

Sygn. akt: KIO/UZP 907/08

WYROK
z dnia 12 września 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Emil Kuriata
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Janusza Gruchalskiego & Jerzego Kotwasa prowadzących działalność gospodarczą pn. „ZAMEK” Spółka Jawna, 00-461 Warszawa, Al. Ujazdowskie 6a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Muzeum Pałac w Wilanowie, 02-958 Warszawa, ul. Stanisława Kostki Potockiego 10/16** protestu z dnia 14 sierpnia 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Janusza Gruchalskiego & Jerzego Kotwasa prowadzących działalność gospodarczą pn. „ZAMEK” Spółka Jawna, 00-461 Warszawa, Al. Ujazdowskie 6a

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Janusza Gruchalskiego & Jerzego Kotwasa prowadzących działalność gospodarczą pn. „ZAMEK” Spółka Jawna, 00-461 Warszawa, Al. Ujazdowskie 6a,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3500 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset złotych zero groszy) przez **Janusza Gruchalskiego & Jerzego Kotwasa prowadzących działalność gospodarczą pn. „ZAMEK” Spółka Jawna, 00-461 Warszawa, Al. Ujazdowskie 6a** na rzecz **Muzeum Pałac w Wilanowie, 02-958 Warszawa, ul. Stanisława Kostki Potockiego 10/16** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) 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 **Janusza Gruchalskiego & Jerzego Kotwasa prowadzących działalność gospodarczą pn. „ZAMEK” Spółka Jawna, 00-461 Warszawa, Al. Ujazdowskie 6a.**

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

Zamawiający, Muzeum Pałac w Wilanowie z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dozór ekspozycji stałych i imprez organizowanych we wnętrzach Muzeum”. W dniu 14 czerwca 2008 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 115-15367.

W dniu 13 sierpnia 2008 r. Zamawiający (pismem z dnia 12 sierpnia 2008 r.) poinformował wykonawcę Janusz Gruchalski & Jerzy Kotwas „ZAMEK” Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez tego wykonawcę oraz o unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „Pzp”, z uwagi na fakt, że

cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że zgodnie z planem finansowym może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 6 500 000,00 zł netto. W wybranej ofercie stawka godzinowa pracy określona została na kwotę 16 zł (netto). Biorąc pod uwagę tę stawkę Zamawiający obliczył cenę oferty za wykonanie zamówienia w wysokości 7 740 000,00 zł netto. Oznacza to, że cena oferty przekracza o ok. 19 % kwotę podaną przed otwarciem ofert, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przeznaczenie takiej kwoty na sfinansowanie zamówienia przekracza możliwości Zamawiającego.

Na czynność unieważnienia postępowania w dniu 14 sierpnia 2008 r. wykonawca Janusz Gruchalski & Jerzy Kotwas „ZAMEK” Spółka Jawna (zwany dalej Odwołującym) wniósł protest, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 86 ust. 3 i art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Odwołujący wniósł w proteście o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i dokonanie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (z uwzględnieniem podatku VAT) wynosi 7 930 000,00 zł. Natomiast cena oferty obliczona w sposób zgodny z postanowieniami siwz (rozdz. 3 siwz i załącznik nr 1 do siwz) w oparciu o określone przez Zamawiającego maksymalne ilości godzin pracy oraz cenę jednostkową zaoferowaną przez Odwołującego wynosi 6 295 200,00 zł (brutto), a zatem jest niższa od kwoty, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Prawidłowość obliczenia ceny oferty jako iloczynu liczby godzin i ceny za jedną godzinę pracy potwierdzają również postanowienia wzoru umowy (§ 4 ust.1-3) oraz załącznika nr 3 do wzoru umowy (pkt 3). Ponadto zgodnie z treścią oświadczenia zawartego w pkt 2a formularza ofertowego, Odwołujący zobowiązał się do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami szczegółowo określonymi w treści siwz.

