

POSTANOWIENIE

z dnia 4 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego w dniu **4 lipca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2014 r.

przez wykonawcę: „**Vendi Serwis**” sp. z o.o. z siedzibą w **Łodzi**

w postępowaniu pn. *Usługa żywienia pacjentów w systemie tacowym* (nr postępowania DZP/333/9UEPN/2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2.** Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**Vendi Serwis**” sp. z o.o. z siedzibą w **Łodzi** kwoty **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez powyższego odwołującego 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 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”}, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Usługa żywienia pacjentów w systemie tacowym* (nr postępowania DZP/333/9UEPN/2014). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 27 maja 2014 r. pod nr 2014/S_101-177108. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

13 czerwca 2014 r. Zamawiający poinformował Odwołującego – „Vendi Serwis” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi {spółka zwana również dalej w skrócie „Vendi Serwis”} o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp.

2 czerwca 2014 r. Odwołujący wniósł odwołanie – w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp lub kodeksu cywilnego {dalej: „kc”, jeżeli tak wskazano poniżej} {zarzuty}:

1. Art. 93 ust. 1 pkt 4 – przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki do zastosowania niniejszego przepisu.
2. Art. 5 kc w zw. z art. 14 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 4 – przez uczynienie ze swojego prawa, tj. prawa organizatora przetargu do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, użytku sprzecznego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa i zasadami współżycia społecznego, polegającym na wykorzystaniu powyższego instrumentu prawnego do uchylenia się od zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego.
3. Art. 7 – przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, polegające na unieważnieniu postępowania, pomimo że różnica pomiędzy kwotą jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia a ceną oferty najkorzystniejszej jest znikoma.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {żądania}:

Sygn. akt KIO 1162/14

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
2. Dokonania czynności oceny możliwości finansowych Zamawiającego w celu ustalenia, czy Zamawiający może zwiększyć podaną kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. –
3. Dokonania czynności badania i oceny ofert.
4. Dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dodatkowo odwołujący sprecyzował powyżej wymienione zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych dla uzasadnienia wniesionego odwołania.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, który podał w uzasadnieniu swojej decyzji, że nie może zwiększyć kwoty 2.322.864,00 zł, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia do kwoty 2.424 578, 40 zł, czyli ceny oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego celem instrumentu prawnego opisanego w art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp jest umożliwienie zamawiającemu zakończenie postępowania bez zawierania umowy o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie w sytuacji, gdy nie dysponuje środkami na sfinansowanie realizacji zamówienia nawet na warunkach oferty najkorzystniejszej cenowo. Ustawodawca jednocześnie umożliwił zamawiającemu zwiększenie kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia do ceny oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego Zamawiający ograniczył się jedynie do powtórzenia brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp, nie podał natomiast żadnego uzasadnienia swojej decyzji, ani nie przedstawił wiarygodnych dowodów potwierdzających, że jego sytuacja finansowa nie pozwala na zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący powołał się na to, że według orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej takie lakoniczne stwierdzenie jest niewystarczające, gdyż zamawiający winien wykazać, że środki, które posiada i może zabezpieczyć na realizację zamówienia, nie pozwalają mu zaciągnąć zobowiązania w wysokości kwoty wynikającej z najkorzystniejszej oferty i nie jest w stanie uzyskać ich zwiększenia. To na zamawiającym, zgodnie z art. 6 kc w zw. z art. 14 pzp, spoczywa ciężar udowodnienia twierdzenia, że nie dysponuje środkami, które może przeznaczyć na wykonanie zamówienia, gdyż to zamawiający wywodzi z tego twierdzenia skutki prawne {vide: KIO 1624/10, KIO 1625/10}. Działanie zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości. Udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było prawidłowe, spoczywa zawsze na Zamawiającym {vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 stycznia 2013 r., sygn. KIO 2926/12, LexPolonica nr 5026105}.

