



# LOTNICZE POGOTOWIE RATUNKOWE

CENTRALA

ul. Księżycowa 5, 01-934 Warszawa, tel. (22) 22-99-931/932, fax. (22) 22-99-933

LPR, ZXP.26.36-61, 2018

Warszawa, dnia 30 sierpnia 2018 r.

## **ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA**

**Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dzierżawa systemu wirtualizacji serwerów” (nr postępowania ZP/1/IV/2018).**

Zamawiający, Lotnicze Pogotowie Ratunkowe, działając na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej Ustawą, informuje o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

### **PODSTAWA PRAWNA**

Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) Ustawy: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”, w związku z art. 146 ust. 1; art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 12) Ustawy.

### **UZASADNIENIE FAKTYCZNE**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, do terminu złożenia ofert wpłynęły 2 oferty. Zamawiający przystępując do badania ofert stwierdził, że nie może z zachowaniem art. 7 ust. 1 Ustawy dokonać oceny złożonych ofert z uwagi na nieporównywalność cen ofert. Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) wskazał sposób obliczenia ceny:

#### **„§ 16**

#### **OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY**

1. Cenę oferty należy określić w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.
2. Ilekroć mowa o *cenie* należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług.
3. Cena podana przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ) musi być całkowitą ceną brutto za wykonanie zamówienia.
4. Podana przez Wykonawcę cena oferty (wynagrodzenie) będzie wynagrodzeniem ryczałtowym w rozumieniu przepisów ustawy Kodeks cywilny (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 459 z późn. zm.).
5. Wykonawca określając wynagrodzenie ryczałtowe oświadcza, że wykorzystał wszelkie konieczne środki mające na celu ustalenie wynagrodzenia obejmującego całość prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia.

6. Cena powinna zawierać w sobie ewentualne upusty proponowane przez Wykonawcę.
7. Cena podana przez Wykonawcę nie będzie podlegać żadnym negocjacjom.
8. Cena podana przez Wykonawcę musi zawierać wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia i obowiązywać będzie przez cały okres związania ofertą.
9. Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, Zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku."

Z powyższego wynika, że Zamawiający określił, że jeżeli w postępowaniu mowa jest o cenie to należy ją rozumieć jako "wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę oraz cenę ustaloną za jednostkę określonego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar w rozumieniu przepisów o miarach", zatem jest to cena brutto. W formularzu oferty Zamawiający umieścił formularz cenowy, zgodnie z którym należało wyliczyć cenę w sposób:

| L.p.                                                                                                                                                                            | Dzierżawa                                       | J.m. | Ilość | Cena jednostkowa netto w PLN | Wartość netto w PLN | Wartość brutto w PLN | Wg stawki podatku VAT w % |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------|------|-------|------------------------------|---------------------|----------------------|---------------------------|
| A                                                                                                                                                                               | B                                               | C    | D     | E                            | F=DxE               | G=FxH                | H                         |
| 1.                                                                                                                                                                              | Oплата wstępna – 25 % ceny przedmiotu dzierżawy | szt. | 1     |                              |                     |                      |                           |
| 2.                                                                                                                                                                              | Rata dzierżawna równa                           | mc.  | 34    |                              |                     |                      |                           |
| 3.                                                                                                                                                                              | <b>Rata dzierżawna wyrównawcza*</b>             | mc.  | 1     |                              |                     |                      |                           |
| SUMA całkowity koszt dzierżawy (Zawiera wszystkie opłaty: wpłatę wstępną, wszystkie miesięczne opłaty dzierżawne w ciągu całego okresu trwania dzierżawy, koszty ubezpieczenia) |                                                 |      |       |                              |                     |                      |                           |

\* Zamawiający wyraża zgodę na kalkulację ceny z uwzględnieniem ostatniej raty wyrównawczej w przypadku kwoty niepodzielnej na 35 równych rat. Wysokość raty wyrównawczej nie może być większa niż wysokość raty równej, o której mowa w pkt 2 tabeli. W przypadku kwoty podzielnej na 35 równych rat, w pozycji nr 3 tabeli należy wpisać wysokość raty równej w wysokości raty z pkt 2 tabeli.

Zamawiający dokonując badania ofert, stwierdził w jednej z ofert błędy w obliczeniu ceny, których nie mógł poprawić jako oczywiste w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2) Ustawy, w związku z powyższym wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny. Z nadesłanych wyjaśnień wynika, że Wykonawca określił cenę jako „SUMA całkowity koszt dzierżawy (Zawiera wszystkie opłaty: wpłatę wstępną, wszystkie miesięczne opłaty dzierżawne w ciągu

