

Sygn. akt: KIO 1784/10

Sygn. akt: KIO 1799/10

WYROK
z dnia 3 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Honorata Łopianowska
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 września 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **25 sierpnia 2010 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

- A. Konsorcjum firm: Grupa 3J S.A. ul. Żegańska 16, 04-713 Warszawa i TEHAND Sp. z o.o., ul. Herbowa 4, 20-551 Lublin (sygn. akt KIO 1784/10),**
- B. ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa (sygn. akt KIO 1799/10),**

od czynności zamawiającego **Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej, ul. Dr K. Jaczewskiego, 20-090 Lublin,**

przy udziale **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego (KIO 1784/10) po stronie Odwołującego,

przy udziale **Konsorcjum firm: Grupa 3J S.A. ul. Żegańska 16, 04-713 Warszawa i TEHAND Sp. z o.o., ul. Herbowa 4, 20-551 Lublin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego (KIO 1799/10) po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: Grupa 3J S.A. ul. Żegańska 16, 04-713 Warszawa i TEHAND Sp. z o.o., ul. Herbowa 4, 20-551 Lublin (sygn. akt KIO 1784/10) oraz ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa (sygn. akt KIO 1799/10)** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących się tytułem wpisu od odwołania, w tym:
 - A.** kwotę w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum firm: Grupa 3J S.A. ul. Żegańska 16, 04-713 Warszawa i TEHAND Sp. z o.o., ul. Herbowa 4, 20-551 Lublin,**
 - B.** kwotę w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa,**

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na rozbudowę i modernizację Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej, jako pełnoprofilowanego ośrodka onkologicznego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 63-93502 w dniu 31 marca 2010 r.

W dniu 10 sierpnia 2010 r. zamawiający przesłał faksem, do wykonawców biorących udział w postępowaniu, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), zwanej dalej ustawą Pzp, z powodu odmowy przyznania dofinansowania na realizację niniejszego zamówienia z budżetu Unii Europejskiej.

Sygn. akt KIO 1784/10

Odwołujący, Konsorcjum firm: Grupa 3J S.A. i TEHAND Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania. Zarzucił naruszenie przez zamawiającego w wyniku tej czynności przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 93 ust. 1a w związku z art. 5 k.c., art. 355 § 2 k.c. i art. 58 § 1 k.c. w związku z art. 14 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania, o ile zachodzi taka konieczność, ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej i zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu, iż zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania. Wskazał, że informacja o odmowie dofinansowania przedmiotowego zamówienia została doręczona zamawiającemu w dniu 21 kwietnia 2010 r., a wobec tego gdyby była ona rzeczywistą przyczyną unieważnienia postępowania to czynność ta powinna być dokonana już w dniu 22 kwietnia 2010 r. Tymczasem zamawiający doprowadził do złożenia ofert, dokonał oceny ofert, wzywał wykonawców do złożenia uzupełnień, wyjaśnień, co wskazywało na możliwość kontynuowania postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający podjął już wcześniej próbę unieważnienia postępowania w oparciu o inną podstawę prawną i faktyczną, która to czynność następnie została przez niego unieważniona na skutek wyroku KIO z dnia 13 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1289/10 i KIO 1308/10).

Zdaniem odwołującego, unieważnienie postępowania w tych okolicznościach stanowi nadużycie prawa w rozumieniu art. 5 k.c. Odwołujący wskazał, że przepis art. 93 ust. 1a ustawy Pzp wskazuje na możliwość, a nie obowiązek unieważnienia postępowania. Istotą wprowadzenia tego przepisu było umożliwienie wszczęcia postępowania o udzielenie

zamówienia przed uzyskaniem środków lub promesy na realizację zamówienia. Miał on na celu uniknięcie postawienia zarzutu naruszenia ustawy o finansach publicznych.

W ocenie odwołującego, istnieje możliwość przeprowadzenia postępowania, o ile zamawiający posiada alternatywne źródło finansowania. Zmiana źródła finansowania zamówienia nie wpływa na ważność umowy zawartej w sprawie zamówienia, co znajduje odzwierciedlenie w art. 44 ust. 1 pkt 3, art. 44 ust. 3 pkt 1, art. 46 ust. 1 oraz art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. nr 157, poz. 1240). Odwołujący podniósł, że zamawiającemu zostały przyznane środki z budżetu państwa (centralnego) na realizację przedmiotowej inwestycji, przez Ministra Finansów w wysokości 168 mln 400 tys. zł. i dodatkowo kwota 42 mln zł została przeznaczona z budżetu wojewódzkiego. Odwołujący zauważył, że zamawiający poinformował w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, iż zamierza wszcząć kolejne postępowanie przetargowe na ten sam przedmiot zamówienia. Odwołujący wskazał także, że wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy traktować w kategoriach przyrzeczenia publicznego, co wynika z licznego orzecznictwa oraz istoty udzielenia zamówienia, zatem unieważnienie postępowania musi być rozpatrywane w kategoriach prawnej niemożności jego kontynuowania, co nie ma miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Wykonawca ERBUD S.A. przystąpił w dniu 26 sierpnia 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i dokonania, o ile istnieje taka konieczność – badania i oceny złożonych ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Sygn. akt KIO 1799/10

Odwołujący ERBUD S.A. Oddział Rzeszów w Rzeszowie wniósł także odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1a i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a ponadto wobec zaniechania:

- wykonania wyroku KIO z dnia 13 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1289/10 i KIO 1308/10, z naruszeniem art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp,
- dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp,

Z ostrożności procesowej odwołujący podniósł, iż:

- złożona przez niego oferta jest zgodna z warunkami specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- zamawiający zaniechał podjęcia względem niego czynności wynikających z art. 87 ust. 1 i 2 oraz art. 26 ust. 4 i 3 ustawy,

- zamawiający zaniechał odrzucenia ofert złożonych przez: Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A., ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A., SK- PROJEKT Sp. z o.o., Janusz Gąsiorowski i Tomasz Kozłowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „MARKA” Pracownia Architektoniczna Janusz Gąsiorowski, Tomasz Kozłowski z siedzibą lidera w Warszawie, Konsorcjum: Grupa 3J S.A., TEHAND Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie, STRABAG SP. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,

czym zamawiający naruszył przepisy:

- art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z zaniechaniem odrzucenia ww. ofert pomimo, że oferty te zawierają błędy w obliczeniu ceny z uwagi na postanowienia art. 5, 7 i 8 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. nr 54, poz. 535 ze zm.) oraz art. 106 załącznika nr 3 do tej ustawy,
- art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. pkt 1 i 8 ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z zaniechaniem czynności odrzucenia ww. ofert, pomimo że są one niezgodne z ustawą i nieważne na podstawie odrębnych przepisów.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, wykonanie wyroku KIO z dnia 13 lipca 2010 r. sygn. akt KIO 1289/10 i KIO 1308/10, a w szczególności dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Z ostrożności procesowej odwołujący wniósł także o dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem art. 87 ust. 1 i 2 i art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.- o ile będzie to konieczne w stosunku do oferty odwołującego.

Oдноśnie naruszenia art. 93 ust. 1a ustawy Pzp odwołujący wskazał, że stan faktyczny w postępowaniu nie daje podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o ten przepis. Wyjaśnił, iż zamawiający podjął starania o uzyskanie środków na przedmiotowe zamówienia w dwóch źródłach. Z dokumentacji przedstawionej przez zamawiającego wynika, że Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego, pismem z dnia 16 kwietnia 2010 r., które wpłynęło do zamawiającego w dniu 21 kwietnia 2010 r., poinformowało, że złożony wniosek nr DIN-989 Działanie 2.3 POIG nie spełnia kryteriów formalnych. Zamawiający dysponuje jednak środkami finansowymi, pozwalającymi na realizację zamówienia, albowiem uzyskał je po otrzymaniu pozytywnej decyzji z Ministerstwa Rozwoju Regionalnego z budżetu państwa, zgodnie z decyzją Ministra Finansów oraz dodatkowo na mocy uchwały w sprawie ujęcia w Budżecie Województwa Lubelskiego na 2011 r., 2012 i 2013 r. kwoty dotacji celowej dla Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej - na realizację zadania pn. „Rozbudowa i modernizacja Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej” planowanego do realizacji przy udziale środków Budżetu Państwa (pkt 6.1 Protokołu NR XLIV/2010 z sesji

Sejmiku Województwa Lubelskiego z dnia 20 maja 2010 r.). Odwołujący podniósł, że zamawiający nie ma uprawnienia do skorzystania z przepisu art. 93 ust. 1a ustawy Pzp w sytuacji, gdy posiada środki publiczne pozwalające na sfinansowanie w całości zamówienia. Ponadto, już w dniu otwarcia ofert zamawiający wiedział o decyzji w sprawie odmowy przyznania środków z budżetu Unii Europejskiej, jednak kontynuował postępowanie, ignorując przesłankę z art. 93 ust. 1a ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania wykonania wyroku KIO i zaniechania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, odwołujący wskazał, że zgodnie z wyrokiem KIO 1289/10 i KIO 1308/10, zamawiający był zobowiązany do rzetelnego zbadania ofert, a następnie do ich oceny. Izba stwierdziła, że podanie przez wykonawców różnych stawek VAT nie może być podstawą unieważnienia postępowania. Izba nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego, choć zamawiający w treści zawiadomienia z dnia 10 sierpnia 2010 r. wskazał, że wykonał wyrok i dokonał badania i oceny ofert, de facto nie dokonał tych czynności lecz przedstawił quasi-ocenę, używając trybu warunkowego, poprzez użycie takich sformułowań jak: „wykonawca nie podlegałby wykluczeniu”, „oferta nie podlegałaby odrzuceniu”, „oferta zostałaby odrzucona”. Takiego sposobu oceny nie zna ustawa Pzp, a zatem jest on sprzeczny z przepisami tej ustawy. Odwołujący podkreślił, że zamawiający przy tym nie przedstawił oceny ofert, nie wyszczególnił rankingu ofert, ani nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, do wykonania których to czynności zobowiązywał go wyrok KIO.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania pozytywnej oceny oferty odwołującego, wykonawca oświadczył, że zarzut ten może być uznany za przedwczesny, wobec braku dokonania przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert, jednak podniósł, że dokonana quasi-ocena jest nieprawidłowa i niezgodna z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że złożył ofertę kompletną, zgodną z żądaniami przedstawionymi w siwz, w szczególności przedstawił oferowany przedmiot w sposób precyzyjny i zapewniający wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami siwz, w ramach zaoferowanego wynagrodzenia. Ponadto, wskazał, że zamawiający, w przypadku powzięcia wątpliwości co do treści oferty, ma obowiązek skorzystać z trybu wyjaśnień treści złożonych dokumentów i treści oferty, który został przewidziany w art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, odwołujący, z daleko idącej ostrożności, zdając sobie sprawę, iż zarzutu zaniechania odrzucenia ofert nie można czynić zanim zamawiający dokona oceny ofert, wskazał, iż tylko jedna oferta (odwołującego)

została wyceniona z zastosowaniem prawidłowej 22% stawki podatku VAT. Pozostałe oferty zostały wycenione z nieprawidłową stawką podatku VAT, a wobec tego zamawiający ma obowiązek je odrzucić.

