

Sygn. akt: KIO 2767/11

WYROK
z dnia 10 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **Grupa Gumułka - Audyt Sp. z o.o., ul. Matejki Jana 4, 40-077 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa**.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Grupa Gumułka - Audyt Sp. z o.o., ul. Matejki Jana 4, 40-077 Katowice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Grupa Gumułka - Audyt Sp. z o.o., ul. Matejki Jana 4, 40-077 Katowice** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto Stołeczne Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest przeprowadzenie badania rocznych sprawozdań finansowych m. st. Warszawy za lata 2011-2014 (2011, 2012, 2013 i 2014) oraz wyrażenie odrębnie za każdy rok pisemnej opinii wraz z raportem zgodnie z postanowieniami art. 65 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 16 września 2011 pod numerem 2011/S 178-29258.

Odwołujący Grupa Gumułka - Audyt sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania, pomimo iż kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie postępowania, nie przekracza ceny najkorzystniejszej oferty -wbrew art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Zamawiający uchwałą Rady m.st. Warszawy Nr XXI/437/2011 z dnia 25.08.2011 r. w sprawie zmian w Wieloletniej Prognozie Finansowej miasta stołecznego Warszawy na lata 2011-2013 przewidział sfinansowanie zadania pn. „Przeprowadzenie audytu sprawozdania finansowego m. st. Warszawy” w kwocie 2.100.000 zł, w tym w każdym z lat 2012-2015 po 525 000 zł;

Wartość zamówienia w Protokole postępowania (ZP) została ustalona na kwotę 1.707.317,07 zł, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających — na kwotę 569.105,69 zł. Odwołujący wskazał, iż bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający nie podał kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ale oznajmił iż ma zabezpieczoną kwotę na sfinansowanie zamówienia 1.400.000 zł brutto.

Cena oferty Odwołującego wyniosła 1.558.164 zł (brutto). Zamawiający unieważnił postępowanie, gdyż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (1.400.000 zł brutto). Art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje unieważnienie postępowania jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący podniósł, iż przesłanką umożliwiającą Zamawiającemu unieważnienie przedmiotowego postępowania byłoby przekroczenie przez cenę oferty Odwołującego kwoty,

którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu sytuacja taka nie zaszła. W ocenie Odwołującego bowiem, Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 2.100.000 zł (co jest kwotą wyższą niż cena oferty Odwołującego).

Odwołujący podniósł następującą argumentację. Zamawiający jest jednostką samorządu terytorialnego i działa przez swoje organy. Zgodnie z art. 15 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym organem stanowiącym w gminie jest rada miasta. Wola jednostki samorządu terytorialnego uzewnętrznia się poprzez uchwały rady miasta a nie poprzez przekonanie osób fizycznych. Zwrócić trzeba uwagę, że organ wykonawczy w myśl art. 30 ust. 1 uofp jedynie wykonuje uchwały rady gminy i zadania gminy określone przepisami prawa. Jednym z przejawów uzewnętrznienia woli jednostki samorządu terytorialnego jest uchwalenie wieloletniej prognozy finansowej, której zasady i tryb opracowywania oraz uchwalania określone są w art. 1 pkt 7 ustawy - z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (zwanej dalej uofp).

W myśl art. 226 ust. 1 uofp wieloletnia prognoza finansowa powinna być realistyczna i określać dla każdego roku objętego prognozą w szczególności rozchody budżetu jednostki samorządu terytorialnego oraz objaśnienia przyjętych wartości. Równocześnie wartości przyjęte w wieloletniej prognozie finansowej i budżecie jednostki samorządu terytorialnego powinny być zgodne co najmniej w zakresie wyniku budżetu i związanych z nim kwot przychodów i rozchodów oraz długu jednostki samorządu terytorialnego (art. 229 uofp).

Zdaniem Odwołującego Rada m. st. Warszawy przestrzegając przepisów prawa uczyniła zadość wyżej wymienionym normom i określając rozchody budżetu na badanie sprawozdania finansowego Miasta st. Warszawy na kwotę 2.100.000 zł przesądziła tym samym o kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu uzyskali pewność co do kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia przed wszczęciem postępowania, z aktu prawnego Uchwały Rady Miasta. Tym samym kwota podana bezpośrednio przed otwarciem ofert i tak nie pełniłaby funkcji gwarancyjnej a wręcz - wprowadzałaby w błąd.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert nie podał kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a „prowadząca posiedzenie podała kwotę jaką Zamawiający ma zabezpieczoną na sfinansowanie zamówienia”. W ocenie Odwołującego, o ile być może w innym stanie faktycznym tego typu rozbieżność mogłaby być zrzucona na karb przejęzyczenia, o tyle w tej sprawie musi to być ocenione inaczej. Postępowanie jest prowadzone przez Biuro Księgowości i Kontrasygnaty (tj. komórkę wyspecjalizowaną w terminologii z dziedziny finansów publicznych). Ustawa o

