

WYROK

z dnia 16 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Majstrowicz

Członkowie: Jolanta Markowska

Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawcę Piotra Fabijańskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą CLEAN SERVICE, 05-500 Piaseczno, Chyliczki, ul. Melanii 21B** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **P.P.U.P. Poczta Polska Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie, 00-941 Warszawa, ul. Świętokrzyska 31/33** protestu z dnia 15 maja 2009 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania prowadzonego przez Zamawiającego w części I, II, IV i VIII postępowania.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża P.P.U.P. Poczta Polska Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie, 00-941 Warszawa, ul. Świętokrzyska 31/33 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawcę Piotra Fabijańskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą CLEAN SERVICE, 05-500 Piaseczno, Chyliczki, ul. Melanii 21B,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **P.P.U.P. Poczta Polska Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie, 00-941 Warszawa, ul. Świętokrzyska 31/33** na rzecz **wykonawcy Piotra Fabijańskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą CLEAN-SERVICE, 05-500 Piaseczno, Chyliczki, ul. Melanii 21B** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy Piotra Fabijańskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą CLEAN SERVICE, 05-500 Piaseczno, Chyliczki, ul. Melanii 21B.**

U z a s a d n i e

Zamawiający - Przedsiębiorstwo Państwowe Użyteczności Publicznej Poczta Polska Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą "Utrzymanie czystości w obiektach poczty Polskiej " na podstawie ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 grudnia 2008 r. pod nr 2008/S 251-336484.

Zamawiający w dniu 7 maja 2009 r. zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania w częściach I - IV oraz VIII na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz.1655, z późn.zm.), zwanej dalej ustawą, gdyż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż w wyniku powtórnego badania ofert zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 3 kwietnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 352/09, cena najkorzystniejszej oferty firmy Clean Service z siedzibą w Piasecznie, przewyższa wielkość posiadanych środków przeznaczonych na powyższy cel o

około 1 079 700, 00 złotych w skali roku 2009. Wskazał, iż szacowanie przedmiotu zamówienia miało miejsce w październiku 2008 r., zaś w dniu otwarcia ofert tj. 4 lutego 2009 r. zamawiający nie mógł przewidzieć, iż prowizorium planu nie zostanie zatwierdzone w koniecznej wielkości i przydzielone środki będą w znacznym stopniu ograniczone. W kwietniu 2009 r. zamawiający otrzymał informację o znacznym ograniczeniu środków finansowych na realizację przedmiotowego zadania i w świetle trudnej sytuacji ekonomicznej Poczty Polskiej zobowiązany był do podjęcia szeroko zakrojonych działań mających na celu ograniczenie kosztów działalności zgodnie z ustaleniami i wytycznymi ujętymi w planie naprawczym w 2009 r. W piśmie tym zamawiający wskazał, iż dalsze prowadzenie postępowania oraz wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, gdyż wykonanie zamówienia jest niemożliwe, a Zamawiający dla wykonania tego zamówienia nie może zrezygnować z innych koniecznych wydatków celowych jak m.in. płace dla pracowników oraz wynagrodzenia za usługi związane z utrzymaniem nieruchomości Poczty Polskiej. Zamawiający poinformował także wykonawców, iż w możliwie najkrótszym terminie rozpocznie nowe postępowanie uwzględniając zakres przedmiotu zamówienia do wysokości posiadanych środków finansowych.

W dniu 15 maja 2009 r. wykonawca Piotr Fabijański prowadzący działalność pod nazwą Clean Service, wniósł protest na czynność unieważnienia postępowania. Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 91, art. 82, art. 93 ust. 1 pkt 4, art. 7 ustawy i zażądał unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w częściach I – IV oraz VIII, powtórzenia czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie ofert oraz dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu wskazał, iż Zamawiający podczas otwarcia ofert podał, jaką kwotę zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w poszczególnych częściach, zaś podane kwoty nie były wyższe od cen wskazanych przez protestującego w swojej ofercie na poszczególne części. Protestujący podniósł, iż kwota, którą zamawiający podaje przed otwarciem ofert jako kwotę, którą "zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia", nie jest "z definicji" tożsama z kwotą, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, tj. kwotą, którą zamawiający "może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia". Pierwsza obejmuje kwotę przewidywaną, zaplanowaną, natomiast druga jest kwotą pewną, rzeczywiście dostępną, wynikającą z faktycznego stanu wykonania planu finansowego. Protestujący wskazał, iż użycie w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy wyrazu „może” nie oznacza jednak swobody zamawiającego. Przesłanka unieważnienia postępowania określona w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy obejmuje niewątpliwie sytuację, gdy zamawiający nie może wygospodarować dodatkowych środków na sfinansowanie zamówienia w kwocie przekraczającej kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć (tj. cena oferty jest wyższa niż środki zaplanowane),

