

Sygn. akt: KIO/UZP 87/08

WYROK
z dnia 18 lutego 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Członkowie: Luiza Łamejko
Ewa Marcjoniak
Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18.02.2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Kraków, ul. Żabiniec 46** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Powiatowy Szpital Specjalistyczny, Stalowa Wola, ul. Staszica 4** protestu z dnia 11.01.2008r.

przy udziale **Konsorcjum: IMPEL CLEANING Sp. z o.o., Wrocław, ul. Ślężnej 118, Hospital Serwis Sp. z o.o., Wrocław, ul. Ostrowskiego 9** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Kraków. ul. Żabiniec 46**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Kraków. ul. Żabiniec 46,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Kraków. ul. Żabiniec 46.**

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

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Powiatowy Szpital Specjalistyczny w Stalowej Woli prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Całodobowe utrzymanie czystości i świadczenie transportu wewnątrzszpitalnego oraz innych usług towarzyszących w obiektach Powiatowego Szpitala Specjalistycznego w Stalowej Woli”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 20 listopada 2007 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2007/S 223-272265.

Dnia 4 stycznia 2008 r. Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej Pzp, (Dz. U. 2007, Nr 223, poz. 1655), podając, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Czynność powyższa stanowiła podstawę do wniesienia w dniu 11 stycznia 2008 r. protestu przez Spółdzielnię Inwalidów „NAPRZÓD” w Krakowie. Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 i art. 93 ust. 3 ustawy Pzp i wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i powtórzenie czynności oceny ofert.

Protestujący podnosi, iż w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający podał szacunkową wartość zamówienia w przedziale 2.500.000,00 EURO do 3.000.000,00 EURO, co stanowi równowartość 10.967.500,00 zł do 13.161.000,00 zł. Natomiast kwota, jaką Zamawiający podał przed otwarciem ofert i którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 9.500.000,00 zł, czyli około 30 % mniej niż wartość szacunkowa zamówienia. Zdaniem Protestującego prawidłowe oszacowanie wartości zamówienia i jednocześnie zaniżenie kwoty przeznaczonej na jego realizację służy obejściu przepisów ustawy. Celem postępowania jest udzielenie zamówienia a nie sondowanie rynku. Pojawia się wątpliwość, czy Zamawiający zmierzał do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy czy do ujawnienia cen przez wykonawców biorących udział w postępowaniu. Należy zauważyć, że Zamawiający nie podjął próby skorygowania kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji, gdy Zamawiający nie może prowadzić swojej działalności bez usług będących przedmiotem postępowania. Ponadto Zamawiający nie mógł się spodziewać, że udzieli zamówienia poniżej jego wartości szacunkowej. Warto również podkreślić, że obecnie usługi te realizuje jeden z wykonawców biorących udział w postępowaniu za kwotę ponad 206.000,00 zł miesięcznie.

Protestujący podnosi, że w trybie art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający jest zobowiązany do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności unieważnienia postępowania. Winien podać zatem wartość oferty najkorzystniejszej oraz wartość, jaką *może* przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, bo nie jest to ta sama kwota, którą zamawiający *zamierza* przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przed podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania Zamawiający powinien zweryfikować wartość, którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Ponadto Zamawiający powinien określić, jakie działania ma zamiar podjąć. Celem unieważnienia postępowania nie może być bowiem udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki z wybranym wykonawcą, po to aby ten mógł „poprawić” swoją ofertę. Nie ma również potrzeby ogłoszenia postępowania i zmniejszenia zakresu zamówienia w celu obniżenia jego wartości, gdyż Zamawiający przewidział możliwość jego ograniczenia do 50% wartości.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpiło w dniu 16 stycznia 2008 r. Konsorcjum Impel Cleaninig Sp. z o.o. i Hospital Serwis Sp. z o.o. i wniosło

o oddalenie protestu, ewentualnie o jego odrzucenie na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Pzp jako wniesionego po terminie.

