

Sygn. akt: KIO 258/14

**WYROK
z dnia 27 lutego 2014 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2014 r. przez Odwołującego - Konsorcjum: Net-O-Logy Sp. z o.o., Asseco Poland S.A., ul. Graniczna 29, 40-017 Katowice, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - SP ZOZ Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 4, Al. Legionów 10, 41-902 Bytom

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Konsorcjum: Net-O-Logy Sp. z o.o., Asseco Poland S.A., ul. Graniczna 29, 40-017 Katowice, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Konsorcjum: Net-O-Logy Sp. z o.o., Asseco Poland S.A., ul. Graniczna 29, 40-017 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 2013 r. poz. 907), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 4 w Bytomiu, Aleja Legionów 10, 41-900 Bytom wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zapewnienie rozwoju elektronicznych usług publicznych poprzez zakup i wdrożenie systemu informatycznego w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistyczny nr 4 w Bytomiu”.

W dniu 26.10.2013r. zostało opublikowane ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 209-361765.

W punkcie 11.2.1) ogłoszenia wskazał, że szacunkowa wartość zamówienia bez VAT wynosi 3.574.287,80 złotych, daje kwotę 4.396.374,00 złotych brutto.

W dniu 2 grudnia 2013 roku Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ wskazując, że dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie zapisu „darmowy nadzór autorski i opieka serwisowa” oraz „bezpłatne szkolenia” poprzez wykreślenia słów „darmowy” i „bezpłatne”.

Ponadto Zamawiający zmienił formularz cenowy - dodając nową pozycję „Nadzór autorski i opieka serwisowa (w tym szkolenia)”, wskazując, że pozycja ta nie może przekroczyć 200.000,00 złotych.

Pierwotny budżet projektu podano w ogłoszeniu w kwocie 4.396.374,00 zł brutto z adnotacją w SIWZ, że 85% tej kwoty dofinansowuje Unia Europejska - stanowi to kwotę 3.736.917,90 zł brutto dofinansowania.

W piśmie o zmianie SIWZ z dnia 2 grudnia 2013 roku Zamawiający podał, że udział procentowy dofinansowania unijnego zmienia się i wynosi 81,3%, przy czym sama kwota dofinansowania nie zmieniła się i nadal wynosiła 3.736.917,90 zł brutto.

W dniu 20 stycznia 2014 roku złożyło ofertę na kwotę 4.600.371,00 złotych brutto.

Zamawiający w dniu 30 stycznia 2014 roku zaprosił Konsorcjum na prezentację zaoferowanego oprogramowania na dzień 5 lutego 2014 roku, następnie datę prezentacji przesunięto na 7 lutego 2014 roku.

W dniu 3 lutego 2014 roku Zamawiający przesłał Odwołującemu „Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania”, w którym wskazano, że na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp postępowanie zostało unieważnione.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert podał, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 4.396.374,00 złotych brutto. Zamawiający wskazał, że różnica między kwotą zaoferowaną przez Konsorcjum a środkami, jakimi dysponuje Zamawiający wynosi 203.997,00 złotych.

W dniu 13 lutego 2014r. Odwołujący: konsorcjum firm: NET-O-LOGY Sp. z o.o. (Lider konsorcjum), ul. Graniczna 29, 40-017 Katowice oraz Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów nie zgadzając z powyższym rozstrzygnięciem wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na uznaniu, że przedmiotowe postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, pomimo że nie wystąpiły przesłanki określone w tym przepisie;

2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która jest ofertą najkorzystniejszą,

3. niezgodnego z prawem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wyboru oferty Konsorcjum

3. naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, poprzez uznanie, że cena oferty Konsorcjum przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a ponadto Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny oferty Konsorcjum.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
2. nakazanie Zamawiającemu prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
3. nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Konsorcjum, jako oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 Ustawy) Odwołujący zażądał od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie z wskazanymi powyżej żądaniem odwołania.

Zdaniem Odwołującego działania Zamawiającego spowodowały, że wartość całego projektu wzrosła o 200.000,00 zł brutto, tj. do wartości: 4.596.374,00 zł brutto.

Mając na uwadze okoliczność powyższych zmian Konsorcjum w dniu 20 stycznia 2014 roku złożyło ofertę na kwotę 4.600.371,00 złotych brutto.

W pierwszej kolejności wskazał, że unieważnienie postępowania stanowi wyjątek od zasady, a na gruncie ustawy Pzp obowiązuje zakaz wykładni rozszerzającej, a przesłanki do unieważnienia postępowania należy interpretować, jako wyjątek od zasady, w sposób ścisły i określony w dyspozycji art. 93 ust. 1 ustawy Pzp.

