

Sygn. akt: KIO 1693/11

**WYROK**  
**z dnia 22 sierpnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2011 r. przez **Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne – Łódź sp. z o.o. w Łodzi**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne – Łódź sp. z o.o. w Łodzi** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od **Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego – Łódź sp. z o.o. w Łodzi** na rzecz **Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Łodzi**.

**Przewodniczący:**

.....

**Sygn. akt: KIO 1693/11**

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

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne – Łódź sp. z o.o. w Łodzi zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na wykonywanie usług czystościowo - porządkowych w obiektach, na terenach do nich przyległych oraz w taborze MPK - Łódź spółka z o.o.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 marca 2011 r. pod numerem 2011/S 54 – 088879.

W dniu 29 lipca 2011 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu (dalej „odwołujący”) o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Dnia 8 sierpnia 2011 r. odwołujący wniósł odwołanie w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, kopię odwołania przekazując w tym samym dniu za pośrednictwem faksu zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji,
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 86 ust. 3 ustawy prawo oraz art. 2 pkt 1 ustawy i art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, ze. zm.) poprzez wadliwe unieważnienie postępowania.

Uwzględnwszy powyższe odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu uchylenia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów odwołujący wskazał, iż nie może się zgodzić z unieważnieniem przez zamawiającego postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Stwierdził, że czynność unieważnienia przez zamawiającego postępowania została dokonana z rażącym naruszeniem przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, gdyż zamawiający w trybie przepisu art. 86 ust. 3 ustawy przed otwarciem ofert podał kwotę 5 658 000 zł jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia publicznego. Odwołujący podkreślił, iż cena zaproponowana w ofercie odwołującego mieści się w tej wartości. Nie ma zatem jakichkolwiek podstaw prawnych do unieważnienia postępowania. Powołując się na komentarz do art. 93 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.) odwołujący wskazał, że „kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to ta sama kwota, która jest podawana bezpośrednio przed otwarciem ofert (art. 86 ust. 3). Podana podczas otwarcia ofert kwota wiąże zamawiającego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jej nie przekracza. Wówczas unieważnienie postępowania na podstawie przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 jest niemożliwe”. Odwołujący argumentował, że wszelkie zastrzeżenia zamawiającego, że kwota, która została odczytana przed otwarciem ofert, została ustalona przez zamawiającego z założeniem 23% stawki podatku VAT na całość przedmiotu zamówienia, nie mogą stanowić prawidłowej przesłanki do unieważnienia postępowania. Nie ulega bowiem zdaniem odwołującego wątpliwości, że zamawiający w postępowaniu przetargowym dokonuje porównania i oceny złożonych ofert wyłącznie w

zakresie cen brutto zgodnie z definicją ceny zawartą w art. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, ze zm.). Za niedopuszczalne na gruncie przepisu art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy należy w opinii odwołującego uznać porównanie ofert w zakresie cen netto z wartością netto zamówienia publicznego.

Uwzględnwszy powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający zawiadomił w dniu 9 sierpnia 2011 r. za pośrednictwem faksu Karor – Bis sp. z o.o. w Solcu Kujawskim o odwołaniu wzywając do przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz przesyłając kopię odwołania.

Na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2011 r. strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Oferty w postępowaniu złożyło dwóch wykonawców. Bezsporne jest, iż odwołujący zaoferował realizację zamówienia za cenę oferty 5 653 800 zł (brutto), netto – 4 833 000 zł (formularz ofertowy, k. 3 oferty). W formularzu cenowym odwołujący wskazał – w zależności od rodzaju usługi - stawkę VAT 23% bądź 8% (k. 5-6 oferty). Wynagrodzenie netto za miesiąc świadczenia usług ustalono na 209 400 zł (k. 3 oferty). Powołane formularze wypełnił zgodnie ze wzorami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”). Drugi z wykonawców zaoferował realizację zamówienia za cenę wyższą niż odwołujący (pkt 12 protokołu postępowania: druk ZP – PO)

Nie jest sporne między stronami, iż bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia „w wysokości 5 658 000 zł brutto (z założeniem 23% stawki VAT na całość przedmiotu zamówienia)” (pkt 11 protokołu postępowania - druk ZP – PO).

Pismem z dnia 29 lipca 2011 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp wskazując, iż „cena najkorzystniejszej oferty, obliczona zgodnie z opisem wskazanym w treści SIWZ, przewyższa kwotę łącznego wynagrodzenia brutto za okres realizacji umowy, którą Zamawiający zamierza i może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”.

W odpowiedzi pismem datowanym na dzień 3 sierpnia 2011 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o „uchylenie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu”, argumentując, że cena przez niego zaoferowana nie przekracza kwoty podanej przez zamawiającego przed otwarciem ofert.