całego okresu trwania dzierżawy, koszty ubezpieczenia)” zgodnie z formularzem cenowym, przez co nie jest możliwe zsumowanie wierszy nr 1, 2 i 3, ponieważ Wykonawca dopiero do ceny całkowitej doliczył dodatkowe opłaty za dzierżawę przedmiotu zamówienia. Zamawiający zatem nie dochował należytej staranności przy sposobie formułowania tabeli formularza cenowego i nie wskazał, że cena oferty to suma wysokości rat oraz opłaty wstępnej, które to powinny uwzględniać wszystkie koszty zrealizowania zamówienia publicznego. Ponadto Zamawiający określając definicję opłaty wstępnej jako „25 % ceny przedmiotu dzierżawy” żądał od Wykonawców obliczenia ceny zgodnie z §16 ust. 2 SIWZ w sposób: 25% z ceny brutto oferty. Natomiast obydwaj Wykonawcy wyliczyli swoje ceny oferty w oparciu o wartość netto, co Zamawiający stwierdził na podstawie wyjaśnień w sprawie sposobu obliczania ceny oraz treści odwołania wniesionego w dniu 13 sierpnia 2018 r. W związku z powyższym Zamawiający ustalił, że postępowanie zawiera wadę niemożliwą na obecnym etapie do usunięcia, ponieważ to sam Zamawiający nieprecyzyjnie opisał sposób obliczenia ceny, co doprowadziło do błędów w ofercie jednego z Wykonawców, których nie można poprawić z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz zgodnie z Ustawą. W przypadku gdyby Zamawiający poprawił ofertę Wykonawcy w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3) Ustawy powodowałoby to nie możliwość porównania ofert Wykonawców z uwagi na odmienne sposoby wyliczania ceny.

Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO) **„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. (...) 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. Zgodnie z orzecznictwem 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 unieważnienie 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.”** (Wyr. z 25.09.2018 r. KIO 1869/17). Gdyby Zamawiający nie dokonał czynności unieważnienia postępowania wobec stwierdzenia naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 7) Ustawy oraz art. 29 ust. 1 Ustawy poprzez nieprecyzyjne opisanie sposobu obliczenia ceny, Zamawiający naruszyłby zasadę konkurencyjności i równego traktowania Wykonawców. 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 (zob.: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 r. sygn. akt X Ga 25/08).

Omyłką jest błąd Wykonawcy przy sporządzaniu oferty nie mający celowego działania polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. (zob. Wyr. z 02.03.2017 r. KIO 281/17). W związku z czym Zamawiający dopuściłby się naruszenia przepisów Ustawy, gdyby odrzucił ofertę jednego z Wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) i pkt 6) Ustawy za niezgodność treści oferty z SIWZ (błędny sposób obliczenia ceny) oraz błędy w obliczeniu ceny, w konsekwencji wybór oferty drugiego Wykonawcy. Jak wynika z orzecznictwa „Jeśli błędna treść postanowień uniemożliwia złożenie poprawnej oferty to postępowanie winno być unieważnione, gdyż po otwarciu ofert treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie podlega zmianie - poprawie.” (zob. Wyr. z 02.03.2017 r. KIO 281/17). Zamawiający dokonał czynności otwarcia ofert w związku z czym w tym stanie faktycznym brak jest możliwości konwalidowania czynności Zamawiającego, tak aby postępowanie mogło być prowadzone nadal, gdyż po otwarciu ofert postanowienia SIWZ stają się ostateczne i niezmiennie.

Ponadto orzecznictwo KIO przesądza, że skutki nieprecyzyjnego opisu lub wymagań zawartych w SIWZ nie mogą obciążać Wykonawcy. Zdaniem KIO (np. Wyr. KIO 473/14) „Zamawiający muszą pamiętać, iż przenoszenie ciężaru i skutków braku precyzji zamawiającego na wykonawców, które może się skończyć nawet odrzuceniem oferty, stanowi nadużycie prawa”. Zdaniem KIO, postępowanie o zamówienie musi zapewnić równość reguł wobec Wykonawców, jak i Zamawiającego, a te reguły muszą wynikać z SIWZ.

„Oceniając powyższe należy mieć na względzie, iż zasadnicze znaczenie przy ocenie zasadności unieważnienia postępowania, ma potrzeba poszanowania praw Wykonawców, którzy uznali za wiążące postanowienia SIWZ, a potem złożyli zgodne z nimi oferty. Zamawiający nie może zatem swobodnie pozbawiać Wykonawców uzyskania zamówienia ze względu na ryzyko unieważnienia umowy, wynikające z braku dołożenia należytej staranności w formułowaniu w szczególności warunków udziału, opisu przedmiotu zamówienia, sposobu kalkulowania i obliczania ceny ofertowej itp. Tym samym nedorzecznnością byłoby przyjmować stanowisko iż Zamawiający nie mógłby unieważnić postępowania, chociaż wie, że popełnił na danym etapie błąd, który ma wpływ na wyniki postępowania- byłoby to sprzeczne z logiką i zdrowym rozsądkiem. Ponadto prowadziłyby do niedającej się zaakceptować sytuacji, że Zamawiający mając świadomość błędu, podpisywałby umowę, która narażałaby jego na odpowiedzialność z zakresu dyscypliny finansów publicznych, a także wykonawców na niemożliwość np. ukończenia zamówienia i uzyskania zakładanego zysku. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ZamPublU powinien zatem dotyczyć sytuacji powiązanych z podstawami opisanymi w art. 146 ust. 6 ZamPublU.” (zob. Wyr. z 02.03.2017 r. KIO 281/17).

Po rzetelnej analizie prowadzonego postępowania Zamawiający unieważnia przedmiotowe postępowanie, ponieważ zawiera ono wadę niemożliwą do usunięcia na tym etapie uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

DYREKTOR  
Lotniczego Pogotowia Ratunkowego

dr hab. n. o. zdr. Robert Gałązkowski, prof. nadzw.