Konsorcjum Grupa 3J S.A. i TEHAND Sp. z o.o. zgłosiło w dniu 26 sierpnia 2010 przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wykonania wyroku KIO z dnia 13 lipca 2010 r. oraz zarzutów dotyczących oferty złożonej przez to Konsorcjum. W ocenie przystępującego, informacja z dnia 10 sierpnia 2010 r. o unieważnieniu postępowania zawiera wskazanie uchybień lub ich braku - w ofertach poszczególnych wykonawców, co oznacza, iż czynności wynikające z orzeczenia KIO zostały wykonane. Przystępujący stwierdził, iż bezzasadne są również twierdzenia odwołującego, co do niewłaściwej stawki podatku VAT w ofercie przystępującego. Wskazał, że żądania odwołującego są przedwczesne, z uwagi na nie dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający pismem z dnia 1 września 2010 r. złożył odpowiedź na odwołania, wnosząc o ich oddalenie. Zamawiający wyjaśnił, iż w piśmie z dnia 10 sierpnia 2010 r. podał przyczynę faktyczną i prawną unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Wskazał, iż obie przesłanki do podjęcia powyższej decyzji, określone w art. 93 ust. 1a zostały wypełnione. Wyjaśnił, iż brak jest analogii pomiędzy dyspozycją przepisu art. 93 ust. 1a oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdzie ustawodawca uzależnia obowiązek unieważnienia postępowania od braku możliwości wygosparowania przez zamawiającego zwiększonych środków na sfinansowanie zamówienia w kwocie przewyższającej środki, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający podniósł ponadto, że przepis art. 93 ust. 1a ustawy Pzp nie zawiera żadnych ograniczeń w zakresie terminu podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania. Przepis art. 5 k.c. nie może wpływać na wykładnię normy prawa materialnego zawartej w art. 93 ust. 1a ustawy Pzp oraz nie może stanowić samodzielnej podstawy nabycia praw podmiotowych. Ponadto, odwołujący Konsorcjum firm: Grupa 3J S.A. i TEHAND Sp. z o.o. zarzucając naruszenie art. 5 k.c. nie wskazał jaka zasada współzycia społecznego została naruszona.

W odniesieniu do zarzutów odwołania wniesionego przez ERBUD S.A. zamawiający wyjaśnił ponadto, że odwołujący w żaden sposób nie uprawdopodobnił naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Zamawiający odniósł się także do zarzutu podniesionego z ostrożności procesowej, dotyczącego stwierdzonej przez zamawiającego podstawy odrzucenia oferty złożonej przez ERBUD S.A. Stwierdził, iż wyrok KIO z dnia 13 lipca 2010 r. został wykonany, czemu zamawiający dał wyraz w piśmie z dnia 10 sierpnia 2010 r. Wyjaśnił, iż bezzasadny jest również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ czynność wyboru oferty

najkorzystniejszej nie została dokonana w toku postępowania, gdyż doszło do zakończenia przedmiotowego postępowania przez jego unieważnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła w pierwszej kolejności, że obaj odwołujący posiadają interes we wniesieniu odwołań, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W piśmie z dnia 10 sierpnia 2010 r. – zawiadomieniu o unieważnienia postępowania zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 93 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp z powodu nie przyznania środków z budżetu Unii Europejskiej, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie części zamówienia. Możliwość unieważnienia postępowania została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu - w pkt VI.3 ogłoszenia.

Zamawiający wyjaśnił w treści ww. pisma, iż złożony przez niego w dniu 25 marca 2010 r. wniosek o dofinansowanie w ramach projektu „Międzynarodowe Centrum Badawczo-Monitorujące Chorób Nowotworowych” w ramach konkursu PO priorytet II, działanie 2.3, został oceniony przez Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego negatywnie.

Zamawiający poinformował ponadto, iż w postępowaniu wpłynęły cztery oferty. W dniu 16 czerwca 2010 r. zamawiający dokonał unieważnienia postępowania. Wobec tej czynności wykonawcy wnieśli odwołania, które zostały uwzględnione wyrokiem KIO z dnia 13 lipca 2010 r. Izba nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i dokonanie czynności badania i oceny ofert. W piśmie z dnia 10 sierpnia 2010 r. zamawiający poinformował więc, iż „wykonując powyższy wyrok oraz dokonując badania i oceny ofert” stwierdził, iż wszyscy wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu, co wynika z wyjaśnień złożonych przez wykonawców w toku postępowania w dniu 2 sierpnia 2010 r. Zamawiający stwierdził ponadto, że oferta złożona przez Konsorcjum Grupa 3J S.A. i TEHAND Sp. z o.o. „nie podlegałyby odrzuceniu, Wykonawca nie podlegałyby wykluczeniu”. Wykonawca STRABAG Sp. z o.o. „nie podlegałyby wykluczeniu, jego oferta nie podlegałyby odrzuceniu”. Oferta złożona przez Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A., ACCIONA