Stosownie do postanowień rozdziału 3.6 siwz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 1 do siwz. W pkt 1 ww. załącznika Zamawiający określił maksymalną ilość godzin dla:

- dozoru ekspozycji i prac pomocniczych - maksymalnie 100 000 godz. rocznie,
- bezpośredniego nadzoru i koordynacji pracy pracowników dozoru ekspozycji – maksymalnie 6 000 godzin rocznie,
- dozór oraz wykonywanie prac pomocniczych przy organizowanych we wnętrzach Muzeum imprezach – maksymalnie do 1500 godzin rocznie.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w ustawowym terminie, a zatem, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 183 ust. 3 Pzp należy uznać, że protest został oddalony.

W dniu 26 sierpnia 2008 r., wobec braku rozstrzygnięcia protestu Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał zarzuty zawarte w proteście, dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1, art. 86 ust. 3 i art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz wskazał dodatkowo na naruszenie art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący podtrzymał w całości argumentację zawartą w proteście, podkreślając, że obliczenie ceny całkowitej oferty Odwołującego, dokonany został przez Zamawiającego w sposób bezpodstawny i błędny – dokonany w oderwaniu od postanowień siwz i jej załączników.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację akt sprawy oraz wyjaśnienia stron, złożone na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp stanowiący przesłankę do korzystania ze środków ochrony prawnej. Oferta złożona przez Odwołującego jest jedyną ofertą w przedmiotowym postępowaniu i została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w trakcie postępowania poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania, mogłoby bowiem spowodować uszczerbek w interesie prawnym Odwołującego.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez unieważnienie przedmiotowego postępowania z uwagi na brak możliwości przeznaczenia środków na sfinansowanie zamówienia w kwocie odpowiadającej cenie oferty wybranej jako najkorzystniejsza.

Zgodnie z zapisami zawartymi w rozdz. 12.1 siwz Zamawiający wskazał sposób obliczenia ceny oferty „według szacunków oferenta”. Każdy z wykonawców składających ofertę w przedmiotowym postępowaniu zobowiązany został, w formularzu ofertowym – załącznik nr 2 do siwz w pkt 2, do zaoferowania średniej ceny za 1 godzinę wykonywania usługi dozoru ekspozycji przez jednego pracownika. Odwołujący zaoferował cenę 19,52 zł.

Stosownie do treści zapisów rozdziału 3.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 1 do siwz. W pkt 1 ww. załącznika Zamawiający określił, że „dozór sal wystawowych realizowany będzie w postaci:

- do 100 000 godzin rocznie dozoru ekspozycji i prac pomocniczych wykonywanych przez pracowników Wykonawcy wyznaczonych z grupy 60 osobowej w ilościach wskazanych przez Zamawiającego,

- do 6 000 godzin rocznie zadań bezpośredniego nadzoru i koordynacji pracy pracowników dozoru ekspozycji wykonywanych przez 3 brygadzystów,

- dozór oraz wykonywanie prac pomocniczych przy organizowanych we wnętrzach muzeum imprezach w ilości do 1500 godzin rocznie. Przy obsłudze imprez czas pracy oraz ilość pracowników będą ustalane nie później niż dwa dni przed planowaną realizacją.”

Mając na uwadze termin realizacji zamówienia – zgodnie z rozdz. 5 siwz – od dnia 1 września 2008 r. do 31 sierpnia 2011 r., aby obliczyć cenę za wykonanie usług dozoru w tym okresie należy pomnożyć maksymalne ilości godzin przez 3. Zatem ilość godzin dozoru wynosi łącznie 107 500 godzin rocznie i 322 500 godzin w ciągu 3 lat. Izba uznała za słuszne stanowisko Odwołującego dotyczące sposobu prawidłowego wyliczenia ceny za realizację zamówienia obejmującego, wskazane w siwz, maksymalne ilości godzin.

Obliczona w powyższy sposób całkowita cena ofertowa za realizację usług dozoru, w ilościach maksymalnych, wskazanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, zaoferowana przez Odwołującego, wynosi 6 295 200,00 zł. Prawidłowość powyższego wyliczenia nie była kwestionowana przez Zamawiającego.

Zgodnie z informacją zawartą w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 4) Zamawiający przewidział udzielenie zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp. Stosownie do przepisu art. 32 ust. 3 Pzp, który nakazuje, iż w sytuacji przewidywanych zamówień uzupełniających, o których mowa m.in. w art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp, należy przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnić wartość zamówień uzupełniających, Zamawiający oszacował wartość zamówienia wraz z wartością zamówień uzupełniających w wysokości 50 % wartości zamówienia podstawowego.

Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, iż do tej pory płacił dotychczasowemu wykonawcy za powyższe usługi stawkę 8,69 zł (netto) za godzinę, przy czym wykonawca ten wystąpił o podwyższenie stawki do 11 zł za godzinę.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia zgodnie z art. 34 ust. 1 Pzp jako wartość zamówienia na usługi i dostawy powtarzające się okresowo oraz zgodnie z art. 32 ust. 3 Pzp na kwotę 6 500 000,00 zł, przyjmując, jako podstawę ustalenia wartości przedmiotu zamówienia - stawkę godzinową pracy pomocników muzealnych na kwotę 13,35 zł (netto), stawkę godzinową pracy brygadzystek pomocników muzealnych na kwotę 14,50 zł (netto)

oraz godzinową stawkę pracy obsługi imprez na kwotę 15,70 zł (netto). Powyższe stawki pomnożone przez maksymalne ilości godzin usług, określone w specyfikacji, dają wartość 1 445 550,00 zł rocznie. Ponieważ zamówienie będzie realizowane w okresie 36 miesięcy (3 lat), zatem wartość powyższą należy pomnożyć przez trzy.

Przyjmując kwotę 1 445 550,00 zł rocznie, jako wartość zamówienia podstawowego rocznie oraz uwzględniając wartość przewidywanych zamówień uzupełniających, Zamawiający obliczył wartość całkowitą zamówienia stosownie do dyspozycji przepisu art. 32 ust. 3 Pzp, tj. wraz z wartością zamówień uzupełniających na kwotę 6 500 000,00 zł (kwota bez podatku VAT). Zważywszy, że stosownie do treści przepisu art. 32 ust. 1 Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku VAT, stosując wykładnię literalną w kontekście treści art. 32 ust. 3 Pzp należałoby stwierdzić, że w przypadku przewidywanych zamówień uzupełniających i obowiązku wynikającego z dyspozycji przepisu art. 32 ust. 3 Pzp, podstawą do ustalenia wartości zamówienia jest szacunkowe wynagrodzenie za realizację zamówienia podstawowego powiększone o szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie zamówień uzupełniających. Przy zastosowaniu stawki godzinowej zaoferowanej przez Odwołującego 19,52 zł, całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wynagrodzenia za zamówienia uzupełniające wyniesie 6 295 200,00 zł + 50 % tej kwoty, co stanowi łącznie 9 442 800,00 zł.

Izba podziela stanowisko UZP przedstawione w opinii prawnej opublikowanej na stronie internetowej Urzędu www.uzp.gov.pl (poz. 16), iż „Co do zasady, kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia powinna wynikać z planu finansowego zamawiającego i oznacza środki, jakie mają być przeznaczone na pokrycie realnych wydatków z tytułu realizacji zamówienia. Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 86 ust. 3 ustawy ma obowiązek podać ją bezpośrednio przed otwarciem ofert.”

Zamówienia uzupełniające są realizowane w ramach oddzielnych zamówień, natomiast wartość zamówienia (z uwzględnieniem wartości zamówień uzupełniających) ma istotne znaczenie z uwagi na fakt, iż od wartości zamówienia zależy rodzaj procedury, jaką zamawiający musi zastosować w danym postępowaniu.

Izba wzięła jednak pod uwagę, iż w praktyce dość powszechnie zamawiający przyjmują, że wartość przedmiotu zamówienia powiększona o kwotę podatku VAT stanowi kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i którą należy podać przed otwarciem ofert. W sytuacji, gdy wartość zamówienia zawiera wartość przewidzianych w specyfikacji zamówień uzupełniających, Zamawiający powinien w ocenie Izby poinformować wykonawców przed otwarciem ofert o kwocie, którą zamierza przeznaczyć na

sfinansowanie zamówienia podstawowego oraz o kwocie, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówień uzupełniających dotyczących tego samego przedmiotu zamówienia. Należy przy tym podkreślić, że brak jest w Prawie zamówień publicznych przepisu, który nakładałby wprost na zamawiającego taki obowiązek. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wyodrębnił obu tych kwot, podając kwotę 7 930 000,00 zł jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na podstawie art.86 ust. 3 Pzp. Kwota powyższa została wskazana w protokole postępowania (druk ZP -1). Stanowi ona dokładnie kwotę, która została podana w protokole postępowania jako wartość zamówienia (oszacowana przez Zamawiającego zgodnie z art. 32 ust. 3 Pzp), powiększoną o podatek VAT w wysokości 22%.