finansach publicznych w odniesieniu do jednostek samorządu terytorialnego używa pojęcia „zabezpieczenie” w znaczeniu „zabezpieczenia spłaty pożyczki”, która może zostać zaciągnięta z budżetu państwa (por. art. 224 ust. 3 uofp); w takim też znaczeniu Odwołujący odebrał oświadczenie Prowadzącej posiedzenie. Zamawiający zatem niewłaściwie wypełnił normę art. 86 ust. 3 PZP. Odwołujący podniósł także, iż prawdopodobną przyczyną błędu Zamawiającego mogło być bezpodstawne utożsamienie kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z wartością zamówienia.

W ocenie Odwołującego Zamawiający myli wartość zamówień uzupełniających z prawem opcji, o którym mowa w art. 34 ust. 5 PZP. Diametralnie odmienna sytuacja prawna zachodzi w odniesieniu do zamówienia z przewidzianym w danym postępowaniu udzieleniem zamówień uzupełniających.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający bezpodstawnie zakłada udzielenie zamówień uzupełniających. Przewidzenie takich zamówień daje wprawdzie zamawiającym prawo do stosowania pewnych uproszczeń w zakresie wyboru trybów niekonkurencyjnych, jednakże absolutnie nie nakłada na wykonawców obowiązku zawierania umów o ich wykonanie. Ponieważ zamówienia uzupełniające mogą być udzielane jedynie wykonawcy wybranemu do realizacji zamówienia podstawowego to wyłącznie od woli tego wykonawcy zależy czy zgodzi się realizować takie zamówienie uzupełniające. Błędem jest założenie, iż zamówienia uzupełniające przewidziane w niniejszym postępowaniu kiedykolwiek będą zrealizowane, tym bardziej, iż Odwołujący niniejszym kategorycznie zaprzecza aby miał zamiar zawierać umowę na jakiegokolwiek zamówienia uzupełniające.

Odwołujący wskazywał, iż wadliwa jest argumentacja, że kwota przewidziana w uchwale Rady m.st. Warszawy Nr XXI/437/2011 z dnia 25.08.2011 r. w sprawie zmian w Wieloletniej Prognozie Finansowej miasta stołecznego Warszawy na lata 2011-2033 miałyby obejmować zamówienia uzupełniające (przewidziane w SIWZ do udzielenia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 6 PZP). Zamówienia uzupełniające nie mogą dotyczyć tego samego zamówienia (gdyż wówczas prowadziłoby to do nielegalnej zmiany ceny za ten sam zakres, wbrew art. 144 PZP, jako że możliwość takiej zmiany nie została przewidziana w umowie, stanowiącej Załącznik nr 7 do SIWZ). Zgodnie z dyspozycją art. 67 ust. 1 pkt 6 PZP zamówienia uzupełniające muszą polegać na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień. Tymczasem w myśl art. 268 uofp roczne sprawozdanie finansowe jednostki samorządu terytorialnego (co stanowiło przedmiot niniejszego zamówienia), podlega badaniu przez biegłego rewidenta tylko jeden raz. Tym samym brak jest możliwości wykonania przez dotychczasowego wykonawcę drugiego badania sprawozdania finansowego Miasta st. Warszawy w latach 2012-2015. W analizowanej Uchwale zamówienia uzupełniające nie były uwzględnione również z tego powodu, iż mogłyby być one udzielone jedynie w okresie 3 lat od udzielenia

zamówienia podstawowego. Tymczasem kwoty ustalone na sfinansowanie zamówienia w Uchwale Rady miasta są takie same w każdym z 4 lat trwania zamówienia. Z brzmienia art. 67 ust. 1 pkt 6 PZP wynika, że żadne zamówienie uzupełniające nie może być udzielone w czwartym roku trwania zamówienia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest Wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu; na chwilę obecną oferta Odwołującego zawiera najkorzystniejszą, najniższą cenę.

