

Sygn. akt: KIO/UZP 957 /08

WYROK
z dnia 23 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Grzegorz Mazurek

Izabela Niedziałek

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 września 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **PTK Centertel Sp. z o.o. ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komenda Wojewódzka Policji w Gdańsku ul. Okopowa 15, 80-819 Gdańsk** protestu z dnia **29 sierpnia 2008 r.**

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

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **PTK Centertel Sp. z o .o. ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa** 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 uiszczanego przez **PTK Centertel Sp. z o .o. ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (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 **PTK Centertel Sp. z o .o. ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie usług telekomunikacyjnych telefonii komórkowej wraz z dostawą aparatów telefonicznych i modemów.

Dnia 20 sierpnia Odwołujący wniósł protest za zarzutem naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą lub Pzp” poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy.

Odwołujący wskazał, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy brak jest podstaw do uznania, iż ma zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy stanowiący, że Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący stwierdził, że podstawy decyzji o unieważnieniu postępowania z powołanej przyczyny nie może stanowić okoliczność nieposiadania przez Zamawiającego wystarczających środków finansowych na wykonanie zamówienia w bieżącym roku budżetowym. Uzasadniając to stwierdzenie powołał pogląd zaprezentowany przez Sąd Okręgowy w Poznaniu /postanowienie z dnia 4 listopada 2005 r. sygn. Akt II Ca 941/05/, zgodnie z którym wadą w rozumieniu powołanego przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania, która wywiera istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia, że powoduje jej bezwzględną nieważność.

Odwołujący wskazał na te wady postępowania, które są unormowane w art. 146 w ustępie 1 w punktach od 1 do 7.

Zdaniem Odwołującego, wskazany przez Zamawiającego brak wystarczających środków finansowych na pokrycie zobowiązań umownych względem Odwołującego, w budżecie na rok bieżący, nie mieści się w żadnej z przesłanek przepisu art. 146 ust. 1 ustawy.

Odwołujący zaznaczył, że postanowienia SIWZ nie określały żadnych szczególnych zasad w zakresie obliczenia ceny oferty i wypłaty wynagrodzenia. Fakt, że Zamawiający oczekiwał rozłożenia płatności za realizację zamówienia równomiernie na cały okres realizacji umowy, nie skutkuje naruszeniem przepisów ustawy mającym wpływ na wynik postępowania. W odwołaniu podkreślono, że katalog podstaw unieważnienia postępowania określony jest enumeratywnie w art. 93 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazał, że poza przesłankami nieważności umowy, za wadę uniemożliwiającą zawarcie umowy uznaje się obiektywną niemożność dokonania wyboru

najkorzystniejszej oferty. Jako przykłady podał: niedopuszczalną modyfikację SIWZ, opis przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję, wprowadzenie licznych zmian do SIWZ na krótko przed upływem składania ofert bez jego przedłużenia, ustalanie kryteriów oceny ofert z pominięciem kryterium ceny, ustalenie kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy, uwzględnienie przy ocenie ofert ceny netto. Odwołujący powołał w tym zakresie stosowne orzecznictwo.

W prowadzonym postępowaniu, jak stwierdził Odwołujący, istnieje obiektywna możliwość wyboru oferty. Złożona przez niego oferta spełnia wszystkie wymagania i nie podlega odrzuceniu; jest więc ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, że okoliczność zabezpieczenia w środkach budżetowych przewidzianych przez Zamawiającego na wykonanie zadania na rok bieżący, niższej kwoty, niż należna zgodnie ofertą odwołującego, nie może być podstawą unieważnienia. Kwota na sfinansowanie zamówienia winna wynikać, w przypadku jednostki sektora finansów publicznych, - z jej planu finansowego lub budżetu. Biorąc pod uwagę fakt, że w niniejszej sprawie przewiduje się zawarcie umowy z 2 letnim okresem realizacji, to Zamawiający zobowiązany był zapewnić wystarczające środki finansowe na realizację umowy w całym okresie jej obowiązywania tj. 2008 i 2009 roku. Odwołujący wywodzi, że skoro Zamawiający zaplanował zawarcie umowy z 24 miesięcznym okresem realizacji, powinien oszacować prawidłowo wartość zamówienia, zaciągnąć planowane zobowiązanie i dokonywać wydatków publicznych realizując zawartą umowę (art. 35 ust. 3 pkt 3 ustawy z 30 czerwca 2005 r. finansach publicznych).

