

Sygn. akt: KIO/UZP 1480/10

WYROK
z dnia 29 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Członkowie: Agata Mikołajczyk

Anna Chudzik

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **PTK Centertel Sp. z o.o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centrum Zarządzania Systemami Teleinformatycznymi, 00-909 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 9/13** protestu z dnia 28 czerwca 2010 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża PTK Centertel Sp. z o.o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **PTK Centertel Sp. z o.o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **PTK Centertel Sp. z o.o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a**

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

Zamawiający - Centrum Zarządzania Systemami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie powszechnych usług telekomunikacyjnych telefonii komórkowej na rzecz jednostek organizacyjnych MON obsługiwanych przez Centrum Zarządzania Systemami Teleinformatycznymi.

Pismem z dnia 18 czerwca 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców, iż na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. unieważnił przedmiotowe postępowanie. W uzasadnieniu decyzji podał, iż na realizację przedmiotowego zamówienia zapisał w swoim planie finansowym limit środków finansowych w wysokości 2.588.100,00zł w roku 2010 r. oraz w projekcie planu na rok 2011 kwotę 2.500.000,00zł. Suma tych kwot została podana przed otwarciem ofert, jako kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający wskazał, iż łączna cena najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę PTK Centertel Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie w kwocie 4.271.919,55 zł jest niższa od ustaleń zamawiającego, jednakże skumulowanie w ofercie kosztów świadczenia usługi w jednej grupie dostarczanych aparatów telefonicznych wymusza na zamawiającym poniesienia jednorazowo, w chwili dostarczenia urządzeń, wydatku w wysokości 98,1 % ceny oferty, który zgodnie z zapisami SIWZ planowany był na okres 24 miesięcy. Ponadto w uzasadnieniu unieważnienia zamawiający podał, iż jego plan finansowy na rok bieżący uniemożliwia dokonanie wydatku na zakup sprzętu w kwocie jak wyżej. Zamawiający nie posiada także możliwości dokonania zmian w swoim planie finansowym głównie z uwagi na fakt, iż przedstawione w ofercie ceny jednostkowe aparatów telefonicznych „grupy C” nakazują w myśl przepisów o rachunkowości, traktowanie tych urządzeń, jako środek trwałe stanowiący zakup inwestycyjny opłacany zgodnie z rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 2 marca 2010 r. w sprawie szczegółowej klasyfikacji dochodów, wydatków, przychodów i rozchodów oraz środków pochodzących ze źródeł zagranicznych z § 606 – wydatki na zakupy inwestycyjne jednostek budżetowych. Zamawiający wskazał, iż przygotowując przedmiotowe postępowanie nie uwzględnił w swoim planie finansowym wydatków na zakupy inwestycyjne, co wynikało z faktu, iż

ogólnodostępne cenniki różnych dostawców aparatów telefonicznych nie wskazywały na konieczność przewidywania tego typu płatności, przyjmując nawet jednostkowe ceny detaliczne aparatów. Zamawiający wskazał również, iż podjęte przez niego czynności zmierzające do pozyskania dodatkowych środków finansowych w bieżącym roku z przeznaczeniem na realizację zamówienia nie przyniosły pozytywnych rezultatów.

Wobec takiej czynności pismem z dnia 28 czerwca 2010 r. protest złożył wykonawca PTK Centertel Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. poprzez przyjęcie, że cena najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu przewyższa kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Protestujący żądał unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania badania i oceny ofert, oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu protestu wskazał, iż czynione przez zamawiającego obserwacje rynku nie są w tej mierze miarodajne. Oferty konstruowane na użytek zamówień publicznych mają charakter dedykowany, a ich kształt stanowi częstokroć wyraz przyjętej strategii konkurencyjnej. Protestujący stwierdził, że nie wymaga szczególnego dowodzenia fakt, że składniki cenowe oferty i ich rozkład są kształtowane z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert ustalonych przez zamawiającego. Protestujący podniósł również, że w SIWZ zamawiający nie zawarł żadnych ograniczeń w tym zakresie, a zwłaszcza nie wskazał, że określone składniki ceny nie mogą przekroczyć określonych wartości tych progów. Protestujący uważa, że zamawiający pozostawił wykonawcom pełną dowolność w zakresie zaproponowania ceny za realizację przedmiotu zamówienia, nie stawiając żadnych w tej mierze ograniczeń. W ocenie protestującego oczekiwanie zamawiającego, że wykonawcy w swoich ofertach zaproponują sposób płatności przyjęty przez zamawiającego przy ustalaniu wartości przedmiotu zamówienia (rozłożenie płatności za abonament na równe części przy jednoczesnym wskazaniu symbolicznego kosztu aparatów telefonicznych) oceniać można tylko w kontekście, co najwyżej preferencji i to nieznajdujących werbalnego odzwierciedlenia w treści SIWZ. Protestujący stwierdził, iż zaproponowana przez niego cena mieści się w budżecie zamawiającego przeznaczonym na sfinansowanie niniejszego zamówienia i brak jest podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. Ponadto protestujący podniósł, iż uwzględniając ograniczenia finansowe płynące z planów finansowych zamawiającego na lata 2010-2011, aby nie unieważniać przedmiotowego postępowania zamawiający mógł wystąpić do protestującego o zmianę postanowień wzorca umowy w zakresie odroczenia płatności za aparaty telefoniczne do roku 2011 na co protestujący bez wątpliwości wyraziłby zgodę. Dodatkowo protestujący wskazał, iż w sytuacji braku możliwości finansowania zakupów inwestycyjnych zamawiający zawsze mógł wystąpić z prośbą do protestującego o zmianę sposobu konstrukcji opłat za realizację

przedmiotowego zakresu zamówienia bez zmiany ogólnej wartości oferty, czyli przesunięcie pomiędzy poszczególnymi składnikami oferty.

Pismem z dnia 6 lipca 2010 r. zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego oddalenie. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia zamawiający podtrzymał swoje stanowisko i argumentację wyrażoną w decyzji o unieważnieniu postępowania. Wskazał, iż podstawą faktyczną czynności unieważnienia jest otrzymanie oferty, której wybór i zawarcie umowy z wykonawcą składającym ofertę wymusza konieczność uiszczenia ceny przewyższającej kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na realizację składnika umowy, tj. uiszczenie należności za aparaty telefoniczne. W ocenie zamawiającego możliwość kształtowania poszczególnych składników oferty nie może wymuszać na zamawiającym działań sprzecznych z obowiązującymi go, jako jednostkę sektora finansów publicznych przepisami. Ponadto wskazał, iż proponowana przez odwołującego zmiana sposobu konstrukcji opłat za realizację zamówienia stanowiłaby naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p.

Wobec takiego rozstrzygnięcia pismem z dnia 14 lipca 2010 r. odwołanie złożył wykonawca PTK Centertel Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Odwołujący ponowił zarzuty, żądania i argumentację zawartą w proteście.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający - Centrum Zarządzania Systemami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie powszechnych usług telekomunikacyjnych telefonii komórkowej na rzecz jednostek organizacyjnych MON obsługiwanych przez Centrum Zarządzania Systemami Teleinformatycznymi.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 lipca 2009 r. pod numerem 2009/S 140-205009.

Zgodnie z pkt 13.3. protokołu postępowania bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 5.000.000,00 zł brutto. Do upływu terminu składania oferty wpłynęła jedna oferta – oferta odwołującego na kwotę 4.271.919,55 zł brutto.

Pismem z dnia 16 czerwca 2010 r. zamawiający poinformował odwołującego, iż jako najkorzystniejszą wybrał jego ofertę.

Pismem z dnia 18 czerwca 2010 r. zamawiający unieważnił postępowanie w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p.

Czynność ta leży u podstaw postępowania wywołanego wniesieniem protestu jak też postępowania odwoławczego.

Izba zważyła co następuje:

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia specyfikacji, treść oferty wybranego wykonawcy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

Skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy p.z.p. w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p., uprawniający go do złożenia protestu i odwołania, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania może uzyskać przedmiotowe zamówienie.

W pierwszej kolejności, Izba stoi na stanowisku, iż przy rozpatrywaniu czy kwota najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co do zasady należy brać pod uwagę kwotę całej oferty, a nie wartość jednego ze składników oferty.

Biorąc jednakże pod uwagę okoliczności przedmiotowego postępowania, jak też poczynione ustalenia, Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. nie potwierdził się w tym stanie faktycznym. W ocenie Izby kwota, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, będąca przesłanką unieważnienia postępowania, powinna mieć swoją obiektywną podstawę, wynikającą z dokumentów zamawiającego. Dokumentem takim będzie nie tylko plan finansowy zamawiającego, ale również każdy inny dokument, z którego treści wynika, jaka kwota została zaplanowana na jego realizację. Zdaniem Izby założenia planu finansowego zamawiającego są zgodne z rzeczywistą intencją zamawiającego, która przyświecała wszczęciu postępowania na zakup usług telefonii komórkowej gdzie na rok 2010 zamawiający zaplanował na opłaty z tytułu zakupu usług telekomunikacyjnych telefonii komórkowej kwotę 4.283.100,00 zł.

Bez wątpienia zamawiający nie przewidział w planie finansowym środków na zakup sprzętu. W przedmiotowym stanie faktycznym Izba wzięła pod uwagę fakt, iż na zakup inwestycyjny,

a takim jest zakup środka trwałego o wartości powyżej 3500 zł brak jest w planie finansowym zamawiającego jakichkolwiek środków. Izba zwraca uwagę na charakter zamówienia, jakim jest przede wszystkim świadczenie usług telefonii komórkowej a nie wyłącznie dostawa aparatów telefonicznych.

Działaniom zamawiającego zarówno przy planowaniu finansowania, zabezpieczeniu środków na realizację przedmiotowego zamówienia, szacowaniu wartości zamówienia nie można odmówić racjonalności. Izba wskazuje, iż zamawiający, jako jednostka sektora finansów publicznych podlega przepisom ustawy z dnia 29 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240z późn. zm.) i aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 2 marca 2010 r. w sprawie szczegółowej klasyfikacji dochodów, wydatków, przychodów i rozchodów oraz środków pochodzących ze źródeł zagranicznych, zakup środków trwałych winien być finansowany z § 606 – wydatki na zakupy inwestycyjne jednostek budżetowych finansowany. Bezspornym jest, iż z uwagi na wartość każdego aparatu telefonicznego klasy „C” (11450zł/szt.) należy je zakwalifikować do środków trwałych. W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający nie przewidział żadnych finansów na zakup środków trwałych, co więcej w jego planie finansowym brak jest § 606, w którym środki te zgodnie z w/w rozporządzeniem miałyby być zapisane. Powyższe, wskazuje również na niemożliwość dokonania przeniesień wydatków między rozdziałami i paragrafami klasyfikacji wydatków skoro brak jest takiej pozycji budżetowej. Izba stoi na stanowisku, iż zamawiający będący jednostką sektora finansów publicznych, może zaciągać zobowiązania w wysokościach ustalonych w planie finansowym. Skoro w przedmiotowym stanie faktycznym w planie tym brak jest możliwości finansowania dostawy aparatów telefonicznych to nie można uznać, że zamawiający posiada wystarczające środki na realizację zamówienia.

Izba zwraca uwagę, że to zamawiający odpowiedzialny jest za własną gospodarkę finansową oraz realizację zadań i celów zgodnie z ustalonymi priorytetami i planami finansowymi, a także zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Stwierdzić należy, że w tym zakresie zamawiający, jako jednostka sektora finansów publicznych, podlega także stosownej kontroli przez odpowiednie, upoważnione organy. Powyższe stanowisko znajduje uzasadnienie zarówno w aspekcie ochrony stanu finansów zamawiającego, jak również w aspekcie ochrony interesów wykonawcy, zawierającego umowę o wykonanie zamówienia. W tym ostatnim aspekcie unieważnienie postępowania stanowi zabezpieczenie wykonawcy przed zawarciem umowy z zamawiającym, który nie posiada wystarczających środków do zapłaty ceny za wykonanie zamówienia. Co do zasady kwota zabezpieczona na usługi telefonii komórkowej zawiera w sobie kwotę oferty to jednak w 98,1% stanowi kwotę jaką zamawiający musiałby zapłacić za dostawę aparatów telefonicznych, które z uwagi na wartość muszą być ujęte jako środki

trwałe finansowane ze środków inwestycyjnych a takich środków zamawiający nie posiada.
Mając na względzie powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy p.z.p.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze 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:

.....

.....