nie zaś kiedy cena oferty jest niższa od zaplanowanych środków - tak jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Możliwości finansowe zamawiającego należy odnosić do kwoty, którą zamawiający -stosownie do treści art. 86 ust. 3 ustawy - podaje na publicznym otwarciu ofert tuż przed podjęciem tej czynności. Kwota, którą zamawiający może faktycznie przeznaczyć na zamówienie (art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy), nie może być niższa od kwoty podawanej na otwarciu ofert (art. 86 ust. 3 ustawy). Protestujący wskazał, iż przy wyliczeniu kwoty podawanej na otwarciu ofert ważne są faktyczne możliwości finansowe zamawiającego, a nie to, jak się obiektywnie kształtują ceny na rynku danych usług. Protestujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej przed stwierdzeniem faktu przekroczenia przez cenę oferty najkorzystniejszej kwoty, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Protestujący na potwierdzenie swego stanowiska powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 4 lutego 2008 r. sygn. KIO/UZP/24; wyrok z 22 lutego 2008 r. sygn. KIO/UZP 100/08, wyrok z 18 czerwca 2008 r. sygn. KIO/UZP 544/08, KIO/UZP 548, KIO/UZP 549/08, KIO/UZP 550/08.

Zamawiający pismem z dnia 22 maja 2009 r. rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie. W uzasadnieniu wskazał, iż przyjęcie warunków oferty protestującego skutkuje zagrożeniem powstania znacznego deficytu o wartości około 1 079 700 złotych w skali regionu. Trudna sytuacja ekonomiczna Poczty Polskiej, przyjęcie planu naprawczego oraz decyzja Dyrektora Generalnego w sprawie ograniczenia funduszy spowodowała konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się wykonawca i w dniu 1 czerwca 2009 r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przekazując kopię odwołania zamawiającemu. W odwołaniu podtrzymał zarzuty, żądania i argumentację z protestu. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91, art. 82, art. 93 ust. 1 pkt 4 i art. 7 ustawy. Odwołujący wskazał na interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż jego oferta w częściach I - IV oraz VIII zawierała najniższą cenę w przedmiotowym postępowaniu, zaś bezpodstawne unieważnienie postępowania przez Zamawiającego pozbawiło odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W odwołaniu odwołujący zażądał nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania we wskazanych częściach, nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ofertę odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba stwierdziła, iż odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż unieważnienie postępowania przez zamawiającego na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy pozbawiło go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy złożona przez niego oferta zawierała najniższą cenę w postępowaniu w części I, II, III, IV i VIII.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie protokołu ZP-1 oraz oferty odwołującego Izba ustaliła, iż Odwołujący podał w swojej ofercie następujące ceny na poszczególne części w stosunku do kwot podanych bezpośrednio przed otwarciem ofert przez zamawiającego (kwota brutto za wszystkie części podana przed otwarciem ofert przez Zamawiającego to kwota 21 039 290,00 złotych):

1. Część I – 4 855 164,69 złotych brutto (kwota podana przez zamawiającego przed otwarciem ofert jaką zamierza przeznaczyć na ten cel na część I to kwota 5 223 850,00 złotych),
2. Część II – 2 947 171, 39 złotych brutto (kwota podana przez zamawiającego przed otwarciem ofert jaką zamierza przeznaczyć na ten cel na część II to kwota 3 150 760,00 złotych),
3. Część III – 2 149 271,00 złotych brutto (kwota podana przez zamawiającego przed otwarciem ofert jaką zamierza przeznaczyć na ten cel na część III to kwota 2 025 970,00 złotych),
4. Część IV – 981 943,31 złotych brutto (kwota podana przez zamawiającego przed otwarciem ofert jaką zamierza przeznaczyć na ten cel na część IV to kwota 1 079 100, 00 złotych),

5. Część VIII – 3 369 177,98 złotych (kwota podana przez zamawiającego przed otwarciem ofert jaką zamierza przeznaczyć na ten cel na część VIII to kwota 5 429 860, 00 złotych).

Izba stwierdziła, iż z powyższego zestawienia wynika, iż zarówno cena ogólna brutto oferty odwołującego tj. 18 853 268,56 złotych brutto, jak i ceny podane przez odwołującego w ofercie na części I, II, IV i VIII mieściły się w kwotach podanych przez zamawiającego przed otwarciem ofert w trybie art. 86 ust.3 ustawy. Jedynie cena oferty za część III tj. 2 149 271,00 złotych brutto przekraczała kwotę podaną przez zamawiającego przed otwarciem ofert na część III tj. kwotę 2 025 970,00 złotych.

W związku z powyższym, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający naruszył art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy, unieważniając przedmiotowe postępowanie w częściach I, II, IV i VIII w sytuacji, gdy nie zaistniała przesłanka do unieważnienia tego postępowania na podstawie wskazanego przepisu, tj. cena najkorzystniejszej oferty nie przewyższyła kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w świetle przedstawionych dowodów.