W ocenie Izby złożone przez Zamawiającego dokumenty i oświadczenia potwierdzają, że Zamawiający zamierza i może przeznaczyć na realizację zamówienia określonego w SIWZ kwotę 1.400.000 zł brutto. Fakt ten został jednoznacznie potwierdzony przez okoliczność, iż Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę 1.400.000 zł brutto. Z treści art. 86 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że kwota podawana bezpośrednio przed otwarciem ofert jest kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W treści SIWZ Zamawiający również napisał, iż bezpośrednio przed otwarciem ofert przedstawi kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Z powyższego należy więc wywieść, iż podana kwota 1.400.000 zł jest kwotą, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia określonego w SIWZ. Powyższych ustaleń nie zmienia użycie przez Zamawiającego sformułowania, iż kwotę tę Zamawiający ma zabezpieczoną. Za takim rozumieniem istoty sprawy przemawiają także inne okoliczności. Zamawiający jako dowód w sprawie powołał dokument pod nazwą „zawiadomienie o zamiarze udzielenia zamówienia publicznego” z dnia 30.08.2011r. W dokumencie tym Zamawiający wskazał, że wartość udzielanego zamówienia podstawowego wynosi 1.400.000 zł brutto. Z dokumentu tego wynika także, że Zamawiający zaplanował udzielenie zamówienia uzupełniającego, którego wartość w stosunku do wartości zamówienia podstawowego wynosi 50%. Ponadto Zamawiający przedstawił dokument pod nazwą „wniosek o wstępną kontrasygnatę skarbnika m. st. Warszawy”, z którego również wynika, że Zamawiający zamierza przeznaczyć kwotę 1.400.000 zł brutto na zamówienie podstawowe. Z powyższych dokumentów wynika określone, zaplanowane przez Zamawiającego, przeznaczenie środków finansowych. Wskazać należy, iż nowelizacja art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wprost dopuściła możliwość

zwiększenia przez zamawiającego kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, do ceny wynikającej z oferty najkorzystniejszej. Jednakże podkreślić należy, iż taka możliwość jest prawem, a nie obowiązkiem Zamawiającego. Zamawiający w miarę swoich możliwości finansowych może tę kwotę zwiększyć w stosunku do kwoty pierwotnie zaplanowanej, jednakże brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych, które pozwalałyby na zobowiązanie Zamawiającego, aby takiego zwiększenia dokonał. Ta możliwość może mieć miejsce np. w sytuacji, gdy zamawiający uzyska dodatkowe środki, nie zaplanowane pierwotnie w budżecie. W niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazywał, aby sytuacja finansowa Zamawiającego polepszyła się na tyle, aby Zamawiający mógł zwiększyć kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, do wysokości ceny zawartej w ofercie Odwołującego. Co więcej, od chwili otwarcia oferty Odwołujący miał świadomość, iż Zamawiający przed otwarciem ofert wymienił kwotę 1.400.000 zł brutto.

Na marginesie powyższych rozważań Izba zauważa, że jeżeli Odwołujący uznawał, że podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota 1.400.000 zł nie jest kwotą, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, mógł skorzystać z określonych w ustawie Pzp środków ochrony prawnej – w terminie określonym w ustawie Pzp. Aktualnie jednak, Odwołujący mógłby jedynie podnosić argumentację, iż Zamawiający uzyskał dodatkowe środki, które mógłby wykorzystać na zwiększenie kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nawet jednak w przypadku, gdyby Zamawiający mógł przeznaczyć dodatkowe środki na sfinansowanie zamówienia, to decyzja o zwiększeniu kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia jest suwerenną decyzją Zamawiającego i brak jest podstaw do nakazania Zamawiającemu podjęcia takiej decyzji. Brak jest także podstaw do zobowiązania Zamawiającego, aby w celu zwiększenia środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia dokonał przesunięć z innych pozycji swojego budżetu. Zmiana w budżecie Zamawiającego polegająca na zwiększeniu środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia bez pozyskania dodatkowych środków nieprzewidzianych w budżecie zostałaby dokonana kosztem zmniejszenia innych planowanych wydatków.

Odwołujący podnosił, że zamówienia uzupełniające nie mogą dotyczyć tego samego zamówienia, a z drugiej strony muszą polegać na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień. Z okoliczności tych Odwołujący wywodzi, że skoro roczne sprawozdanie finansowe jednostki samorządu terytorialnego (co stanowiło przedmiot niniejszego zamówienia) podlega badaniu przez biegłego rewidenta tylko jeden raz, to brak jest możliwości wykonania przez dotychczasowego wykonawcę drugiego badania sprawozdania finansowego Zamawiającego. Zamawiający wskazywał jednak na możliwość przeprowadzenia badania sprawozdań finansowych w stosunku do innych podległych

jednostek Zamawiającego, które nie zostały wymienione w SIWZ. Okoliczność ta wskazuje, że możliwe jest udzielenie przez Zamawiającego zamówień uzupełniających. Podkreślić także należy, że zamówienia uzupełniające są odrębnym postępowaniem. Zatem Zamawiający ma prawo przewidzieć odrębny budżet na realizację takich zamówień. Rację ma Odwołujący podnosząc, iż zamówień uzupełniających Zamawiający może udzielić w ciągu 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego. Jednakże o sposobie wydawania środków decyduje sam Zamawiający.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący: