

Sygn. akt: KIO/UZP 1228/08

WYROK
z dnia 18 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków (lider konsorcjum), Ogólnopolska Fundacja Edukacji Komputerowej, Talex S.A., Optimus S.A.** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych - Centrala Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, ul. Czerniakowska 16, 00-701 Warszawa** protestu z dnia 9.10.2008 r., złożonego w dn. 10.10.2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków (lider konsorcjum), Ogólnopolska Fundacja Edukacji Komputerowej, Talex S.A., Optimus S.A. i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się**

o udzielenie zamówienia: ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków (lider konsorcjum), Ogólnopolska Fundacja Edukacji Komputerowej, Talex S.A., Optimus S.A.,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków (lider konsorcjum), Ogólnopolska Fundacja Edukacji Komputerowej, Talex S.A., Optimus S.A.** na rzecz **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych - Centrala Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, ul. Czerniakowska 16, 00-701 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków (lider konsorcjum), Ogólnopolska Fundacja Edukacji Komputerowej, Talex S.A., Optimus S.A.**

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

W dniu 27.07.2007 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych - Centrala Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, ul. Czerniakowska 16, 00-701 Warszawa (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na zakup 5.000 sztuk stacji roboczych dla Centrali Oddziałów ZUS - czwarta transza i w tym samym dniu zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 3.10.2008 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

W dniu 10.10.2008 r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków (lider konsorcjum), Ogólnopolska

Fundacja Edukacji Komputerowej, Talex S.A., OPTIMUS S.A. (dalej: Odwołujący) – złożyli protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 17.10.2008 r. poprzez jego oddalenie, w tym samym dniu informując o swojej decyzji Odwołującego. Odwołujący w dniu 22.10.2008 r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Zarówno w proteście i odwołaniu zarzucono Zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, poprzez unieważnienie postępowania, pomimo że cena oferty Odwołującego nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,
- 2) naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący argumentuje, że sam Zamawiający wskazuje w rozstrzygnięciu protestu na przepis art. 32 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, który wyraźnie stanowi, iż w przypadku udzielenia zamówienia w częściach wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia; skoro wartość całego zamówienia wynosi 45.450.000 złotych i przedmiotowe zamówienie składa się z czterech transz, w których podpisano już umowy w 3 transzach na łączną kwotę 28.863.980 zł, to w ocenie Odwołującego na realizację zamówienia w transzy IV Zamawiającemu pozostało 16.586.020 złotych.

Ponadto Odwołujący podnosi, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, iż nie może na sfinansowanie zamówienia przeznaczyć kwoty 15.396.400 złotych.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych,
- 2) nakazanie dokonania oceny ofert,
- 3) nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wartość przedmiotu zamówienia oszacowano na 45.450.000 złotych. Przedmiot zamówienia podzielono na cztery części, z których każda stanowiła przedmiot odrębnego postępowania;

postępowanie, w którym wniesiono odwołanie, dotyczy czwartej części (nazwanej przez Zamawiającego „IV transzą”).

Dla każdej, wyodrębnionej do osobnego postępowania, części zamówienia ustalono wartość zamówienia i wysokość środków na jego sfinansowanie. W postępowaniu, w którym złożono rozpatrywane odwołanie, Zamawiający nazwał wartość zamówienia „kosztem zamówienia” w pkt. 2 protokołu (druk ZP-1 w aktach sprawy, strona 1), w pkt. 13 ppkt 3 protokołu użył sformułowania zgodnego z nomenklaturą ustawową - „kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia” (strona 8 protokołu ZP-1). W obu miejscach protokołu podano tą samą kwotę – mianowicie 12 454 400,00zł, wobec czego wartość zamówienia (przy czym w ocenie Izby, nie ma żadnego znaczenia, że Zamawiający użył innego wyrażenia, niż używa Prawo zamówień publicznych) ustalono w kwocie równej środkom, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

W dniu 3.10.2008 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Równocześnie poinformował, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty – oferta Odwołującego z ceną 15 396 400 zł i oferta Konsorcjum ARAM, z ceną 10 248 000 zł; Zamawiający wskazał, że wykluczył drugiego uczestnika postępowania (Konsorcjum Aram), który złożył ofertę z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, a więc jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu w postępowaniu jest oferta Odwołującego.

Wobec powyższych ustaleń, Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo dokonał unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z przywołanym przepisem, zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Z pisma informującego o unieważnieniu postępowania co prawda nie wynika, aby Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, taka informacja nie znalazła się również w protokole postępowania (nie wypełniono punktu 15 druku ZP-1), jednak Zamawiający wyraźnie stwierdził, że oferta Odwołującego jest jedyną ofertą złożoną w postępowaniu, nie podlegającą odrzuceniu. Oczywiście jest, że Zamawiający, aby dochować przepisów Prawa zamówień publicznych, powinien najpierw wybrać ofertę, następnie porównać jej cenę z ilością środków, jakie może przeznaczyć na finansowanie zamówienia, a dopiero później – ewentualnie unieważnić postępowanie. Jednak w takich okolicznościach, jak w niniejszym postępowaniu – trudno wywodzić jakiegokolwiek skutki prawne z faktu, że Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, nie wybierając oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (ponieważ po wykluczeniu Konsorcjum Aram

w postępowaniu pozostała tylko jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu). Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający porównywał cenę oferty Odwołującego z ilością środków, jakie zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia – świadczy o tym ostatecznie zdanie pisma z dn. 3.10.2008 r. unieważniającego postępowanie. Wobec powyższego, mimo iż Zamawiający uchybił przepisom ustawowym, tj. nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc naruszył wskazany przez Odwołującego art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, nie miało to żadnego realnego wpływu na wynik postępowania.

W ocenie Odwołującego Zamawiający posiada środki na finansowanie zamówienia, dlatego unieważnienie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych było niezasadne. Izba uznała takie stanowisko Odwołującego za niesłuszne.

Zgodnie z art. 93 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, jeżeli Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio. Za ofertę częściową uważa się ofertę przewidującą, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonanie części zamówienia publicznego (art. 2 pkt 6 Prawa zamówień publicznych). Skoro zatem Zamawiający unieważnia postępowanie, stosując przesłanki unieważnienia postępowania do każdej z części postępowania, to tym bardziej w oparciu o te przesłanki ma prawo unieważnić postępowanie, jeżeli części zamówienia zostały wydzielone do odrębnych postępowań (co zresztą wynika wprost z brzmienia art. 93 ust. 1 Prawa zamówień publicznych).

Przepis art. 32 ust 4 Prawa zamówień publicznych, na który wskazuje Odwołujący - jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia – służy wyłącznie do określenia wartości zamówienia dla całego przedmiotu postępowania.

Przesłanka unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 4 nie odnosi się do wartości zamówienia, ale do kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na realizację (sfinansowanie) zamówienia.

Słusznie Odwołujący dokonuje rozróżnienia pomiędzy użytymi przez ustawodawcę wyrażeniami „zamierza (...)” a „może”, jednak zdaniem Izby, z takiego rozróżnienia wyciąga mylne wnioski.

Kwota, którą zamawiający zgodnie z art. 86 ust. 3 Prawa zamówień publicznych podaje przed otwarciem ofert, to kwota, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia – nie musi być ona równa kwocie, którą uzna za możliwą do przeznaczenia na realizację zamówienia. Co do zasady kwota „zamierzona” nie powinna być niższa niż „możliwa”. Jeżeli cena oferty, uznanej za najkorzystniejszą, przekracza ilość środków określonych na realizację zamówienia, Zamawiający winien zbadać, czy nie jest możliwe, aby przeznaczył

kwotę wyższą, niż pierwotnie zamierzał. Jednak określenie ewentualnej „możliwości” zwiększenia środków należy wyłącznie do Zamawiającego, i nie musi on, jak oczekuje Odwołujący, wykazywać, że cena oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę mieszczącą się w ramach jego możliwości. Z pisma Zamawiającego z dn. 3.10.2008 r. wynika, że kwota, którą „może” przeznaczyć, jest równa kwocie, którą „zamierzał” przeznaczyć w dniu otwarcia ofert. Decyzja o ewentualnym zwiększeniu kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia - w taki sposób, aby mógł uznać, że stać go na realizację zamówienia (powiększona kwota mieści się w ramach jego możliwości finansowych) jest suwerenną decyzją Zamawiającego. Zamawiający oświadcza, że nie może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwoty większej, niż zamierzał (wynika to również pośrednio z dokumentów złożonych przez Zamawiającego na rozprawie), i jego ustalenie w tym zakresie jest ostateczne.

Słusznie zauważył Odwołujący, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych może nastąpić dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej – dopiero bowiem wówczas Zamawiający może się zorientować co do relacji pomiędzy ceną oferty najkorzystniejszej, a ilością środków, jakie może przeznaczyć na realizację zamówienia.

Jednak jak już wyżej stwierdzono, oferta Odwołującego była jedyną ofertą złożoną w postępowaniu, która nie podlegała odrzuceniu, i Zamawiający porównywał ilość środków, jakie może przeznaczyć na realizację zamówienia, z ceną oferty Odwołującego.

W związku z podnoszoną przez Odwołującego okolicznością, iż względy ekonomiczne przemawiają za zwiększeniem środków na realizację zamówienia (dokument złożony przez Odwołującego na rozprawie mający poświadczać oparcie ceny zaoferowanej przez Odwołującego w realiach rynkowych), wskazuje się, iż Krajowa Izba Odwoławcza bada wyłącznie ewentualne naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, których dopuścił się Zamawiający, i nie jest organem właściwym do oceniania rzetelności wydatkowania środków publicznych.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), bowiem jest to maksymalna kwota, określona przez par. 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. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) 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:

.....

.....