W szczególności – zdaniem Odwołującego - argumentem uzasadniającym unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp nie może być różnica między środkami, jakimi dysponuje Zamawiający, a kwotą zaoferowaną - a to ze względu na okoliczność, że taka przesłanka unieważnienia postępowania nie została przez ustawodawcę ukonstytuowana w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Odwołujący wskazał, iż nie ziszczyły się przesłanki unieważnienia postępowania określone w art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, bowiem nie wystarczy, aby ziszczała się jedna z przesłanek określonych w tym przepisie, aby Zamawiający był uprawniony do unieważnienia postępowania.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający takiego łącznego spełnienia się przesłanek nie wykazał.

Podniósł, że cena jego oferty nie jest wyższa niż kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zauważył, że Zamawiający zarówno w Zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, jak i bezpośrednio przed otwarciem ofert podał nieprawidłową kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, bowiem pierwotna szacunkowa wartość zamówienia wskazana w ogłoszeniu o wszczęciu postępowania została następnie przez Zamawiającego zwiększona w wyniku modyfikacji SIWZ w dniu 2 grudnia 2013 roku o kwotę 200.000 złotych.

Podkreślił, że bardzo istotne jest, że w przedmiotowym piśmie Zamawiający podał, że udział procentowy dofinansowania unijnego zmienia się i wynosi 81,3%, przy czym sama kwota dofinansowania nie zmieniła się i nadal wynosiła 3.736.917,90 zł brutto.

Według Odwołującego oznacza to, że wartość całego projektu wzrosła o 200.000 zł brutto, tj. do wartości: 4.596.374,00 zł brutto.

Zaznaczył, że Konsorcjum nie są znane przyczyny, dlaczego Zamawiający - po dokonaniu w/w zmian w dniu 2 grudnia 2013 roku - podał przed otwarciem ofert pierwotną kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co być może było efektem omyłki Zamawiającego, lecz nie zmienia to jednak faktu, że w dniu 2 grudnia 2013 roku Zamawiający kwotę tę zwiększył.

Stwierdził, że składając ofertę, działał w zaufaniu do tej czynności Zamawiającego, a szacunkowa wartość zamówienia, po dokonaniu zmian w dniu 2 grudnia 2013 roku, wynosiła 4.596.374,00 złotych.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający nie może wycofywać się następnie z dokonanych przez siebie zmian warunków zamówienia, w tym - ze zmian w zakresie szacunkowej wartości zamówienia, co stanowiłoby naruszenie zasad prowadzenia postępowania określonych w art. 7 ustawy Pzp.

Dodatkowo wskazał, że i sam Zamawiający nie miał po otwarciu ofert (a złożono tylko jedną ofertę) żadnych wątpliwości, że oferta Odwołującego powinna zostać oceniona, a samo postępowanie nie podlega unieważnieniu, bowiem 10 dni po złożeniu ofert, w dniu 30 stycznia 2014 roku, Zamawiający zaprosił go na prezentację oferowanego rozwiązania.

Z powyższego wynika – zdaniem Odwołującego, że Zamawiający nie miał bynajmniej

zamiaru unieważnić postępowania, ale podjął czynności oceny oferty.

Podniósł, że gdyby fakty wskazane w piśmie z dnia 3 lutego 2014 roku o unieważnieniu postępowania rzeczywiście zaistniały od samego początku, to Zamawiający powinien unieważnić postępowanie niezwłocznie, a nie po 2 tygodniach od dnia złożenia ofert.

Zarzucił Zamawiającemu nie wykazał, że nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania nie wykazał też, że nie może zwiększyć kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty Konsorcjum.

Wskazał przy tym, że różnica ta wynosi jedynie 3.297,00 (trzy tysiące dwieście dziewięćdziesiąt siedem) złotych, co stanowi zaledwie 0,07% wartości szacunkowej zamówienia.

Nie zgodził się sytuacją, że przy budżecie postępowania przekraczającym kwotę 4,5 miliona złotych Zamawiający nie jest w stanie zwiększyć tej kwoty zaledwie o 3.297,00 złotych.

Podniósł, że koszty przeprowadzenia nowego postępowania znacznie przewyższą po stronie Zamawiającego kwotę 3.297,00 złotych, a zatem unieważnienie z tej przyczyny stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2013r., poz. 885), zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz doboru optymalnych środków.

Zdaniem Odwołującego podane przez Zamawiającego przyczyny unieważnienia postępowania są przyczynami pozornymi, zaś rzeczywiste intencje Zamawiającego pozostają ukryte, zapewne Zamawiający z innych przyczyn, znanych tylko sobie samemu, chce unieważnić postępowanie.

Odwołujący podkreślił także, że Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu, że nie może zwiększyć budżetu postępowania do ceny oferty Konsorcjum i ograniczył się do stwierdzenia, że istnieje różnica między ceną oferty Konsorcjum a „środkami, jakimi

dysponuje Zamawiający”, co w żaden sposób nie realizuje przesłanki unieważnienia postępowania określonej w art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.