Krajowa Izba odwoławcza podziela pogląd Zamawiającego, iż kwoty, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wskazanej w art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy, nie należy w pełni utożsamiać z podawaną bezpośrednio przed otwarciem ofert kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 ustawy). Ustawodawca celowo użył w tych przypadkach dwóch sformułowań "zamierza przeznaczyć" i "może przeznaczyć". Podana zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy kwota wiąże natomiast zamawiającego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jej nie przekracza. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej unieważnienie postępowania na podstawie przesłanki z art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jej nie przekracza jest bezpodstawne, chyba że zamawiający udowodni, iż od momentu podania kwoty zamierzonej do wyboru najkorzystniejszej oferty zaszły nieprzewidywalne okoliczności, które zasadniczo zmieniły jego możliwości finansowe. Kwota, podana zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy, nie wiąże natomiast zamawiającego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty ją przekracza. Wówczas, jeśli po dokonaniu odpowiednich korekt w budżecie zamawiający może zabezpieczyć wyższe środki na finansowanie zamówienia, nie będzie zobowiązany do unieważnienia postępowania (*v. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata Komentarz Prawo zamówień publicznych, LEX 2007 Wyd. III*).

W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie udowodnił, iż po otwarciu ofert zaszły nieprzewidywalne okoliczności, które zasadniczo zmieniły jego możliwości finansowe. Izba

nie uznała za dokument potwierdzający brak możliwości finansowych notatek służbowych z dnia 27 kwietnia 2009 r. oraz 10 czerwca 2009 r. sporządzonych przez pana Michała Klimaszewskiego, które stwierdzają jedynie zagrożenie przekroczenia planu o kwotę ponad 1 mln złotych, gdy wartość unieważnionych części wynosi ponad 16 mln złotych. Krajowa Izba Odwoławcza z tego samego powodu nie uznała dowodu w postaci notatki z dnia 27 kwietnia 2009 r. podpisanej przez panów Mirosława K. i Ryszarda L.

Ponadto Izba nie uznała jako dowodu potwierdzającego brak możliwości finansowych zamawiającego pisma z dnia 29 stycznia 2009 r. podpisanego przez pana Jana K. Zastępcę Dyrektora Centrum Infrastruktury. Pismo to powołuje się bowiem na zaakceptowany w dniu 14.11.2008 r. plan działań naprawczych w Poczcie Polskiej, który zawiera plan działań jakie poczta zamierza wdrożyć w celu osiągnięcia poprawy wyników prowadzonej działalności. Pismo podaje, iż jednym z elementów tego planu jest „renegocjowanie umów kosztowych” polegające na przeglądzie zawartych umów, a także ograniczeniu umów na świadczenie usług porządkowych, zwłaszcza w odniesieniu do małych urzędów pocztowych. Pismo to w żaden sposób nie odnosi się do postępowań wszczętych, a jeszcze niezakończonych, w tym też do przedmiotowego postępowania, a dotyczy jedynie zawartych przez Zamawiającego umów tj. umów realizowanych i ich renegocjowania.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę na fakt zawarcia przez Zamawiającego w wyniku przedmiotowego postępowania umów z trzema wykonawcami na zadanie V, VI i VII, na które to części Zamawiający posiadał środki finansowe (pomimo, iż dotyczą one tego samego postępowania), zaś bezpodstawnie unieważnił postępowanie powołując się na brak środków finansowych w częściach, w których odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej powyższe okoliczności skutkują uznaniem, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ustawy, gdyż zamawiający nie przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców zawierając umowy z wybranymi wykonawcami, dla których posiadał środki finansowe na realizację umów, zaś w stosunku do odwołującego się unieważnił postępowanie z powodu braku środków.

Dodatkowym argumentem przemawiającym za bezzasadnym unieważnieniem przedmiotowego postępowania z powodu braku środków jest postanowienie § 1 ust. 4 i 5 wzoru umowy przyznające Zamawiającemu prawo do ograniczenia zakresu przedmiotu umowy ze względu na aktualne potrzeby bądź posiadane środki finansowe. Na podstawie ww. paragrafu wzoru umowy Zamawiający po zawarciu umowy będzie mógł zmienić zakres przedmiotu umowy w stosunku do wysokości posiadanych środków oraz jego potrzeb.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie protokołu nr 9 z posiedzenia komisji przetargowej z 16 kwietnia 2009 r. stwierdziła, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w związku z czym nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ustawy. W piśmie tym co prawda Dyrektor Oddziału Regionalnego Mirosław Kula nie wyraził zgody na zwiększenie środków finansowych, bezspornie jednak z tego pisma wynika, iż za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę odwołującego z uwagi na zaoferowaną przez niego najniższą cenę w częściach I -IV oraz VIII. Zamawiający niezwłocznie po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 92 ustawy zobowiązany był do zawiadomienia wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, czego jednak nie uczynił.

Izba nie badała naruszenia przez zamawiającego art. 82 ustawy, gdyż odwołujący na rozprawie cofnął zarzut dotyczący naruszenia tego przepisu.

Mając powyższe na uwadze na podstawie art.191 ust. 1a oraz ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł, na podstawie faktury przedłożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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, z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Warszawie** .

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....