Przystępujący podkreśla, że Protestujący powziął wiadomość o kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, przed otwarciem ofert tj. 28 grudnia 2007 r., zatem termin do oprotestowania czynności Zamawiającego polegającej na „celowym zniżeniu kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia” upłynął w dniu 4 stycznia 2008 r. W tych okolicznościach Zamawiający zobowiązany jest protest odrzucić.

Ponadto Przystępujący podkreśla, że kwoty, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie należy utożsamiać z szacunkową wartością zamówienia. Ta pierwsza wartość wynika z możliwości finansowych Zamawiającego i zawiera podatek VAT, natomiast druga wartość odzwierciedla cenę rynkową przedmiotu zamówienia bez podatku VAT. Zwraca również uwagę, że kwoty, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie należy również utożsamiać z kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota podawana w trybie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp przed otwarciem ofert wiąże Zamawiającego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jej nie przekracza.

Odnosnie zarzutu naruszenia przepisu art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, zdaniem Przystępującego, jest on bezzasadny.

Zamawiający w dniu 21 stycznia 2008 r. protest rozstrzygnął w ten sposób, że odrzucił go na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Pzp w części dotyczącej „celowego zniżenia przez Zamawiającego kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia”. Rozstrzygając zarzut w części „pierwszej” Zamawiający posłużył się argumentacją zawartą w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, natomiast w odniesieniu do pozostałej części Zamawiający protest oddalił i wyjaśnia, że jego czynności zostały dokonane zgodnie z przepisami ustawy Pzp, które to przepisy nie obligują go do podania ceny oferty najkorzystniejszej w przypadku unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, kwoty jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i do ponownego oszacowania zamówienia, jak również informowania o sposobie działania po unieważnieniu postępowania.

Od rozstrzygnięcia protestu Spółdzielnia Inwalidów „NAPRZÓD” wniosła w dniu 25 stycznia 2008 r. odwołanie, w którym podtrzymała zarzuty i żądania zawarte w proteście.

Ponadto Odwołujący się wyjaśnił, że kwota jaką Zamawiający podaje przed otwarciem ofert jest kwotą, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i nie jest to ta sama wartość, którą może przeznaczyć na jego realizację. Zatem złożenie protestu

w tym zakresie byłoby niezasadne albowiem do dnia ogłoszenia wyniku postępowania Zamawiający ma możliwość zweryfikowania kwoty podanej przed otwarciem ofert. W tym stanie rzeczy protest został złożony w terminie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 11 lutego 2008 r. zgłosiło Konsorcjum Impel Cleaninig Sp. z o.o. i Hospital Serwis Sp. z o.o. podtrzymując zarzuty i wnioski zawarte w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i wnosi o oddalenie odwołania.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po przesłuchaniu stron skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W badanym postępowaniu zostały złożone oferty, których cena przewyższa kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Z projektu planu inwestycyjno-finansowego wydatków Powiatowego Szpitala Specjalistycznego w Stalowej Woli na rok 2008 wynika, że na zakup usług utrzymania czystości /sprzątanie/ została przeznaczona kwota 2.375.000,00 zł, zatem w sytuacji, gdy najniższa oferowana cena za przedmiotowe usługi wynosi w skali roku 2.652.325,32 zł i Zamawiający nie ma możliwości podwyższenia zaplanowanej kwoty, ze względu na trudną sytuację finansową szpitala, zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania.

Należy zwrócić uwagę, iż nie można czynić zarzutu Zamawiającemu, że nie podjął próby skorygowania kwoty, którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, gdyż to Zamawiający ocenia czy jest w stanie przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę wyższą od podanej przed otwarciem ofert. Zamawiający musi działać jednak w świetle obowiązujących przepisów i wewnętrznych procedur i to do niego należy ocena czy dokonanie ewentualnych przeniesień wydatków jest możliwe lub celowe. Działanie takie stanowi uprawnienie Zamawiającego.

