

Sygn. akt: KIO/UZP 362/13

**WYROK**  
z dnia 11 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Marzena Teresa Ordysińska

**Członkowie:** Izabela Niedziałek-Bujak  
Andrzej Niwicki

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego - **Szpital Wojewódzki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lubartowie, ul. Cicha 14, 21-100 Lubartów** protestu z dnia 1 lutego 2013 r.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** i:
  - 1) nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków**, adres do korespondencji: **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie Oddział w Łodzi, ul Traktorowa 141/143, 91-203 Łódź**;
  - 2) nakazuje dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków**, adres do korespondencji: **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie Oddział w Łodzi, ul Traktorowa 141/143, 91-203 Łódź**;

- 3) zasądza od **Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** na rzecz **Szpitala Wojewódzkiego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Lubartowie, ul. Cicha 14, 21-100 Lubartów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

I. W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego na usługi kompleksowe w zakresie utrzymania higieny szpitalnej wraz z przejściem pracowników Spółdzielni Inwalidów "Naprzód" (dalej Odwołujący) złożyła protest na czynność Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Lubartowie (dalej: Zamawiający), polegającą na unieważnieniu postępowania.

Protestujący wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, wskazując, że nie było podstawy do podjęcia takiej czynności. Zamawiający protest oddalił (czynność nazwał „odrzucając protest”, ale przed Izbą wyjaśnił, że w rzeczywistości jego zamiarem było oddalenie protestu). W związku z oddaleniem protestu, Odwołujący wniósł odwołanie, w którym zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych oraz art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez niezgodne z prawem unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także art. 180 ust. 7 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie protestu w sytuacji braku podstaw prawnych do dokonania takiej czynności. Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia protestu z dnia 1 lutego 2013 roku - nie zaistniała bowiem żadna okoliczność wskazana w art. 180 ust. 7 Prawa zamówień publicznych. Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosił, iż Zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania z naruszeniem przepisów prawa, bowiem przesłanki art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, na który powołuje się Zamawiający nie zostały spełnione. Zamawiający przed otwarciem ofert oświadczył, iż zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 9.300.000 zł brutto. Taką kwotę Zamawiający miał zatem zabezpieczoną na sfinansowanie zamówienia. Cena oferty Odwołującego jest niższa od tej kwoty i wynosi 7.696.764,00 zł brutto. Zamawiający w piśmie z dnia 22 stycznia 2013 roku, w którym poinformował o unieważnieniu postępowania nie wykazał, w jaki sposób zmieniła się jego sytuacja finansowa. Zamawiający nie wykazał, iż wystąpiły jakieś szczególne okoliczności wskazujące na to, że wysokość środków na sfinansowanie zamówienia uległa zmianie. To na Zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia powyższych okoliczności, gdyż to on jako podmiot odpowiedzialny za prowadzenie postępowania zmienia zasady jego prowadzenia

ustalone przez niego samego. W niniejszej sprawie Zamawiający nie wykazał zaistnienia szczególnych, niezależnych od niego okoliczności, uzasadniających zmniejszenie środków na sfinansowanie zamówienia. W ocenie Odwołującego, takie okoliczności jak zmiana powierzchni do sprzątnięcia czy zmiana ilości osób zatrudnionych (na marginesie należy zauważyć, iż są to zmiany nieznaczne) nie jest równoznaczna ze zmianą kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i nie uzasadnia unieważnienia postępowania.

Nadto Odwołujący podnosił, iż zasadność unieważnienia przedmiotowego postępowania była przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą. W wyroku z dnia 13 stycznia 2010 roku, sygn. akt: KIO/UZP 1650/09, KIO stwierdziła brak przesłanek do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w niniejszym postępowaniu.

Reasumując, zdaniem Odwołującego, rozpoczynając procedurę przetargową Zamawiający miał świadomość tego, iż zaciąga zobowiązanie wobec Wykonawców ubiegających się o zamówienie. Skoro postępowanie zostało wszczęte, Zamawiający jako profesjonalista ma obowiązek oszacować koszty realizacji zamówienia oraz zabezpieczyć środki finansowe na jego realizację. Okoliczność, że Zamawiający chce się uchylić od swojego zobowiązania wobec Wykonawcy zwlekał z dokonaniem oceny ofert przez okres 3 lat oraz nie przewidział środków na sprzątnięcie w swoim planie finansowym na lata 2010-2012 nie może rodzić negatywnych konsekwencji dla Wykonawcy.

## II. Izba ustaliła, co następuje:

1. W niniejszym postępowaniu odwoławczym stosuje się przepisy obowiązujące na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (przekazanie ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich - zgodnie z treścią ogłoszenia - nastąpiło w dniu 23 lutego 2009 roku; ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 2009/S 37-054449 z dnia 24.02.2009 roku, nr sprawy: UN/1/09).
2. W postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający po raz pierwszy unieważnił postępowanie w dniu 7 października 2009 r., powołując się na przesłanki art. 93 ust. 1 pkt 4, 6 i 7 Prawa zamówień publicznych. Powyższa czynność w drodze środków ochrony prawnej została zakwestionowana przez Odwołującego. Izba w dniu 13 stycznia 2010 r. w wyroku sygn. akt KIO/UZP 1650/09 stwierdziła, że nie ziściły się podstawy do unieważnienia postępowania (w niniejszym postępowaniu odwoławczym Izba z urzędu dopuściła dowód z dokumentacji postępowania KIO/UZP 1650/09).
3. Izba rozważała, czy nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania – i ostatecznie stwierdziła brak takich przesłanek. Z pewnością nie ziściła się przesłanka z art. 187 ust. 4