Zamawiający pismem z dnia 4 sierpnia 2011 r. podtrzymał swoją decyzję o unieważnieniu postępowania wskazując, iż podana przez niego bezpośrednio przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, uwzględniała 23% stawkę podatku VAT na całość przedmiotu zamówienia. Jednak przedmiot zamówienia nie jest jednolicie opodatkowany podatkiem VAT – na część zadań stawka VAT wynosi 8%, co w praktyce oznacza, iż kwota netto jaką zamawiający może przeznaczyć na wykonanie zamówienia wynosi 4 600 000 zł, a kwota zaoferowana przez odwołującego jest wyższa o 233 000 zł od tej kwoty. Dodał zamawiający, iż jego gospodarka finansowa „prowadzona jest w kwotach netto i takie kwoty ujmowane są w planie finansowym Spółki. Na realizację zadań objętych zamówieniem Spółka może posiadać kwotę 4 600 000,00 złotych netto – Spółka nie posiada na realizację zadań będących przedmiotem zamówienia kwoty 4 833 000,00 złotych netto i w związku z tym oraz zastrzeżeniem dotyczącym stawek VAT, o których mowa powyżej, spełnione zostały przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p.”

Stanowiska zamawiającego nie podzielił odwołujący wnosząc rozpoznawane przez Izbę odwołanie.

#### **Uwzględnivszy tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Karor – Bis sp. z o.o. w Solcu Kujawskim nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Osią sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującym jest odmienna ocena, czy w realiach rozpoznawanej sprawy zamawiający był uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdza, że zamawiający unieważnił postępowanie z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, co przesądziło o konieczności uwzględnienia odwołania.

Z art. 93 ustawy wynika, iż zamawiający jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregośkolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w powołanym przepisie ustawy. Oznacza to, że działanie zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej i celowościowej, a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na zamawiającym.

Zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Natomiast według art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający unieważnia 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.

W odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp ustawodawca zagwarantował mechanizm uniemożliwiający jej nadużywanie zobowiązując zamawiającego na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy do podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Izba wyraża pogląd, iż podanie do publicznej wiadomości i ujawnienie kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, ma charakter gwarancyjny - chronić ma wykonawców przed arbitralnym i nieuzasadnionym unieważnieniem przez zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Należy przyjąć, iż kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jest kwotą minimalną, gwarantującą przejrzystość i jawność postępowania oraz służącą realizacji zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp). Niewątpliwie, jeśli cena oferty (brutto) przewyższa kwotę podaną przez zamawiającego w trybie art. 86 ust. 3 Pzp, przesłanka unieważnienia postępowania jest spełniona.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy trzeba podkreślić, iż cena oferty

odwołującego (5 653 800 zł brutto) nie przekracza kwoty podanej przez zamawiającego przed otwarciem ofert (5 658 000 zł). Rację ma odwołujący, iż bez znaczenia jest przy tym sposób, w który zamawiający obliczył kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest na podstawie art. 86 ust. 3 Pzp podać konkretną wartość tj. kwotę pieniędzy, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (cena może być netto lub brutto, natomiast kwota pieniędzy jest wielkością wyrażoną liczbowo w tym przypadku w złotych). Jednocześnie słusznie podnosił odwołujący, iż zamawiający nie był uprawniony, w celu zweryfikowania, czy w okolicznościach sprawy zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania opisana w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, do porównywania ceny netto oferty odwołującego (4 833 000 zł) do wartości szacunkowej zamówienia tj. całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalonego przez zamawiającego z należytą starannością (art. 32 ust. 1 Pzp) tj. w niniejszej sprawie 4 600 000 zł. Brzmienie komentowanego przepisu nie pozostawia wątpliwości, iż cenę oferty (zgodnie z ustawą z art. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, Dz. U. Nr 97, poz. 1050, ze zm. cenę uwzględniającą m.in. podatek od towarów i usług, zatem cenę brutto) należy odnieść do kwoty podanej bezpośrednio przed otwarciem ofert. Czynność ustalania szacunkowej wartości zamówienia jest irrelevantna w odniesieniu do uregulowanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy przesłanki unieważnienia postępowania. Jedynie kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy, stanowi punkt odniesienia dla oceny, czy w danym stanie faktycznym zaktualizowała się przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Uwzględnivszy przedstawiona przez Izbę wykładnie powołanego przepisu stwierdzić trzeba, iż zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego wyrażonego na rozprawie oraz w piśmie z dnia 4 sierpnia 2011 r., zgodnie z którym zamawiający jest uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, jeśli po otwarciu ofert zmniejszyły się jego możliwości sfinansowania zamówienia, Izba wyraża pogląd, iż na gruncie aktualnego brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, powołana interpretacja komentowanego przepisu nie znajduje uzasadnienia. Obowiązująca na gruncie ustawy zasada numerus clausus przesłanek unieważnienia postępowania nie pozwala na ich wykładnię rozszerzającą.