Sygn. akt KIO 1162/14

Odwołujący podniósł, że różnica pomiędzy kwotą, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia a kwotą zaoferowaną przez niego jest minimalna, gdyż wynosi 101.714,40 zł w skali całego zamówienia (16 miesięcy), co w skali miesiąca daje różnicę 6.357,15 zł. Zdaniem Odwołującego nie sposób uznać, że Zamawiający nie dysponuje środkami na pokrycie tej różnicy. Gospodarka finansowa Zamawiającego musiałaby być zupełnie nieracjonalna, jeśli Zamawiający nie byłby w stanie przeznaczyć dodatkowo na sfinansowanie zamówienia kwoty około 6 tys. zł miesięcznie, gdyż w skali działalności Zamawiającego jest to kwota znikoma. Dla uznania, że Zamawiający nie może tego uczynić, jego sytuacja finansowa musiałaby być bliska krytycznej, a to powinno znaleźć jasne odzwierciedlenie w dokumentacji finansowej Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że Zamawiający posiada pełną wiedzę dotyczącą kosztów realizacji zamówienia. Koszt całodziennego wyżywienia, który aktualnie ponosi na rzecz podmiotu świadczącego usługę żywienia, tj. Aspen Res wynosi 19,98 zł brutto od osoby. Odwołujący podniósł, że jak to sam wskazał Zamawiający w treści protokołu z otwarcia ofert: *Rynek w postępowaniach przetargowych w zakresie systemu tacowego wycenia usługę na ok. 22-25,00 złotych brutto. Zbliżonej ceny możemy się spodziewać w przypadku ogłoszenia przetargu nieograniczonego lub ograniczonego.* Tymczasem cena oferty najkorzystniejszej opiewa na kwotę 16,70 zł netto tj. 18,04 zł brutto od osoby. Odwołujący wskazał, że pomimo że cena oferty najkorzystniejszej jest dużo niższa niż cena jednostkowa, jaką Zamawiający ponosi obecnie, unieważnił on postępowanie.

W ocenie Odwołującego mając na uwadze aktualnie ponoszone koszty i świadomość obowiązujących cen rynkowych, należy uznać, że działanie Zamawiającego nosi znamiona chęci uchylecia się od zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego z wykorzystaniem mechanizmu opisanego w art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp. Zamawiający podał kwotę, która zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w wysokości nieprzystającej do przedmiotu zamówienia, o czym doskonale zdawał sobie sprawę.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 5 kc, który na podstawie art. 14 pzp należy zastosować do czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie można czynić ze swojego praw użytku sprzecznego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa i zasadami współżycia społecznego. W opinii Odwołującego stosowanie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp zaprezentowane przez Zamawiającego czyni z powyższego przepisu najłatwiejszy sposób manipulowania wynikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może podać, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie realizacji zamówienia kwotę zupełnie dowolną (choćby w minimalnej wysokości), a następnie – w zależności od hierarchii ofert i oferentów -

Sygn. akt KIO 1162/14

podwyższyć albo nie podwyższać tej kwoty. Zdaniem Odwołującego okoliczności niniejszego postępowania świadczą o tym, że Zamawiający użył instrumentu określonego w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp niezgodnie z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem (tj. w celu uchylecia się od zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego w majestacie prawa) oraz niezgodny z zasadami współzycia społecznego (zasadą działania organizatora przetargu w dobrej wierze w celu wyłonienia najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego, z poszanowaniem praw oferentów, bez sztucznych manipulacji instrumentami prawnymi). Z uwagi na powyższe czynność Zamawiającego nie może korzystać z ochrony prawnej i pozostać w mocy, a winna być unieważniona.

Odwołujący zwrócił również uwagę na to, że Zamawiający unieważniając postępowanie musiałby ponieść koszty przeprowadzenia kolejnego postępowania, co w tych okolicznościach byłoby działaniem nieracjonalnym.

Pismem z 4 lipca 2014 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 24 czerwca 2014 r. informację o wniesionym odwołaniu wraz z kopią odwołania zamieścił na swojej stronie internetowej oraz poinformował o wniesieniu odwołania drugiego wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu, od którego otrzymał tego samego dnia potwierdzenie odczytania przesłanej wiadomości.

Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

2 lipca 2014 r. wpłynęła do Prezesa Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że – działając na podstawie art. 186 ust. 1 i 2 pzp – uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu wniesionym 23 czerwca 2014 r. w prowadzonym przez niego postępowaniu i wnosi o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym.

Zamawiający podał również, że 2 lipca 2014 r. unieważnił czynność unieważnienia postępowania w celu dokonania badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Sygn. akt KIO 1162/14

Zamawiający w piśmie z 2 lipca 2014 r. w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Izba zważyła, że dla wywarcia skutku postaci umorzenia postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a żaden wykonawca nie zgłosił po jego stronie przystąpienia do postępowania odwoławczego, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 pzp w takim przypadku Zamawiający zobowiązany jest do wykonania lub unieważnienia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, którego zarzuty uwzględnił w całości.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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: