

Sygn. akt KIO/UZP 366/09

WYROK
z dnia 3 kwietnia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Renata Tubisz
Barbara Bettman

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 kwietnia 2009r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum: ARLEN S.A., PPH KAMA Krzysztof Miękina, Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów, Zakłady Przemysłu Odzieżowego NOWA RUDA Sp. z o. o., KONFEKCJONER Sp. z o. o., ul. Sapieżyńska 10, 00 – 215 Warszawa od rozstrzygnięcia przez zamawiającego P.P.U.P. Poczta Polska, ul. Rakowiecka 26, 00 - 940 Warszawa protestu z dnia 6.03.2009 roku.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

2. kosztami postępowania obciąża **P.P.U.P. Poczta Polska, ul. Rakowiecka 26, 00 - 940 Warszawa**

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 uiszczzonego przez **Konsorcjum: ARLEN S.A., PPH KAMA Krzysztof Miękina, Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów, Zakłady Przemysłu Odzieżowego NOWA RUDA Sp. z o. o., KONFEKCJONER Sp. z o. o., ul. Sapieżyńska 10, 00 – 215 Warszawa**
- 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, ul. Rakowiecka 26, 00 - 940 Warszawa** na rzecz **Konsorcjum: ARLEN S.A., PPH KAMA Krzysztof Miękina, Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów, Zakłady Przemysłu Odzieżowego NOWA RUDA Sp. z o. o., KONFEKCJONER Sp. z o. o., ul. Sapieżyńska 10, 00 – 215 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **xxx zł xxx gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) 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 **Konsorcjum: ARLEN S.A., PPH KAMA Krzysztof Miękina, Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów, Zakłady Przemysłu Odzieżowego NOWA RUDA Sp. z o. o., KONFEKCJONER Sp. z o. o., ul. Sapieżyńska 10, 00 – 215 Warszawa**

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowe Przedsiębiorstwo Użyteczności Publicznej prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego na „dostawę czapek, kurtek, rękawiczek, spodni dla pracowników Poczty Polskiej”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w dniu 19.02.2008r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2008/S 34-047460.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp. Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 29.982.216,30 zł, tj. 7.733.155,27 euro.

Odwołujący Konsorcjum: Arlen S.A. (Lider Konsorcjum), PPH Krzysztof Miękina, Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów, Zakłady Przemysłu Odzieżowego NOWA RUDA Sp. z o.o., KONFEKCJONER Sp. z o.o. wniósł w dniu 6.03.2009 roku protest na czynność Zamawiającego z dnia 25.02.2009, polegającą na unieważnieniu postępowania w oparciu o przesłankę art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4, art. 93 ust. 3 pkt 2, art. 86 ust. 3 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 1025 § 1 kpc w zw. z art. 184 ust. 6 i art. 194 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w dniu 18 kwietnia 2008 roku, podał, że zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia kwotę 36 532 038,68 zł, podczas gdy cena oferty Odwołującego wyniosła 36 524 862,03 zł, a więc mieściła się w kwocie podanej przez Zamawiającego.

Powołując się na dotychczasowe orzecznictwo wskazał, że kwota jaką Zamawiający podaje na otwarciu ofert jest kwotą minimalną i kwotę tę można zwiększyć ale nie można jej zmniejszyć. Art. 86 ust. 3 ustawy Pzp ma, w ocenie Odwołującego, charakter gwarancyjny, zabezpieczający wykonawców przed bezzasadnym unieważnieniem postępowania. Na poparcie przywołał orzeczenia KIO UZP/602/08 oraz UZP/ ZO/0-109/07 a także wyrok Sądu Ponadto podniósł, że wyrokiem z dnia 12 czerwca 2008 roku KIO/UZP528/08 Izba uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. Wówczas Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, ale faktyczną podstawą uzasadnienia był brak możliwości finansowych zamawiającego, co zostało ocenione przez Izbę. Zdaniem Odwołującego oznacza to, że w sprawie unieważnienia z powodu braku środków nastąpiła powaga rzeczy osądzonej. Wyrok ten nie

został uchylony przez sąd, a zatem Zamawiający nie ma prawa powtórnie dokonywać czynności, co do której nastąpiła powaga rzeczy osądzonej.

Dodatkowo, Odwołujący podniósł, że w dniu 16 grudnia 2008 roku wniósł do Sądu Okręgowego w Warszawie, Wydział XVI Gospodarczy pozew o zobowiązanie Zamawiającego na podstawie art. 64 kc, do złożenia oświadczenia woli, zastępującego umowę w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego od dnia doręczenia pozwu tj. od dnia 17 lutego 2009 roku, nastąpiła zawisłość sprawy powodująca zakaz wszczynania pomiędzy tymi samymi stronami nowego postępowania o to samo roszczenie (art. 192 pkt 1 kpc) oraz nastąpił skutek materialnoprocesowy wyrażony w art. 192 pkt 3 kpc. Zamawiający unieważniając postępowanie po dniu doręczenia pozwu, stara się uniemożliwić realizację roszczenia cywilnego o zawarcie umowy, zgłoszonego przez Odwołującego.

Zamawiający w dniu 13 marca 2009 roku protest oddalił, wskazując na istotną różnicę sformułowań określonych w przepisach art. 86 ust. 3 i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, która stwarza możliwość dokonania zmian finansowych w okresie pomiędzy datą otwarcia ofert a datą rozstrzygnięcia postępowania. W ocenie Zamawiającego z porównania wskazanych przepisów wynika, że kwota ogłoszona bezpośrednio przed otwarciem ofert może być inna, niż kwota jaką Zamawiający może przeznaczyć na finansowanie zamówienia. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 chroni autonomię Zamawiającego w przypadku konieczności reagowania na niekorzystne zmiany w zakresie bieżących wydatków i wpływów. Chroni także interesy ubiegających się o zamówienie przed zawarciem umowy bez pokrycia finansowego. Zamawiający podkreślił, że od chwili ogłoszenia przetargu do 25.02.2009 minęło 12 miesięcy w trakcie, których zdecydowanie pogorszyła się sytuacja finansowa Zamawiającego, w wyniku czego dokonano korekt planów przeznaczonych na zakup mi. n. asortymentu objętego przetargiem do kwoty.

Zamawiający powołał wyrok KIO UZP/ 107/08 z dnia 25 lutego 2008 roku oraz wyrok ZA UZP/ ZO/ 0-111/05.

Przytoczony przez Odwołującego wyrok z dnia 12 czerwca 2008 roku KIO/UZP 528/08, dotyczył czynności unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a nie na podstawie 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Skoro przesłanki unieważnienia należy interpretować ściśle to nieuprawniona jest rozszerzająca interpretacja wyroku KIO dokonana przez Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu określonego w pkt III Zamawiający stwierdził, że Odwołujący korzystając ze środków ochrony prawnej uznał, że wniesienie pozwu do sądu nie wstrzymuje, a wręcz obliguje Odwołującego do złożenia protestu, co też Odwołujący uczynił. Zamawiający nie widzi sprzeczności działań Odwołującego, który dąży do wyczerpania drogi protestacyjno- odwoławczej z treścią art. 192 kpc.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący w dniu 23.03.2009 roku złożył odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty zgłoszone w proteście i wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania. Dodatkowo wskazał w odwołaniu na następujące dokumenty:

1. wniosek o wszczęcie procedury z dnia 24.01.2008, w którym zabezpieczono środki finansowe na realizację zamówienia w kwocie 36 578 303,89 zł
2. pismo z dnia 17.09.2008 roku p.o. Dyrektora Centrum Infrastruktury do Z-ców Dyrektora Generalnego Poczty Polskiej, z którego wynika, że postępowanie „zostało ujęte w roku 2009 w planie rzeczowo- finansowym Poczty Polskiej na lata 2009-2011, a wartość przewidywanych kosztów zakupu ubiorów służbowych dla pracowników poczty w roku 2009 wyniesie łącznie 58 622 700 zł”.
3. protokół z prac komisji z dnia 19.11.2008 roku, w którym wskazano „Z uwagi na fakt, iż nie ma jeszcze zatwierdzonego planu rzeczowo-finansowego na 2009 rok, a kwota w wysokości 58.622.700,00 została zaplanowana i w oparciu o nią są wszczynane nowe postępowania, a kwota jaka została po wyliczeniach dokonanych przez przedstawicieli merytorycznych będących w składzie komisji -pokrywa koszty realizacji przedmiotowego postępowania, Komisja nie ma podstaw do unieważnienia postępowania (zgodnie z notatką z posiedzenia Kierownictwa Poczty Polskiej)”.
4. pismo z dnia 10.12.2008 roku Kierownika Wydziału Zaopatrzenia do Kierownika Działu Rachunkowości, z którego wynika, że Poczta Polska nie dokonała w rzeczywistości „ponownego oszacowania środków finansowych, jakie może przeznaczyć na realizację m.in. zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa czapek, kurtek, rękawiczek, spodni dla pracowników Poczty Polskiej” (jak napisano w decyzji o unieważnieniu postępowania), lecz ponownego ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, co jest w świetle Prawa zamówień publicznych niedopuszczalne.
5. pismo z dnia 8.01.2009 roku , w którym Dyrektor Centrum Infrastruktury zwrócił się do Z-ców Dyrektora Generalnego Poczty Polskiej o potwierdzenie zarezerwowania w planie rzeczowo – finansowym na rok 2009 kwoty 20 121 944,50 zł.
6. pismo z dnia 27.01.2009 roku, w którym Z-ca Dyrektora Generalnego Poczty Polskiej wyraził zgodę na uruchomienie postępowania na dostawę ubiorów służbowych dla pracowników poczty do kwoty 20 121 944,50 zł.
7. protokół z prac komisji z dnia 5.02.2009 roku, z którego wynika, że 4 z 3 członków komisji głosowało za unieważnieniem postępowania, opierając swoją decyzję na ustaleniach z dnia 2 grudnia 2008 roku, podczas którego postanowiono o zmniejszeniu kwoty przeznaczonej na realizację do 20 121 944,50 zł.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania w szczególności: treści siwz, ogłoszenia o zamówieniu, oferty Odwołującego oraz protokołu postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Wyrokiem z dnia 12 czerwca 2008 roku, Sygn. KIO/UZP/ 528/08, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, skutkiem czego pozostał w mocy pierwotny wybór oferty Odwołującego z dnia 23 kwietnia 2008 roku. Odwołujący w dniu 16 września 2008 roku, złożył protest a następnie odwołanie na zaniechanie wezwania Odwołującego do zawarcia umowy. Protest ten został oddalony, a Odwołujący wniósł on w dniu 16 grudnia 2008 roku pozew o zobowiązanie Zamawiającego na podstawie art. 64 kc do złożenia oświadczenia woli, zastępującego umowę w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego.

W dniu 25 lutego 2009 roku, Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania o zamówienie publiczne, powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba dopuściła także dowody z akt zgromadzonych w postępowaniach odwoławczych KIO/UZP1106/09, KIO/UZP417/08, oraz KIO/UZP528/08 oraz dowody z dokumentów wskazanych przez strony w postaci:

1. wniosku o wszczęcie procedury z dnia 24.01.2008,
2. pisma z dnia 17.09.2008 roku p.o. Dyrektora Centrum Infrastruktury do z - ców Dyrektora Generalnego Poczty Polskiej (znak: CI/ZL/LZ-Du/1247/2008)
3. protokołu z prac komisji z dnia 19.11.2008 roku.
4. pisma z dnia 10.12.2008 roku Kierownika Wydziału Zaopatrzenia do Kierownika Działu Rachunkowości (znak CI/LZ-DU/1667/2008).
5. pisma z dnia 8.01.2009 roku Dyrektora Centrum Infrastruktury (znak: CI/ZL/LZ-DU/28/2009)
6. pisma z dnia 27.01.2009 roku Z-cy Dyrektora Generalnego Poczty Polskiej do Dyrektora Centrum Infrastruktury (znak: ZDG/MW/35/BRZ/146/2009).
7. protokołu z prac komisji z dnia 5.02.2009 roku.
8. pisma z dnia 11.07.2008 roku (znak: ZDG/MW/243/BRZ/995/2008).
9. pisma z dnia 2.03. 2009 roku (znak: DGPP/190/2009).

Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba, uznała, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania określone w art. 187 ust. 4 ustawy a Odwołujący posiada interes prawny, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wniesienia odwołania. Uwzględnienie zarzutów Odwołującego skutkowałoby bowiem unieważnieniem czynności unieważnienia postępowania, co stwarza możliwość uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia.

Izba uznała, że w sprawie nie zachodzi podnoszona przez Odwołującego res iudicata, bowiem przedmiotem rozpoznania przez Izbę wyrokiem z dnia 12 czerwca 2008 roku była okoliczność unieważnienia postępowania w oparciu o przesłankę określoną w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, czyli z uwagi na istotną zmianę okoliczności, powodującą że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, a okoliczności tej nie można było przewidzieć. Natomiast przedmiotem rozpoznania niniejszego odwołania jest przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, która obliguje Zamawiającego do unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy oferta najkorzystniejsza przekracza kwotę jaką Zamawiający może przeznaczyć na finansowanie zamówienia. Pomimo, iż dokonując czynności unieważnienia postępowania w dniu 14 maja 2008 roku, Zamawiający odwołał się w uzasadnieniu faktycznym do „zmiany sytuacji finansowej przedsiębiorstwa w stosunku do momentu sporządzenia projektu Planu rzeczowo - finansowego oraz konieczności dostosowania planu do wyniku negocjacji płacowych”, to jednak przedmiotem rozpoznania Izby w wyroku z dnia 12 czerwca 2008 roku była okoliczność zgodności powołanej podstawy prawnej z faktycznymi podstawami unieważnienia postępowania.

Odnosząc się do podniesionej przez Odwołującego stanu zawisłości sprawy (lis pendens) przed Sądem Okręgowym w Warszawie (sygn. akt XVI GC 682/08), powodującej niemożność wszczęcia pomiędzy tymi samymi stronami nowego postępowania o to samo roszczenie, Izba wskazuje, że przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego jest ocena zgodności z przepisami prawa zamówień publicznych nowej czynności Zamawiającego dokonanej dnia 25 lutego 2009 roku, polegającej na unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Istotnym jest, że przepis art. 192 ust.1 kpc, przywołany przez Odwołującego ma zastosowanie do postępowań procesowych przed sądem powszechnym i nie znajduje zastosowania do postępowań odwoławczych rozpoznawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Postępowanie odwoławcze nie jest postępowaniem procesowym i znajduje ono swoje uregulowanie zasadniczo w przepisach prawa zamówień publicznych oraz w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r., nr 171, poz. 1058). Ustawodawca dopuszcza zastosowanie przepisów kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym wyłącznie w sytuacji, gdy ustawa Pzp nie stanowi inaczej (art. 184 ust. 6 ustawy Pzp) ale nie dopuszcza stosowania nawet odpowiedniego przepisów kpc w zakresie postępowania procesowego.

Odnosząc się do merytorycznej przesłanki unieważnienia postępowania, powołanej przez Zamawiającego Izba zważyła, że:

Bezspornym między stronami jest, iż bezpośrednio przed otwarciem ofert w dniu 18 kwietnia 2008 roku, Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia w wysokości 36 532 038,68 zł. Potwierdzeniem tej okoliczności jest dodatkowo treść protokołu ZP-1. Oferta Odwołującego opiewa na kwotę 36 524 862,03 zł, a zatem mieści się w środkach określonych przez Zamawiającego w dniu otwarcia ofert.

Odmienne brzmienie sformułowań użytych przez ustawodawcę w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp „zamawiający może przeznaczyć” i w art. 86 ust. 3 ustawy Pzp „zamawiający zamierza przeznaczyć” istotnie stwarza możliwość dokonywania zmian finansowych w okresie między datą otwarcia ofert a datą rozstrzygnięcia postępowania o zamówienie publiczne. Zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie przyjmuje się, że kwota ogłoszona bezpośrednio przed otwarciem ofert, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy Pzp może być wartością inną niż kwota, jaką Zamawiający może przeznaczyć na finansowanie zamówienia, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, podanie do publicznej wiadomości i ujawnienie kwoty przeznaczonej na finansowanie zamówienia ma na celu zapobieżenie bezzasadnemu unieważnianiu postępowań o udzielenie zamówień. Nałożenie na Zamawiającego obowiązku podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia rodzi istotne skutki prawne. Zamawiający składając oświadczenie w sprawie kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia zobowiązuje się przyjąć ofertę najkorzystniejszą pod warunkiem, że zaoferowana cena oferty nie przekroczy podanej przez niego wysokości środków.

Celem przepisu art. 86 ust. 3 ustawy Pzp jest zapewnienie jawności i przejrzystości postępowania oraz uniemożliwienie podejmowania przez Zamawiających arbitralnych decyzji o unieważnieniu postępowania z powołaniem się na przesłankę art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający, rozpoczynając procedurę o zamówienie publiczne ma obowiązek zagwarantować w preliminarzu wydatków kwotę, którą podał bezpośrednio przed otwarciem ofert. Należy zgodzić się z twierdzeniem, że sytuacja finansowa Zamawiającego może ulec zmianie w okresie od otwarcia ofert do dnia podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, tym bardziej, że w rozpatrywanym stanie faktycznym okres ten wynosi niemal 12 miesięcy. Okoliczność braku środków finansowych na realizację zamówienia wynikła na skutek pogorszenia się ogólnej sytuacji finansowej Zamawiającego, musi być traktowana jako wyjątkowa i wymaga rzetelnego uzasadnienia ze strony Zamawiającego, podejmującego decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby Zamawiający w trakcie przeprowadzonego postępowania dowodowego nie wykazał skutecznie, że przywołane przez niego ogólne pogorszenie sytuacji finansowej, spowodowało utratę bądź przesunięcie na inne cele środków finansowych pierwotnie przeznaczonych na realizację przedmiotowego zamówienia publicznego. W szczególności Zamawiający nie przedstawił żadnego dokumentu, który potwierdzałby powyższą okoliczność. Pismo z dnia 11.07.2008 roku, przedłożone przez Zamawiającego jako dowód w trakcie rozprawy, świadczy jedynie o pogorszeniu się sytuacji finansowej Poczty Polskiej oraz wskazuje ogólnie na korekty planów finansowych na rok 2008 w zakresie ograniczenia przedsięwzięć inwestycyjnych, w tym również ubiorów służbowych dla pracowników Poczty Polskiej. Nie odnosi się ono w swej treści do konkretnych kwot o jakie koszty te uległy zmniejszeniu. Podobnie pismo dnia 2.03.2009 roku wskazuje jedynie na ogólnie złą kondycję finansową Poczty Polskiej i konieczność dokonania niezbędnych korekt i zmniejszenia kosztów działalności.

Przedłożone przez Zamawiającego jako dowód pisma, które były podstawą podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania również nie potwierdzają, w ocenie Izby, okoliczności braku środków na realizację przedmiotowego zamówienia.

Z pisma z dnia 10.12.2008 roku Kierownika Wydziału Zaopatrzenia do Kierownika Działu Rachunkowości wynika, że dokonano korekty cen jednostkowych asortymentów w postępowaniu na dostawę odzieży służbowej dla pracowników Poczty Polskiej i w związku z tym „pierwotnie zgłoszona do planu rzeczowo - finansowego na rok 2009 kwota 36 532 038,68 zł brutto uległa zmniejszeniu o 16 410 094,18 zł brutto, do kwoty 20 121 944,50 zł brutto”. Wobec tego Wydział Zaopatrzenia zwrócił się z wnioskiem o

potwierdzenie zarezerwowania w planie rzeczowo - finansowym na rok 2009 środków finansowych na kontach w wysokości łącznej 20 121 944,50 zł brutto. Podobnej treści pismo z dnia 8.01.2009 roku o potwierdzenie zarezerwowania w planie rzeczowo – finansowym na rok 2009 kwoty 20 121 944,50 zł. zostało skierowane do Zastępców Dyrektora Generalnego Poczty Polskiej przez Dyrektora Centrum Infrastruktury.

W odpowiedzi na wskazane pismo Z-ca Dyrektora Generalnego Poczty Polskiej w piśmie z dnia 27.01.2009 roku, wyraził „zgodę na uruchomienie postępowania przetargowego na dostawę ubiorów służbowych dla służb doręczalni i pozostałych pracowników do kwoty 20 121,9 tys”.

Oceniając treść wskazanej wyżej korespondencji, należy podkreślić, że Zamawiający nie może w trakcie trwania procedury o zamówienie publiczne dokonywać zmiany wartości szacunkowej zamówienia, co uczynił w piśmie z dnia 8.01.2009 roku oraz 10.12.2008 roku.

Zamawiający zgodnie z art. 35 ustawy Pzp ma obowiązek oszacować wartość zamówienia przed wszczęciem postępowania o zamówienie publiczne, zmiana wartości szacunkowej zamówienia nie jest możliwa w trakcie trwania procedury. Wniosek taki wynika z dyspozycji art. 35 ust. 2 ustawy Pzp, który dopuszcza ponowne oszacowanie zamówienia w sytuacji wystąpienia zmiany okoliczności mających wpływ na dokonane pierwotnie ustalenia, zastrzegając jednocześnie, że zmiana wartości jest możliwa wyłącznie przed wszczęciem postępowania. Za niedopuszczalne i niezgodne z przepisami ustawy Pzp należy uznać zatem wynikające z ponownego oszacowania wartości zamówienia zmniejszenie wartości kwoty przeznaczonej pierwotnie na finansowanie zamówienia.

W ocenie Izby, z przywołanego pisma z dnia 27.01.2009 roku jasno wynika, że dotyczy ono zgody na wszczęcie nowego postępowania przetargowego a nie odnosi się w żaden sposób do przedmiotowego postępowania i środków przeznaczonych na jego realizację. Zatem pismo to nie może być, w ocenie Izby, miarodajną podstawą do podjęcia decyzji przez Zamawiającego o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Zamawiający przyznał w trakcie rozprawy, że nie kierowano odrębnego pisma do Dyrekcji Poczty Polskiej o potwierdzenie posiadania środków finansowych w wysokości 36 532 038,68 zł, to jest w kwocie pierwotnie podanej bezpośrednio przed otwarciem ofert. W ocenie Izby, skoro Zamawiający nie wystąpił o potwierdzenie środków co najmniej w kwocie opiewającej na wartość oferty to brak jest dowodu na okoliczność, że środki pierwotnie przewidziane na realizację zamówienia uległy uszczupleniu bądź przesunięciom na inne cele w planie finansowym.

Nadmienić także należy, że zgodnie z § 4 ust. 1 projektu umowy, zamówienie ma być realizowane sukcesywnie przez okres 24 miesięcy od daty zawarcia umowy w oparciu o harmonogram dostaw określający szczegółowo terminy, ilości i rozmiary poszczególnych składników ubioru służbowego (§ 1 ust. 5 projektu umowy). Płatność za poszczególne dostawy będzie realizowana w okresie 24 miesięcy, a zatem wskazanie przez Zamawiającego, że na realizację przedmiotowego zamówienia na rok 2009 przewiduje kwotę jedynie ok. 20 mln zł bez określenia planowej kwoty na kolejny rok realizacji dostaw, nie może potwierdzać braku środków na zaciągnięcie zobowiązania w wysokości kwoty oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art 93 ust. 1 pkt 4, art. 93 ust. 3 pkt 2, art. 86 ust. 3 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenia przedmiotowego zamówienia.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i ust. 1 a oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł na podstawie rachunku złożonego 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 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*