrealizował ważną umowę z tym samym podmiotem o te same usługi, w tym także naprawy, gdzie jednym z kryteriów był taki sam wskaźnik napraw (TUWO). Oferta została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą, a umowa wykonana przez Odwołującego się bez problemów i zarzutu wadliwości. Zdaniem Odwołującego treść SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert jest jasna i nie jest obciążona wadą prawną uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Wskazuje, iż art. 93 ust. 1 zawiera zamknięty katalog przesłanek unieważnienia postępowania, które należy interpretować ściśle. Obowiązująca na gruncie prawa zamówień publicznych zasada „numerus clausus ” przesłanek unieważnienia postępowania nie pozwala na ich wykładnię rozszerzającą (wyrok KIO 1693/11). Unieważnienie postępowania, które jest obowiązkiem Zamawiającego w razie wystąpienia przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 Pzp 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 Pzp, unieważnić postępowania, jeżeli nie wykaże, iż zachodzą przesłanki określone we wskazanych przepisach. Przesłanka określona w art.93 ust. 1 pkt 7 Pzp występuje w sytuacji, gdy postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wady w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp zostały wymienione w art. 146 ust.1 (z uwzględnieniem ust.2).

Zdaniem Odwołującego się żadna z przesłanek nie dotyczy przedmiotowej sytuacji, jak również okoliczności wskazywane przez Zamawiającego w zakresie istnienia sprzeczności w

SIWZ nie są uzasadnione i nie uzasadniają podjęcia decyzji o unieważnieniu całej procedury.

Nie można także pominąć faktu, że w aktualnym stanie prawnym możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na niemożliwą do usunięcia wadę mającą wpływ na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy zostały przez ustawodawcę, w świetle literalnego brzmienia art. 146 Pzp znacząco ograniczone, co wskazuje na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się na inne, niż wskazane w art. 146 ust. 1 Pzp, podstawy podlegania umowy unieważnieniu.

Stwierdzona przez Zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale powinna również wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. Aby dokonać oceny podstaw zasadności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy przeprowadzić niejako analizę zdarzeń przyszłych celem ustalenia, czy ewentualne zawarcie umowy w sprawie danego zamówienia w przyszłości nie spowoduje takiej sytuacji, że właściwy organ będzie mógł w oparciu o przesłanki ustawowe dokonać jej unieważnienia.

Taka sytuacja zdaniem Odwołującego się w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzi.

Odwołujący się wykonywał tożsame czynności w roku 2014 na rzecz Zamawiającego w rejonie Ostrów Mazowiecka na podstawie postępowania przetargowego nr ZP/146/2013 (o wartości poniżej progów unijnych 134.000 euro), które również przewidywało tożsame kryteria: cenę -70% i „wskaźnik napraw” (TUWO) - 30 %. W wyniku tego postępowania (rok wcześniej) oferta Odwołującego się bez żadnych przeszkód została uznana za najkorzystniejszą, możliwą do przyjęcia i wykonania, nieobarczoną wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Umowa została bez problemów przez obie strony wykonana, co również potwierdza fakt, że umowa była obiektywnie możliwa do zawarcia i wykonania bez konieczności jej unieważnienia.

Istotne jest, iż zawarta 18.02.2014r. umowa z Zamawiającym przewidywała, iż cena za usługi przeglądów i konserwacji wyniosła 31.660,20 zł, natomiast całkowity limit wartości umowy 66.000 zł brutto, co oznacza, iż również w tym wypadku, na co powołuje się Zamawiający, nie było możliwe ustalenie całkowitej wartości usług naprawy (TUWO - naprawa, demontaż i montaż urządzeń) opartej na wskaźniku. Zamawiający posługując się jednak LIMITEM WARTOŚCI UMOWY nie naraził się na poniesienie wyższych i nieprzewidzianych kosztów zamówienia, co możliwe jest również w przypadku przedmiotowego postępowania. Istotne jest także, iż umowa przewidywała, iż z tytułu niezrealizowania pełnej wartości umowy Wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie

finansowe. W praktyce w ciągu poprzedniego roku w/w limit nie został osiągnięty, a Wykonawca wykonał tylko około 12 napraw za łączną kwotę ok. 34.000 zł.