IFRAESTRUCTURAS S.A. SK-PROJEKT Sp. z o.o., Janusz Gąsiorowski i Tomasz Kozłowski prowadzący wspólnie działalność gospodarczą pod nazwą „MARKA” Pracownia Architektoniczna Janusz Gąsiorowski Tomasz Kozłowski „zostałaby odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Zamawiający wyjaśnił, iż niezgodność dotyczy zaoferowanej lampy operacyjnej dwukopułowej oraz stołu operacyjnego. Ponadto, oferta złożona przez ERBUD S.A. „zostałaby odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Zamawiający stwierdził, że wykonawca nie wypełnił wszystkich pozycji w „Zestawieniu parametrów granicznych wyposażenia”, a zatem należy uznać, że oferta nie zawiera oświadczenia wykonawcy co do trybu i asortymentu określonego w tych pozycjach.

Zamawiający wyjaśnił dodatkowo, że w tych okolicznościach nie może udzielić zamówienia wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, gdyż nie przyznano mu ze środków UE niezbędnych środków na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Z uwagi na powyższe zamawiający stwierdził, iż ma prawo unieważnić postępowanie.

Jednocześnie zamawiający poinformował wykonawców, że „w trybie ustawowym ogłosi, w wypadku pozyskania środków na finansowanie z innych źródeł, nowe postępowanie przetargowe na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na rozbudowę i modernizację Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej, jako pełnoprofilowanego ośrodka onkologicznego”

Izba przyjęła, że złożona przez Konsorcjum firm: Grupa 3J S.A. i TEHAND Sp. z o.o. „Opinia” z dnia 30 sierpnia 2010 r. opracowana przez Józefa Andrzeja Laskowskiego, stanowi dokument prywatny - wyraz stanowiska odwołującego.

Izba uznała, że wydruki internetowe artykułów prasowych złożonych przez odwołującego ERBUD S.A. do akt sprawy nie stanowią dowodu, potwierdzającego fakt posiadania przez zamawiającego środków na sfinansowanie zamówienia z budżetu państwa.

Pismo Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 24 sierpnia 2010 r., potwierdzające, że „pismo z dnia 16 kwietnia 2010 r. zawiera ostateczną informację, dotyczącą oceny złożonego [...] wniosku – ocenionego negatywnie w zakresie kryteriów formalnych”, w ocenie Izby potwierdza dodatkowo fakt, iż środki z budżetu Unii Europejskiej nie zostały zamawiającemu przyznane. Zaznaczyć należy, że okoliczność powyższa nie była sporna pomiędzy stronami.

Izba wzięła pod uwagę okoliczność, potwierdzoną protokołem z obrad XLIV sesji Sejmiku Województwa Lubelskiego z dnia 20 maja 2010 r., podjęcia uchwały przez Sejmik Województwa Lubelskiego w sprawie „Ujęcia w Budżecie Województwa Lubelskiego na 2011 r., 2012 i 2013 r. kwoty dotacji celowej dla Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej na

realizację zadania pn. „Rozbudowa i modernizacja Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej” planowanego do realizacji przy udziale środków Budżetu Państwa”.

Sygn. akt KIO 1784/10

Opierając się na zebranych materiałach dowodowych Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów: art. 93 ust. 1a ustawy Pzp w związku z art. 5 k.c., art. 355 § 2 k.c. i art. 58 § 1 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w wyniku czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia podjętej przez zamawiającego w dniu 10 sierpnia 2010 r.

Stosownie do przepisu art. 93 ust. 1a ustawy Pzp, zamawiający ma prawo unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie w całości bądź w części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana, w przypadku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego - w ogłoszeniu o zamówieniu.

Z treści tego przepisu wynika, że aby zamawiający mógł unieważnić postępowanie na tej podstawie muszą zostać wypełnione dwie przesłanki: brak przyznania środków na sfinansowanie zamówienia z budżetu Unii Europejskiej lub środki funduszy pomocowych EFTA oraz zamieszczenie informacji o możliwości unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy Pzp w ogłoszeniu o zamówieniu.

Spełnienie obu powyższych przesłanek zostało przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu wykazane. Okoliczności, iż środki, o które ubiegał się zamawiający w ramach konkursu prowadzonego przez Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego nie zostały zamawiającego przyznane w związku z zawiadomieniem, iż wniosek zamawiającego nie spełnia wymogów formalnych - pismo z dnia 16 kwietnia 2010 r. oraz fakt, że w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający zamieścił informację o możliwości unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1a ustawy Pzp nie były sporne pomiędzy stronami.