Nawet jednak, gdyby przyjąć, iż aktualne pozostają poglądy ukształtowane na gruncie brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 3 Pzp sprzed nowelizacji ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o

zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), wywodzące z użycia przez ustawodawcę odmiennych sformułowań w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy „zamawiający może przeznaczyć” i w art. 86 ust. 3 ustawy „zamawiający zamierza przeznaczyć” dopuszczalność zmniejszenia przez zamawiającego przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia kwoty w okresie między datą otwarcia ofert, a datą unieważnienia postępowania, trzeba podkreślić, iż w stanie faktycznym sprawy zamawiający nie udowodnił, że nie dysonuje kwotą niezbędną do sfinansowania niniejszego zamówienia.

Jako gołosłowne należy ocenić przedłożone na rozprawie oświadczenie zamawiającego („opinia” dotycząca przedmiotowego przetargu), mające dowodzić braku niezbędnych środków, w którym zostało stwierdzone, iż „wyniki pierwszych miesięcy bieżącego roku wykazały ponadplanowe wzrosty kosztów w zakresie w zakresie kosztów zużycia paliwa. Przyczyną były notowane na rynku sukcesywne wzrosty cen paliw. Jednocześnie Zarząd Spółki znalazł się pod presją żądań wzrostu płac formułowanych przez organizacje związkowe funkcjonujące na terenie przedsiębiorstwa. W takiej sytuacji Zarząd podjął decyzje o korekcie Planu Rzeczowo – finansowego na 2011 rok (...). Ograniczeniom podlegały między innymi koszty w pozycji czystość pomieszczeń, taboru i budynków. Konstruując Plan Rzeczowo – finansowy w pozycji tej zarezerwowano, dla wielkości rocznych 2 800 tys. złotych co pozwalało na zawarcie umowy na sprzątnięcie. Zmuszona do oszczędności Spółka ograniczyła kwotę roczną do 2 305 tys. co skutkowało brakiem dostatecznej kwoty środków na sfinansowanie umowy w zaproponowanej przez Wykonawcę wartości”.

Przytoczone pismo (nie zawierające daty jego sporządzenia) w sposób lakoniczny i ogólnikowy powołuje okoliczności mające uzasadniać konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający nie przedstawił żadnych konkretnych wyliczeń, potwierdzających, o jakie kwoty zmuszony był zmniejszyć środki przeznaczone na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia i na jakie cele zostały one przesunięte. Nie zaprezentował także żadnych dokumentów na poparcie swoich twierdzeń. Zamawiający nie odniósł także w żaden sposób wskazanych w piśmie kwot (pierwotnie zarezerwowanej na roczne utrzymanie czystości kwoty 2 800 000 zł zmniejszonej na 2 305 000 zł) do realiów przedmiotowego postępowania. Z powoływanego przez zamawiającego pisma nie wynika nawet, ile środków pozostało do dyspozycji zamawiającego na sfinansowanie zamówienia w okresie do grudnia 2011 r.

Zatem, nawet przyjąwszy, iż pogorszenie sytuacji finansowej zamawiającego, a w konsekwencji zmniejszenie środków, które zamierza przeznaczyć na sfinansowanie



zamówienia w stosunku do kwoty podanej przed otwarciem ofert, uzasadniałoby unieważnienie postępowania, uwzględnwszy fakt, iż postępowanie dowodowe nie doprowadziło do potwierdzenia wskazywanej przez zamawiającego okoliczności braku środków na realizację przedmiotowego zamówienia, należy stwierdzić, iż zarzut uchybienia przez zamawiającego przepisowi art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 86 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp znalazł potwierdzenie.

Konkludując w realiach niniejszej sprawy zamawiający wadliwie dokonał czynności unieważnienia postępowania. Podkreślenia wymaga, iż nieuprawnione unieważnienie postępowania przez zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy, bowiem celem postępowania jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a unieważnić postępowanie zamawiający jest zobligowany tylko w sytuacjach enumeratywnie wskazanych w przepisie art. 93 ust. 1 Pzp.

Izba nie dopatrzyła się natomiast naruszenia przez zamawiającego art. 2 pkt 1 Pzp i art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, ze zm.). Powołane przepisy odnoszą się do ceny jako wartości wyrażonej w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest zobowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Zatem z powyższego wynika tylko tyle, że cena, a więc świadczenie, które kupujący (zamawiający) zobowiązany jest zapłacić sprzedawcy (wykonawcy), obejmuje podatek VAT. Wskazane przepisy w ogóle nie odnoszą się do kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, lecz definiują pojęcie ceny.

W tym stanie rzeczy, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....