Zamawiający określił szacunkową wartość zamówienia z należytą starannością, co przyznał również Odwołujący się, a swoje możliwości finansowe określił na około 30 % mniej niż ta wartość. Jednakże nie niweczy to działań Zamawiającego i nie prowadzi do obejścia przepisów ustawy, bowiem z treści art. 86 ust. 3 ustawy Pzp nie wynika, że wartość jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie może być niższa niż wartość szacunkowa plus podatek VAT (porównanie wielkości brutto).

Skład orzekający Izby zwraca uwagę, że uwzględnienie w wartości szacunkowej zamówienia wartości zamówień uzupełniających jest obowiązkiem Zamawiającego na

podstawie art. 32 ust. 3 ustawy Pzp. Zamówienie uzupełniające jest zamówieniem niepewnym na etapie udzielania zamówienia podstawowego, jednak przewidywalnym, stąd też obowiązek umieszczenia w trybie art. 36 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przedmiotowej informacji w SIWZ. Te działania Zamawiającego były prawidłowe. Jeśli chodzi natomiast o treść § 5 ust. 2 projektu umowy to nie odnosi się do zamówień uzupełniających a jedynie przewiduje, że przedmiot umowy może ulec zmianie (zmniejszeniu lub zwiększeniu) o 50%. Na marginesie należy dodać, że taki zapis jest niezgodny z ustawą Pzp, w szczególności z przepisami art. 140 i 144.

Zdaniem składu orzekającego Izby nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego się, iż w badanym postępowaniu możliwe jest udzielenie zamówienia i na podstawie przedmiotowego postanowienia umowy, zmniejszenie jego zakresu, a co za tym idzie, wartości. Przedmiot umowy jest tożsamy z przedmiotem zamówienia określonym w SIWZ a za jego wykonanie przewidziane jest wynagrodzenie wskazane w § 6 projektu umowy. W związku z powyższym, gdyby Zamawiający zawarł umowę tej treści (a jest do tego zobowiązany) musiałby zawrzeć umowę na cały przedmiot zamówienia i zaciągnąć zobowiązanie w wysokości, jaka wynika z najkorzystniejszej oferty. W dalszym etapie zachodziłaby możliwość skorzystania z treści zapisu ust. 2 § 5 powołanego projektu umowy, o którego skuteczności mowa powyżej. Zważyć należy jednakże na przepisy art. 34 i 35 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.), które stanowią, że wydatki oraz rozchody stanowią nieprzekraczalny limit a wydatki publiczne mogą być ponoszone na cele i w wysokości ustalonej w planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych. W tym stanie faktycznym Zamawiający nie miał możliwości podpisania umowy i nie przekroczenia limitu wydatków.

Skład orzekający Izby zwraca uwagę, że czynność unieważnienia postępowania powinna być poprzedzona czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty. Wykładnia językowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp wskazuje na taki obowiązek Zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego Izby nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca nie uregulował zakresu uzasadnienia faktycznego i prawnego, jakie powinno się znaleźć w informacji o unieważnieniu postępowania. Zatem należy przyjąć, że podanie podstawy prawnej i przyczyny unieważnienia postępowania w badanym stanie faktycznym jest wystarczające. Jeżeli Zamawiający podaje, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to wskazanie na te okoliczności w powiązaniu z podstawą prawną nie stanowi naruszenia przepisu art. 93 ust. 3 ustawy Pzp. Żadne przepisy ustawy nie wskazują na obowiązek Zamawiającego, na etapie

unieważnienia postępowania, podania ceny oferty najkorzystniejszej, kwoty którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jak również informowania o dalszych działaniach. W trybie art. 93 ust. 5 ustawy Pzp Zamawiający, na wniosek wykonawcy, który ubiegał się o udzielenie zamówienia, zawiadamia o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia i to jest jedyny obowiązek informacyjny Zamawiającego związany z unieważnionym postępowaniem.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*