Istotą zarzutu, było natomiast, że zamawiający, z naruszeniem zasady należytej staranności, zbyt późno powiadomił wykonawców o decyzji unieważnienia postępowania, prowadząc czynności w postępowaniu aż do dnia 10 sierpnia 2010 r., a ponadto, iż posiada środki z innych źródeł, które pozwalają na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia w całości, a tym samym unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nieuprawnione.

Odmawiając słuszności powyższym twierdzeniom odwołującego Izba zważyła w pierwszej kolejności, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera żadnych ograniczeń co do terminu unieważnienia postępowania w przypadku, o którym mowa w art. 93 ust. 1a. Zgodnie z art. 93 ust. 3 ustawy Pzp decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania może być podjęta w każdym czasie w toku postępowania, zarówno przed upływem terminu składania ofert, jak i po upływie tego terminu. Informacja zawarta w ogłoszeniu o zamówieniu o możliwości unieważnienia postępowania na ww. podstawie ma na celu uprzedzenie wykonawców, iż taka możliwość zachodzi, a zatem powinni oni liczyć się z tym faktem w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba zważyła także, że przepis art. 93 ustawy Pzp wskazuje enumeratywnie podstawy unieważnienia postępowania. W ust. 1 ustawodawca wskazał przypadki, gdy zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania. Przepis ustępu 1a ww. artykułu pozostawia decyzję w kwestii unieważnienia postępowania zamawiającemu – stanowi jego prawo, a nie obowiązek. Zamawiający może bowiem podjąć decyzję, iż pomimo nie przyznania środków, o których mowa w art. 93 ust. 1a ustawy Pzp, jest w stanie i zrealizuje zamówienie, finansując je z własnych środków lub środków pochodzących z innych źródeł. Może także nie być w stanie zrealizować zamówienie z własnych środków, bez uszczerbku dla innych realizowanych zadań. Decyzja w powyższym zakresie jest suwerenną decyzją zamawiającego.

Zauważyć należy dodatkowo, że w przedmiotowym postępowaniu wskazywane przez odwołującego okoliczności: promesa Ministra Finansów i uchwała Sejmiku Województwa Lubelskiego nie uprawniają do twierdzenia, iż zamawiający środki na dany cel posiada, a tym samym, że może udzielić zamówienia w 2010 r., poprzez zawarcie umowy w sprawie w sprawie zamówienia. Zgodnie z brzmieniem art. 46 ust. 1 ustawy o finansach publicznych, jednostki sektora finansów publicznych mogą zaciągać zobowiązania do sfinansowania w danym roku do wysokości wynikającej z planu wydatków lub kosztów jednostki, pomniejszonej o wydatki na wynagrodzenia i uposażenia, składki na ubezpieczenie społeczne i Fundusz Pracy, inne składki i opłaty obowiązkowe oraz płatności wynikające z zobowiązań zaciągniętych w latach poprzednich, z zastrzeżeniem art. 136 ust. 4 i art. 153. W badanym stanie faktycznym okoliczność, iż zamawiający jest uprawniony do zaciągania zobowiązań do wysokości środków w rozumieniu ww. przepisu nie została wykazana przez odwołującego w toku postępowania. Jednocześnie Izba zwraca uwagę na brak analogii pomiędzy dyspozycją przepisu art. 93 ust. 1a oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 jednoznacznie wskazuje, jako dodatkową przesłankę unieważnienia postępowania, brak możliwości zwiększenia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, do ceny oferty najkorzystniejszej. W tym

przypadku to na zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia, że takiej możliwości nie posiada. W odróżnieniu od treści wskazanego przepisu, art. 93 ust. 1a ustawy Pzp podobnej przesłanki nie określa. Ciężar zatem udowodnienia okoliczności braku wypełnienia się przesłanek zawartych w art. 93 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, stosownie do art. 6 k.c. spoczywa na odwołującym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutki prawne.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 93 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp unieważniając przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia. Nie sposób w tym stanie rzeczy przyznać słuszności zarzutom naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 5 k.c., art. 355 § 2 k.c. i art. 58 § 1 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w wyniku czynności podjętej przez zamawiającego w dniu 10 sierpnia 2010 r.