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że bez znaczenia pozostaje okoliczność, powołana w ogłoszeniu o wyniku postępowania, iż Zamawiający „oczekiwał płatności za realizację przedmiotu zamówienia równomiernie na okres 24 miesięcy, czyli na cały czas trwania umowy.” Zamawiający powinien bowiem liczyć się z ograniczeniami wydatków do poniesienia w danym roku budżetowym i uwzględnić tę okoliczność w formularzu ofertowym i wzorze umowy poprzez wprowadzenie stosownego ograniczenia np. że wysokość jednorazowej opłaty za dostawę sprzętu nie może przekroczyć, określonej procentowo, wartości oferty. Odwołujący podał przykład takich zabezpieczeń stosowanych przez podmioty zamawiające usługi teleinformatyczne, w tym treść SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Sprawiedliwości na zakup usługi transmisji danych na potrzeby obsługi centralnych rejestrów sądowych, w którym zastrzeżono, że opłata ryczałtowa za instalację systemu nie może przekroczyć 10% łącznej ceny oferty.

Brak podobnego zastrzeżenia nie może prowadzić do przerzucania skutków tego zaniechania na wykonawcę, który złożył prawidłową ofertę.

Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający na sfinansowanie zamówienia kwotę 660.000 zł brutto, a cena najkorzystniejszej oferty wynosi 469.961,98 zł. Zamawiający

wskazał globalną kwotę , bez rozbijania tej kwoty na poszczególne lata tj. 2008 i 2009. Odwołujący zwrócił również uwagę na przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 4 rozpatrywaną w kontekście „kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”, co oznacza, że zamawiający może reagować w razie zmiany jego sytuacji finansowej. Powołując się na wyrok SO w Opolu z dnia 8 listopada sygn. akt IICa 752/05 odwołujący stwierdził, że ewentualne unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 następuje dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Jednocześnie argumentację Zamawiającego opartą na dotychczasowym doświadczeniu z zakresu zasad płatności przy podobnych zamówieniach, w których podstawową opłatę stanowi abonament płacony cyklicznie, natomiast koszt aparatu jest symboliczny (najczęściej 1 zł), Odwołujący uznał za pozbawioną znaczenia. Wskazując, że sposób płatności za usługę telekomunikacyjną w zakresie telefonii komórkowej stanowi co najwyżej pewien zwyczaj, nie zaś zasadę lub normę prawa powszechnie obowiązującego. Wskazał na brak jednego wzorca w tym zakresie, stąd nieuzasadnione są oczekiwania Zamawiającego rozłożenia płatności na równe części przy jednoczesnym zaoferowaniu symbolicznego kosztu aparatów telefonicznych.

Odnosząc się do kolejnej wskazanej przesłanki unieważnienia z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, Odwołujący wskazał na konieczność kumulatywnego wystąpienia trzech przesłanek unieważnienia określonych w tym przepisie, przesłanek trwałych i nieprzewidywalnych w chwili wszczęcia postępowania, co w niniejszym postępowaniu nie nastąpiło. Na rozprawie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania powołał podstawę unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, natomiast w rozstrzygnięciu protestu dodatkowo powołał pkt 4 i 6 art. 93 ust. 1 ustawy Pzp, a każda z powołanych przesłanek powinna być adekwatna do konkretnego stanu faktycznego.

Stanowisko Zamawiającego w tym zakresie jest niejasne, w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający wskazał na niemożność zawarcia umowy, odwołując się do ustawy budżetowej, która jest aktem prawnym równym rangą z ustawą Pzp.

Ani z ustawy budżetowej ani z ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie wynika nieważność umowy zawartej z przekroczeniem uprawnień. Odwołujący wskazał również na odpowiedzialność Zamawiającego za bezprawne unieważnienie postępowania. Odwołujący podkreślił, że przygotował ofertę zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego opisanymi w siwz, przyjmując rzeczywistą wartość oferowanego sprzętu i stwierdził, że oczekiwania Zamawiającego otrzymania w ofercie aparatów za 1,00 zł nie mają uzasadnienia.

Złożył ofertę nie standardowa uwzględniająca warunki postawione przez Zamawiającego.

Wskazując przedstawione zarzuty, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, w którego następstwie Zamawiający dokona wyboru oferty i zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i stwierdził, że powołał jako podstawę prawną dokonanej czynności unieważnienia postępowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych jako najbliższy stanowi faktycznemu niniejszego postępowania. Powołany przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 i 6 stanowi dodatkową argumentację przemawiającą za zasadnością unieważnienia postępowania. Zamawiający powołał się na wieloletnie doświadczenie w korzystaniu z usług telekomunikacyjnych oraz dokonywaniu zakupów aparatów telefonicznych i modemów, z których wynika, że podstawową opłatę stanowi abonament płacony cyklicznie przez okres 24 miesięcy, natomiast koszt aparatu jest symboliczny (najczęściej 1 zł). Zamawiający stwierdził, że nie spodziewał się takiej oferty, gdyż w obrocie takie oferty nie występują. Oferta Odwołującego stanowi „kuriozum, precedens.”

Szacując wartość przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu, Zamawiający opierał się na 10 letnim doświadczeniu w realizowanych umowach. Do tej pory wartość telefonu wynosiła z reguły 1,00 zł, a cała reszta ceny zawarta była w abonamencie.

Wyjątkowo przy zakupie telefonu z najwyższej „półki” wartość telefonu w ofercie sięgała maksymalnie 20% wartości umowy.

Zamawiający potwierdził, że oferta Odwołującego z 0,1 groszem za abonament jest interesująca, lecz niemożliwa do przyjęcia ze względów finansowych tj. ograniczonych możliwości wydatkowania środków finansowych w bieżącym roku budżetowym.

Wskazał, jak w rozstrzygnięciu protestu, że plan wydatków za zakup sprzętu teleinformatycznego w bieżącym roku wynosi 44 tys. zł, a w ofercie Odwołującego cena sprzętu jest 10-krotnie wyższa niż cały budżet na ten rok i wynosi ok. 441 tys. zł.

Zamawiający wskazał, że nie zawarł w siwz szczególnych warunków płatności na dostawę sprzętu i usług, gdyż nie spodziewał się złożenia oferty w kształcie jakim otrzymał tj. takiej, w której na początku 2. letniego okresu realizacji zmuszony byłby zapłacić 94% wartości całej umowy tj. ceny telefonów, które w ofercie przekraczają cenę aparatów dostępnych na rynku, zgodnie z rozpoznaniem dokonany w ofertach udostępnianych drogą internetową.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron a złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje.

Stwierdzono, że Odwołujący posiada interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, gdyż w wypadku uwzględnienia odwołania, jako Wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę, mógłby uzyskać zamówienie.

Oceniając czynność unieważnienia postępowania, Izba uznała, w okolicznościach opatrywanej sprawy, że Zamawiający miał uzasadnioną podstawę unieważnić prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług telekomunikacyjnych telefonii komórkowej wraz z dostawą aparatów telefonicznych i modemów. Należy podkreślić, że jak wynika z postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu, cena oferty jest kwotą łączną cen składowych świadczeń rodzajowo różnych, odrębnie wycenianych i przewidzianych do odrębnego rozliczenia. Potwierdza to treść § 3 ust. 2 i 3 umowy stanowiącej załącznik do SIWZ, z której wynika, że za dostarczone urządzenia zostanie dokonana jednorazowa zapłata, a następnie, w toku realizacji umowy przewidzianej na okres 24 miesięcy, Zamawiający będzie uiszczał miesięczne wynagrodzenie, na które składają się opłaty abonamentowe i opłaty za połączenia poza abonamentem.

Jak ustalił skład orzekający Izby, Zamawiający przed ogłoszeniem o zamówieniu, które ukazało się dnia 4 lipca 2008 r. dokonał oszacowania wartości przedmiotu zamówienia opierając się, na uzasadnionym dotychczasowym doświadczeniu i dokonanym rozeznaniem rynkowym, przyjmując jednorazową opłatę za zakup aparatów modemów w kwocie 633,18 zł, a pozostałe koszty szacując jako wynikające z przewidywanych opłat abonamentowych, uiszczanych cyklicznie. W ocenie Izby, przeprowadzone ustalenie wartości zamówienia i z uwzględnieniem należnego podatku od towarów i usług na kwotę 659.996,82 zł zostało przeprowadzone z należytą starannością w rozumieniu art. 32 ustawy Pzp.

Jest przy tym niesporne, że cena łączna złożonej oferty w kwocie 469.961,98 zł obejmująca wszystkie wymagane elementy, jest niższa od wyżej określonej przez Zamawiającego kwoty. Złożona oferta jest również ważnie złożona i jest ofertą najkorzystniejszą. Skład orzekający Izby uznał jednocześnie, że obowiązujący plan finansowy na rok bieżący nie umożliwia dokonania wydatku budżetowego na zakup sprzętu w kwocie wynikającej z treści oferty z uwagi na wielkość cen elementów składających się na cenę oferty, w których cena

jednorazowa sprzętu przekracza około dziesięciokrotnie możliwości finansowe Zamawiającego w tym zakresie. Należy zwrócić uwagę, że ceną w rozumieniu ustawy o cenach i określoną w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest ceną do rzeczywistej zapłaty. W tym kontekście i przy niespornej okoliczności, że płatności różnych elementów mają nastąpić w okresie kolejnych lat budżetowych, w rzeczywistych jednostkach pieniężnych, uzasadnione jest stwierdzenie, że cena dotycząca sprzętu teleinformatycznego przewyższa kwotę, którą Zamawiający może za ten sprzęt uiścić w obecnym roku budżetowym.

Oznacza to, w ocenie składu orzekającego, że podstawą faktyczną dokonanej czynności unieważnienia postępowania, opisaną w zawiadomieniu o wyniku postępowania, jest otrzymanie przez Zamawiającego oferty, której wybór i zawarcie umowy z Wykonawcą tę ofertę składającym, spowodowałby konieczność uiszczenia ceny, przewyższającej kwotę, którą Zamawiający może uiścić za realizację części umowy w terminie i w zakresie należności za oferowane aparaty telefoniczne. Tym samym mimo powołania przez Zamawiającego błędnej podstawy prawnej unieważnienia postępowania, Izba uznaje, że w ocenianym postępowaniu zaszła przesłanka prawna unieważnienia postępowania przewidziana w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Jednocześnie, podzielając co do zasady powołane przez Odwołującego w odwołaniu stanowisko Sądu Okręgowego Opolu w orzeczeniu z dnia 8.11.2005 r. sygn. akt II Ca 752/05, iż unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 następuje dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznaje za oczywiste, że oferta Odwołującego, jak wcześniej wskazano, jest ofertą najkorzystniejszą. Wobec faktu, że jest to jedyna oferta złożona w postępowaniu, nakazywanie Zamawiającemu dokonania dodatkowej czynności literalnego odrębnego stwierdzenia o wyborze najkorzystniejszej oferty, a następnie stwierdzenia o unieważnieniu postępowania stanowiłoby w ocenie Izby przejaw zbędnego formalizmu uchybiającego zasadzie szybkości i ekonomii postępowania.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w pkt 1 wyroku.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*