pkt 6 Prawa zamówień publicznych, bowiem czynność zakwestionowana w niniejszym postępowaniu odwoławczym dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał niezgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (na orzeczenie KIO/UZP 1650/09 wniesiono skargę, i Sąd Okręgowy w Lublinie wyrokiem z dn. 30 czerwca 2010 r. sygn. akt IX Ga 63/10 nakazał unieważnienie unieważnienia postępowania). Nie ziściła się również w ocenie Izby przesłanka odrzucenia odwołania z art. 182 ust. 4 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, ponieważ Odwołujący nie powołuje się na te same okoliczności, które już były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę - unieważnienie postępowania w roku 2009 i w roku 2013 r., choć w oparciu o podobne przesłanki, nie można uznać za „taką samą okoliczność”, chociażby ze względu na czas, który upłynął od poprzedniej czynności.

Odnosnie interesu prawnego Odwołującego skład orzekający Izba stwierdziła, że Odwołujący posiadał interes prawny tak na etapie wnoszenia protestu, jak i odwołania. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

W zakresie rozpatrywanego zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, skład orzekający Izby ustalił, że w złożonych przez Zamawiającego na rozprawie do akt planach finansowych na kolejne lata, począwszy od 2009 r. do 2013 roku (nie przedłożono ich w uprzednio prowadzonym postępowaniu odwoławczym), brak środków, przeznaczonych na realizację usługi będącej przedmiotem zamówienia przez podmioty zewnętrzne, a Zamawiający realizuje zamówienie siłami własnymi.

Zamawiający na rozprawie przyznał, że od początku nie posiadał środków, przeznaczonych na realizację zamówienia, przyznał, że czynności związane z ustaleniem kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, były wadliwe, bowiem Zamawiający kwoty podanej w druku ZP-1 nie posiada ani nie posiadał w przeszłości. Z kolejnych planów finansowych wynika, że Zamawiający w ogóle nie przewidywał realizacji usług będących przedmiotem zamówienia przez podmiot trzeci. Powyższe jest w sposób oczywisty sprzeczne z ogłoszeniem i prowadzeniem postępowania na usługi kompleksowej higieny szpitala, i niewątpliwie może budzić wątpliwości co do rzetelności czynności podejmowanych przez Zamawiającego. Skoro zamierzał przez ostatnie lata realizować zadanie siłami własnymi, niecelowe było prowadzenie postępowania na udzielenie zamówienia w tym zakresie.

Niemniej jednak skoro z planów finansowych wynika jednoznacznie, że Zamawiający zamierza nie przeznaczać środków na realizację usługi za pomocą podmiotu trzeciego, ale siłami własnymi, Izba nie może nakazać Zamawiającemu podjęcia decyzji odmiennej i realizowania usługi przez wykonawcę z zewnątrz – a do tego sprowadzałoby się

uwzględnienie żądania Odwołującego. Dlatego Izba uznała, że zasadnie unieważniono postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

Dodatkowo Zamawiający wykazał, że zmniejszyła się powierzchnia przeznaczona do sprzątnięcia – w związku ze zmniejszeniem liczby oddziałów szpitalnych (protokół przekazania nieruchomości z 30 listopada 2012 r.), nastąpiła również redukcja zatrudnienia wśród osób przeznaczonych do sprzątnięcia z 101 osób na 87 osób (pracownicy ci mieli być przejęci na podstawie art. 23<sup>1</sup> Kodeksu pracy przez wykonawcę w ramach realizacji przedmiotu zamówienia). Powyższa okoliczność, opisana w przyczynach unieważnienia przez Zamawiającego postępowania, może stanowić uzasadnienie faktyczne ewentualnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych (co dostrzegł Odwołujący na rozprawie), której to podstawy prawnej Zamawiający nie przywołał. Należy zauważyć, że Zamawiający poprzez przedłużanie prowadzonego postępowania sam przyczynił się do zaistnienia okoliczności stawiających pod znakiem zapytania możliwość realizacji umowy na zasadach opisanych w SIWZ z 2009 r. (można z góry założyć, że po upływie czterech lat od ogłoszenia zamówienia mogą nastąpić takie zmiany w strukturze organizacyjnej Zamawiającego, które wpłyną na możliwość realizacji umowy, przewidzianej w 2009 r. na okres trzech lat), jednak nie można pominąć, że zmiany takie istotnie wystąpiły.

Reasumując, biorąc pod uwagę dokumenty przedstawione przez Zamawiającego na rozprawie, tj. plany finansowe na lata 2009 i 2013 i protokół przekazania nieruchomości z 30 listopada 2012 r., Izba stwierdziła, że unieważnieniu postępowania było uzasadnione. Mimo że postępowanie Zamawiającego było wadliwe (w szczególności odnośnie ustaleń co do posiadanych środków na realizację zamówienia) i jako takie nie powinno zasługiwać na ochronę, to wobec zaistniałych okoliczności, o których mowa wyżej, dalsze prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnego z ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 23 lutego 2009 roku, przez podmiot zewnętrzny jest niecelowe.

Izba nie wzięła pod uwagę zbiorczego zestawienia płać, przedłożonego przez Zamawiającego Izbie do wglądu z wnioskiem o przeprowadzenie z niego dowodu, zgodnie z wnioskiem Odwołującego o oddalenie tegoż wniosku. Izba stwierdziła, że powyższe nie może mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia. W konsekwencji Izba nie stwierdziła naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Lublinie.**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....