Sygn. akt KIO 1799/10

W zakresie oddalenia zarzutu wobec czynności unieważnienia postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1a oraz w konsekwencji art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, pełną aktualność zachowuje uzasadnienie przedstawione powyżej - do tożsamego zarzutu odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1784/10, dlatego Izba nie przytaczała ponownie powyższej treści.

Izba nie rozpoznawała zarzutu zaniechania przez zamawiającego wykonania wyroku KIO z dnia 13 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1289/10 i KIO 1308/10, uznając, iż Izba nie jest podmiotem właściwym do prowadzenia egzekucji orzeczeń. Zgodnie z art. 197 ust. 1 ustawy Pzp, wykonalność orzeczenia Izby stwierdza sąd, w wyniku którego orzeczenie ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu. Stosownie do art. 197 ust. 2 ustawy Pzp o stwierdzeniu wykonalności orzeczenia Izby sąd orzeka na wniosek strony. Ustęp 3 ww. artykułu stanowi, iż sąd stwierdza wykonalność orzeczenia Izby nadającego się do wykonania w drodze egzekucji, nadając orzeczeniu klauzulę wykonalności.

W związku z zarzutem dotyczącym zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zawiadomienie z dnia 10 sierpnia 2010 r. o unieważnieniu postępowania zawierające informację o wynikach dokonanych przez zamawiającego w toku postępowania czynnościach mających na celu dokonanie badania i w konsekwencji oceny ofert, nie stanowi decyzji zamawiającego co do oceny ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający nie dokonał także czynności wyboru

oferty najkorzystniejszej. Tryb warunkowy przesłanej wykonawcom „oceny ofert” świadczy o braku stanowczego charakteru przekazanej informacji, a zatem nie można mówić o dokonaniu przez zamawiającego „czynności” w tym zakresie (decyzji). Zauważyć należy, że wyrazem dokonania czynności badania i oceny ofert jest informacja o jednoznacznej treści o podjętej przez zamawiającego decyzji, której konsekwencją jest informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej, o wykluczeniu wykonawców, odrzuceniu ofert, przyznaniu punktacji ofertom w każdym kryterium oceny ofert oraz łącznej punktacji. Pismo z dnia 10 sierpnia 2010 r. powyższych informacji nie zawiera. Jednocześnie jednak Izba nie stwierdziła, iż nastąpiło w powyższym zakresie, niezgodne z przepisami ustawy Pzp, zaniechanie czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie tej ustawy. Obowiązek dokonania czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej nie jest ograniczony w ustawie jakimkolwiek terminem. Zamawiający powinien dokonać powyższych czynności w czasie, który jest niezbędny do rzetelnego przeprowadzenia wszelkich czynności, stosownie do potrzeb danego postępowania. Ponadto, zważywszy, że w niniejszym postępowaniu zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania, dokonanie czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej stało się niecelowe.

Wobec stwierdzenia, że zamawiający nie dokonał czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym m.in. odrzucenia oferty odwołującego ERBUD S.A. i zaniechania odrzucenia pozostałych ofert, brak jest podstaw do podnoszenia na tym etapie zarzutów w powyższym zakresie. Uznając, iż zarzuty są przedwczesne, Izba nie rozpoznawała zarzutów podniesionych przez odwołującego (z ostrożności procesowej), dotyczących nieuzasadnionego odrzucenia oferty odwołującego oraz zaniechania podjęcia względem niego czynności wynikających z art. 87 ust. 1 i 2 oraz art. 26 ust. 4 i 3 ustawy Pzp, a także naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1, 6 i 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez pozostałych wykonawców pomimo, że oferty te zawierają błędy w obliczeniu ceny, są niezgodne z ustawą i nieważne na podstawie odrębnych przepisów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba oddaliła oba odwołania, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do jego wyniku oraz zgodnie z § 3 ust. 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).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....