Z uwagi na powyższe, Izba nie miała wątpliwości, iż kwota, którą Zamawiający podał przed otwarciem ofert uwzględnia również szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy z tytułu przewidywanych zamówień uzupełniających. Fakt ten został także potwierdzony na rozprawie przez Zamawiającego, w imieniu którego pełnomocnik przyznał, że pracownik Zamawiającego popełnił błąd, nie wyodrębniając z powyższej kwoty, kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia podstawowego oraz kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówień uzupełniających. Jak Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 12 września 2008 r.) kwota 7 930 000,00 zł obejmuje wartość zamówienia podstawowego, tj. 5 286 666,00 zł (wraz z podatkiem VAT) oraz wartość zamówień uzupełniających w wysokości 2 643 333,00 zł (wraz z podatkiem VAT). Izba uznała, że treść notatki służbowej z dnia 6 maja 2008 r., dotyczącej sposobu oszacowania wartości zamówienia, potwierdza w całości powyższe ustalenia.

Z uwagi na powyższe, skoro kwota faktycznie zaplanowana przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia podstawowego, tj. 5 286 666,00 zł (zawarta w kwocie 7 930 000,00 zł, uwzględniającej wartość zamówień uzupełniających, podanej przez Zamawiającego przed otwarciem ofert) jest niższa od ceny oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Odwołującego, tj. od kwoty 6 295 200,00 zł, rozumianej jako wynagrodzenie wykonawcy za realizację zamówienia podstawowego, to stwierdzić należy, że tym samym wystąpiły okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania określone w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Przesłanka powyższa obejmuje co do zasady sytuację, gdy zamawiający nie może wygospodarować dodatkowych środków na sfinansowanie zamówienia w kwocie przekraczającej kwotę, którą zamierzał przeznaczyć, podaną przed otwarciem ofert, tak jak to miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego zawartym w uzasadnieniu zawiadomienia o unieważnieniu postępowania.

Zważyć należało także, że treść przepisu art. 93 ust. 1 Pzp, w szczególności „zamawiający unieważnia postępowanie”, wskazuje na obowiązek zamawiającego unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne w przypadku zaistnienia wymienionych przesłanek, w tym przesłanki dotyczącej braku środków wystarczających na pokrycie kosztu realizacji zamówienia za cenę oferty najkorzystniejszej. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 24 lutego 2005 r. sygn. akt II Ca 689/04 „brzmienie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy jednoznacznie wskazuje na to, iż w razie zaistnienia opisanej w nim hipotezy unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest jedynie uprawnieniem zamawiającego, ale jego obowiązkiem”. 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.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że unieważnienie postępowania jest przejawem nieuczciwego działania Zamawiającego, mającego na celu nie udzielenie zamówienia Odwołującemu. Powyższe stanowisko nie potwierdziło się w toku niniejszego postępowania. Izba uznała, wobec tego, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców tj. art. 7 ust. 1 Pzp.

W tym stanie faktycznym i prawnym Izba uznała, że pomimo wskazanych powyżej błędów popełnionych przez Zamawiającego w toku postępowania, w szczególności w zakresie nie uszczegółowienia kwoty podanej przed otwarciem ofert (na podstawie art. 86 ust. 3 Pzp), zważywszy także, iż Odwołujący miał możliwość żądania wyjaśnień w zakresie zapisów specyfikacji, w tym w zakresie wielkości (wartości) przewidzianych w siwz zamówień uzupełniających, w przedmiotowym postępowaniu wystąpiła przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określona w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, stosownie do wyniku postępowania.

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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - 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*