Poza tym Odwołujący wskazał, iż to Zamawiający zobowiązany jest wykazać łączne zaistnienie przesłanek skutkujących unieważnieniem postępowania - gdyż to na Zamawiającym, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 Kodeksu Cywilnego spoczywa obowiązek wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Odwołującego, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ustawy Pzp, art.91 ust.1 ustawy Pzp, art.93 ust.1 pkt.4 ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia czy Zamawiający miał podstawę prawną do unieważnienia przedmiotowego przetargu w warunkach, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba, że Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Izba ustaliła na podstawie protokołu z dnia 20.01.2014r., DZP – 51/2013, że w dniu otwarcia ofert Zamawiający podał wykonawcom kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia publicznego w wysokości 4 396 374,00 zł.

Poza tym Izba stwierdziła, że na podstawie uchwały nr 70/2013 Rady Społecznej Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 4 w Bytomiu z dnia 10 grudnia 2013r. organ ten pozytywnie zaopiniował plan inwestycyjny na rok 2014 w poz.1 planu z kwotą 4 410 374

zł, który został zatwierdzony przez Z-cę Dyrektora ds. ekonomicznych.

Jednocześnie Odwołujący na rozprawie wyjaśnił, że w/w kwota w wysokości 4 410 374 zł została pomniejszona o faktycznie poniesione wydatki z tytułu opracowania projektu i studium wykonalności o wartość 10 400 zł oraz z tytułu zadania nr 2 informacja i promocja o projekcie w zakresie wynikających z wytycznych IZRPO o kwotę 3600 zł brutto.

Powyższa ogłoszona i zaplanowana kwota 4 396 374,00 zł – zdaniem Izby – świadczy o zamiarze Zamawiającego przeznaczenia na sfinansowanie zamówienia kwoty na poziomie niższym od wartości kwoty 4 600 371,00 zł zaoferowanej przez Odwołującego.

W ocenie Izby, zebrany w sprawie materiał dowodowy świadczy o tym, że Zamawiający nie złożył oświadczenia o możliwości zwiększenia tej niższej kwoty w celu sfinansowania zamówienia do wartości oferty Odwołującego.

Izba stoi na stanowisku, że przepis art.93 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp ma zastosowanie w okolicznościach, gdy Zamawiający oświadczył, że kwota przeznaczona na realizację zamówienia jest niewystarczająca na pokrycie zobowiązania, w warunkach, gdy nie może on zwiększyć puli środków finansowych niezbędnych na wykonanie zamówienia.

Konstrukcja i treść powyższego przepisu – według zapatrywania Izby - nie nakłada na Zamawiającego bezwzględnego obowiązku zwiększenia brakującej kwoty dofinansowania, lecz daje Zamawiającemu uprawnienie do poszukiwania w budżecie dodatkowych środków finansowych.

Z pisma z dnia 21.01.2014r. wynika, że Przewodniczący Komisji Przetargowej Zamawiającego podjął takie działania zmierzające do zwiększenia brakującej kwoty, które jednak nie zyskały potwierdzenia Kierownika Zamawiającego, co oznacza – w ocenie Izby – brak przyzwolenia na zwiększenie budżetu na przedmiotowe zamówienie.

Powyższe stanowisko Zamawiającego znajduje odzwierciedlenie w treści pisma z dnia 17 lutego 2014r., gdzie stwierdzono, że podana w planie wcześniej kwota na wydatki na usługi nadzoru autorskiego i serwisu oprogramowania części medycznej i administracyjnej w wysokości 461 000 zł nie uwzględnia pokrycia kosztów nadzoru autorskiego i opieki serwisowej w wysokości 200 000 zł wynikających z przedmiotowego zamówienia.

Należy wskazać, że w rozpoznawanej sprawie nie mamy do czynienia z nieprzewidzianym dla wykonawców zmniejszeniem przez Zamawiającego kwoty

przeznaczonej na realizację zamówienia, lecz z sytuacją wynikającą z planowanych działań Zamawiającego mających na celu zabezpieczenie dysponowanych przez niego środków finansowych i ich racjonalne wydatkowanie.

Wymaga również zauważenia, że kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na omawiane zamówienie była wartością zakomunikowaną uczestnikom przetargu na otwarciu ofert.

Według zapatrywania Izby wykazany przez Zamawiającego brak możliwości sfinansowania przedmiotowego zamówienia uzasadniał jego czynność unieważnienia przetargu, a w konsekwencji potwierdził słuszność powyższego stanowiska Zamawiającego, a wobec tego Izba nie mogła stwierdzić naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 94 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Poza tym Izba doszła do przekonania, że teza wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 24 kwietnia 2008 r., w sprawie o sygn. akt XIX Ga 131/08 stwierdzająca, że to Zamawiający dokonuje oceny, jaką kwotę może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a kontrola gospodarowania środkami finansowymi przez zamawiającego nie należy do kompetencji uczestników postępowania, jest nadal aktualna, pomimo częściowej zmiany brzmienia przepisu art.93 ust.1 pkt.4 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....