Należy również zwrócić uwagę, iż jak zostało to opisane wcześniej, iż Wykonawca (Odwołujący się) przy wykonywaniu umowy, we własnym zakresie ponosi koszty dojazdu do miejsca przeprowadzenia konserwacji, przeglądu oraz usunięcia usterki lub dokonania naprawy czy demontażu. Wynagrodzenie Wykonawcy musi zatem pokryć wszelkie koszty jakie będzie musiał on ponieść w tym celu (tj. wynagrodzenie pracowników, koszty delegacji, koszty ubezpieczeń, koszty środków transportu, koszty maszyn, urządzeń pomiarowych i diagnostycznych oraz narzędzi, koszty ochrony, koszty zaplecza, koszty zakupu materiałów itp.) oraz zapewnić mu godziwy zysk, co zostało również przewidziane w samej umowie. Zapisy umowy nie uwzględniają jednak zmiennego i trudnego do oszacowania, znacznego wzrostu tych kosztów ze względu na realizację ustalonej przez Zamawiającego procedury wykonywania umowy, a mianowicie zwielokrotniania się liczby wyjazdów w celu dopełnienia formalności, związanych z prowadzeniem wymaganej dokumentacji, polegających na uzyskaniu określonych, bezwarunkowo wymaganych zleceń, zezwoleń, uzgodnień oraz zatwierdzeń w formie oryginalnych dokumentów papierowych i wynikającym już bezpośrednio z tego bardzo znacznym rozciągnięciem w czasie całego procesu (od stwierdzenia awarii do uzyskania zapłaty za jej usunięcie).

Interes Odwołującego się w złożeniu niniejszego odwołania, nie może budzić wątpliwości, bowiem wyraża się w pozbawieniu Odwołującego możliwości realizacji zamówienia w związku z unieważnieniem postępowania. W przypadku gdyby Zamawiający nie unieważnił postępowania, oferta Odwołującego się spełniająca kryteria postępowania powinna być uznana za najkorzystniejszą i powinna doprowadzić do zawarcia umowy z Zamawiającym. Skarżona czynność Zamawiającego (unieważnienie postępowania) doprowadziła do naruszenia zasad i przepisów ustawy, co spowodowało, iż wniesienie niniejszego odwołania stało się konieczne i w pełni uzasadnione.

Jak wynika z powyższego Odwołujący się posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia i złożeniu niniejszego odwołania, o czym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, bowiem zaskarżone czynności nie tylko mogą, ale powodują wskazaną w w/w przepisie szkodę.

Załączono dowody powołane w odwołaniu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Stwierdził, że wada postępowania jako przyczyna unieważnienia musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu. Stwierdził, że odesłanie do art.

146 ust. 1 ustawy pzp nie oznacza że katalog przesłanek z tego przepisu jest zamknięty, bowiem inne wady też mogą prowadzić do unieważnienia postępowania.

Zamawiający wskazał na błędy popełnione w toku postępowania polegające na tym, że w formularzu ofertowym w pkt 1 wartość wskaźnika traktowany jest jako cena, natomiast w tabelach formularza ofertowego w pkt 2 – Wartości wskaźnika za naprawy TUWO (usunięcie awarii, demontaż i montaż) w pkt 4 formularzy cenowych dla nakładów rzeczowych robocizny dla napraw awaryjnych montaż i demontażu elementów systemu znalazł się zapis: - „suma ogólna niniejszego zestawienia nie jest wartością zamówienia, a jedynie wartością stanowiącą wskaźnik do porównania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.”

Zauważył, że wymóg podania wartości 4 przeglądów i konserwacji oraz wartości wskaźnika za wykonanie napraw TUWO nie jest spójny zapisem wyżej cytowanym. W związku z tym, że przedstawiona wartość wskaźnika nie może być wartością zamówienia, zamawiający nie może określić całkowitej wartości umowy.

Powyższą wadę uznał za nieusuwalną, a ponadto stwierdził, że nieprawidłowo zastosowano podwójne kryterium ceny do oceny ofert, co także stanowi wadę nieusuwalną i naruszającą przepis art. 91 ust. 2 i 2a ustawy pzp wskazującym na wymóg zastosowania oprócz ceny także innego (pozacenowego) kryterium.

Zauważył, że wymogi takie obowiązują w niniejszym postępowaniu jako wszczętym po dniu 19 października 2014 r., co argumentację odwołującego o wykonywaniu tożsamej umowy w okresie wcześniejszym, czyni bezprzedmiotową.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp zamawiający wskazał, że oferta odwołującego złożona w częściach 1, 3, 4, 5, 6, 7 i 8 przekracza kwoty, jakie zamawiający przeznaczył na usługi naprawy awaryjnej w danych częściach. W tej sytuacji unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. Ponownie, tj. jak w rozstrzygnięciu o wyniku postępowania zauważył, że proponowane przez wykonawcę stawki roboczogodziny w formularzach nakładów rzeczowych na wykonanie napraw w wysokości od 3 do 10 tys. złotych netto, znacznie odbiegają od cen rynkowych za podobne usługi i są nadmiernie wygórowane.

W toku rozprawy strony podtrzymały stanowiska.

Odwołujący stwierdził, że z postanowień SIWZ wynika, iż zastosowano 2 kryteria, to jest cenę i wskaźnik za wykonanie napraw, obliczony w sposób wymagany przez zamawiającego. Nie jest to kryterium cenowe jakkolwiek wynikowo przedstawione w złotych. Zauważył, że sam zamawiający stwierdził w formularzach, a także w pismach, że suma wartości uwzględniająca wskaźnik nie jest wartością zamówienia, lecz służy porównaniu

ofert. Wskazał na art. 14 PZP i zasady wykładni oświadczeń woli w Kc, w tym wykładni treści SIWZ. Na poparcie stanowiska zauważył, że w informacji z otwarcia ofert nie wskazano łącznej ceny ofertowej w poszczególnych częściach, co potwierdza że element wskaźnika za wykonanie napraw nie jest częścią ceny. Podtrzymał stanowisko, że nie ma przeszkód do zawarcia umowy i podkreślił, że nie zaistniały prawne przesłanki unieważnienia postępowania. Odnośnie kwestionowanych kwot roboczogodziny przedstawionej w ofercie wskazał na treść umowy, zgodnie z którą wykonawca jest obciążony szeregiem obowiązków o charakterze kosztotwórczym. Zauważył przy tym, że szereg prac przewidywanych do wykonania jest wyliczona w wielkościach mniejszych niż 1 roboczogodzina, wyrażona w wielkościach ułamkowych. Zauważył, że dla części 3, 5, 7 cena ofertowa przeglądów i konserwacji jest niższa od kwot przewidzianych przez zamawiającego. Podtrzymuje argumentację z odwołania. W związku z otrzymaną odpowiedzią na odwołanie stwierdził, że obecne stanowisko zamawiającego nie uległo zmianie w stosunku do treści decyzji o unieważnieniu postępowania, stąd zbędne jest przedstawianie dodatkowych argumentów na poparcie wskazanych w odwołaniu zarzutów i żądań.

Zamawiający podkreślił, że w postępowaniu doszło do błędu w postaci zastosowania podwójnego kryterium cenowego. Wskazał na rozdział 17 SIWZ i tabelę z dwoma kryteriami, pierwsze – cena za 4 przeglądy i konserwację – waga 80% i drugie – suma ogólna (wskaźnik) za wykonanie naprawy TUWO (usunięcie awarii, demontaż i montaż) – waga 20%. Wskazał na treść formularza ofertowego (załącznik nr 2 do SIWZ), gdzie wymagano przedstawienia wartości oferowanej za 4 przeglądy i konserwację netto, podatek i brutto. W pozycji 2 należało podać wartość wskaźnika za wykonanie naprawy TUWO również w rozbiciu na cenę netto, VAT i brutto. Z takiej treści formularza wynika, że wymagano przedstawienia dwóch wartości (cen) za opisane elementy. Również przed otwarciem ofert zamawiający przedstawił kwoty jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w rozbiciu na wyżej wskazane elementy cenowe dla każdej części zamówienia. Z powołanej treści SIWZ wynika, że zostały zastosowane dwa kryteria cenowe, to jest podwójne kryterium ceny, co stanowiło wadę mającą charakter nieusuwalny. Zauważył, że tym samym nie zastosowano żadnego kryterium pozacenowego, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 2 i 2a w brzmieniu obowiązującym od 19 października 2014 r. Tym samym zauważył, że umowa zawarta z odwołującym w roku 2014, to jest przed nowelizacją PZP i oparta na takich samych jak obecnie postawieniach SIWZ, była zgodna z przepisami.

Wskazał na treść informacji z otwarcia ofert, z której wynika iż cena łączna oferty odwołującego przekroczyła planowaną do oddania wielkość we wszystkich częściach 1, 3, 4, 5, 6, 7 i 8. Zauważa także, że cena za naprawy nazywana także wskaźnikiem za wykonanie

napraw dla każdej z powyższych części przekracza kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron przedstawionych na piśmie i do protokołu, uwzględniając także dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia siwz dotyczące sposobu obliczenia ceny, wymogów co do sposobu przedstawienia treści oferty zważyła, co następuje.

Jak wynika z postanowień siwz wykonawcy otrzymali w Rozdziale XVI siwz szczegółową instrukcję co do sposobu obliczenia za wykonanie przedmiotu zamówienia i przedstawienia jej na załączonym do siwz formularzu cenowym dla każdej części zamówienia i rodzaju usług tj formularz cenowy dotyczący przeglądów i konserwacji, formularz cenowy nakładów rzeczowych robocizny dla napraw awaryjnych montażu i demontażu elementów systemu oraz zbiorczy formularz cenowy do porównania ofert. Wynikowy formularz ofertowy przewidywał podanie dla każdej części, na którą jest składana oferta, ceny ze wskazaniem osobno wartości oferowanej za 4 przeglądy i konserwacje w kwocie netto, wartości podatku od towarów i usług i kwoty brutto. Analogicznie należało wskazać w kwocie netto, wartości podatku od towarów i usług i kwoty brutto cenę określoną jako „wartość wskaźnika za wykonanie naprawy TUWO (usunięcie awarii, demontaż i montaż).

Wykonawca złożył ofertę zgodnie z wymogami.

Jak wynika z treści informacji z otwarcia ofert dnia 3 lutego 2015 r. Odwołujący złożył ofertę na siedem części zamówienia tj. części 1, 3, 4, 5, 6, 7 i 8.

Stosownie do wymogu art. 86 ust. 3 ustawy pzp zamawiający podał do wiadomości wysokość kwot, jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dla każdej części z rozbiem kwot przeznaczonych na sfinansowanie przeglądów i konserwacji oraz kosztów napraw.

Następnie przedstawiono ceny zaoferowane dla poszczególnych części przez odwołującego, który jako jedyny wykonawca złożył ofertę w niniejszym postępowaniu.

Niesporne jest, że we wszystkich częściach wartość napraw (nazywanych także wartością wskaźnika za wykonanie napraw) w ofercie wykonawcy była wyższa od wskazanej przez zamawiającego jako planowana do sfinansowania. Stwierdzono także, że dla części 3, 5, 6 i 7 cena przeglądów i konserwacji zaoferowana przez odwołującego nie przekracza kwoty planowanej przez zamawiającego.

Skład orzekający ma przy tym świadomość, że oszacowanie wartości napraw w tym postępowaniu, z uwagi na przedmiot usługi oczywiście nie może być utożsamiany z zakresem usług, jakie rzeczywiście będą musiały być wykonane. Nie zmienia to jednak faktu, że przy jednoznacznie sformułowanym wymogu co do sposobu kalkulacji ceny, wielkości te mają znaczenie tak przy ocenie ofert, jak i odniesieniu wysokości cen ofertowych do możliwości finansowych zamawiającego. Należy przy tym zauważyć, że o ile zamawiający dopuścił składanie ofert na poszczególne części zamówienia, nie dopuścił, gdyż nie wynika to z postanowień siwz, możliwości wyodrębnienia poszczególnych rodzajów usług do wykonania w ramach odrębnych umów. Tym samym argumentacja odwołującego dotycząca wyłącznie usług przeglądów i konserwacji (bez napraw, w tym awaryjnych) nie może być wzięta pod uwagę, jako nie znajdująca oparcia w postanowienia siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Wskazanie, że w cenie oferty mieszczą się dwie ceny składowe, (jakkolwiek jedna jest wielkością niepewną), uprawnia do podjęcia czynności porównania sumy tych składowych z kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w poszczególnych częściach (na którą składają się dwie składowe oszacowane wg opisanych zasad). W konsekwencji takiego porównania powstaje wynik wskazujący, że dla każdej części zamówienia łączna cena (przeglądy i konserwacja + naprawa) z oferty odwołującego przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Powyższe ustalenie prowadzi do wniosku, że zamawiający prawidłowo zastosował art. 93 ust. 1 pkt 4 unieważniając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Z treści przedstawionego powyżej uzasadnienia rozstrzygnięcia wynika jednocześnie, iż w ocenie składu orzekającego, w świetle treści postanowień siwz, opis dotyczący wartości wskaźnika za wykonanie napraw awaryjnych jest nieprzejrzysty. O ile bowiem, jak wyżej wskazano, istnieją podstawy do uznania go jako elementu o charakterze ceny, to jak zasadnie wskazuje zamawiający, nie jest to wartość zamówienia, a jedynie wartość stanowiąca wskaźnik do porównania ofert. Jednocześnie wartość tego wskaźnika nazwana sumą ogólną, a wyrażona w złotych, przedstawiona została w siwz jako drugie obok ceny kryterium oceny ofert. Potwierdzając, że taki opis kryteriów jest nieprzejrzysty, a przy założeniu, że drugie kryterium również jest kryterium cenowych, należy potwierdzić, że zamawiający naruszył art. 91 ust. 2 i 2a ustawy pzp. Ocena, czy taka hipotetycznie przyjęta wada postępowania wypełnia hipotezę przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 jest w ocenie Izby zbędna, jako że jej wynik pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

**Przewodniczący:**

.....