

WYROK
z dnia 4 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Luiza Łamejko
Grzegorz Mazurek

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 września 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jana Waza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz Koniuszowa 136, 33-326 Mogilno** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Ciężkowice ul. Tysiąclecia 19, 33-190 Ciężkowice** protestu z dnia **31 lipca 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 Jana Waza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz Koniuszowa 136, 33-326 Mogilno 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 **Jana Waza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz Koniuszowa 136, 33-326 Mogilno;**
- 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 **Jana Waza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz Koniuszowa 136, 33-326 Mogilno.**

2

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Ciężkowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Termomodernizację budynku Zespołu Szkół w Jastrzębi”. W dniu 23 maja 2008 r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz.109182 -2008. W tym samym dniu nastąpiła publikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 25 lipca 2008 r. Zamawiający (pismem z dnia 24 lipca 2008 r.) poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Jana Waza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz

z siedzibą w Mogilnie 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 w wyniku dokonania ponownej oceny ofert, która nastąpiła po uwzględnieniu protestu Odwołującego w dniu 16 lipca 2008 r., jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez Odwołującego. Na tym etapie postępowania jest to jedyna ważna oferta, w której zaoferowano wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 1 138 194,88 zł. Zamawiający stwierdził, że podczas jawnej części otwarcia ofert w dniu 16 lipca 2008 r. podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. 1 150 000,00 zł. Kwota powyższa obejmowała kredyt termomodernizacyjny z BOŚ w wysokości 585 000,00 zł (umowa kredytu nr 013/W06/TM/2008/203 z dnia 29 kwietnia 2008 r.) oraz środki własne Zamawiającego w wysokości 565 000,00 zł. W dniu 23 czerwca 2008 r. Zamawiający otrzymał jednak zawiadomienie z Banku Gospodarstwa Krajowego o zmniejszeniu kwoty kredytu, określonej w umowie kredytu, do wysokości 450 641,60 zł (pismo nr 1301/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r.), co oznacza, że w chwili obecnej, po uwzględnieniu środków własnych, Zamawiający może przeznaczyć na realizację przedmiotowego zadania kwotę 1 015 641, 60 zł, która jest niższa od ceny oferty wybranej jako najkorzystniejsza.

Na czynność unieważnienia postępowania w dniu 31 lipca 2008 r. wniósł protest Odwołujący - Jan Waz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7, art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz innych „wynikających z treści uzasadnienia”, poprzez niesłuszne unieważnienie postępowania.

3

Odwołujący wniósł w proteście o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i wezwał Zamawiającego do zawarcia umowy. W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, powołując się na orzecznictwo Zespołu Arbitrów oraz opinię UZP zamieszczoną na stronie internetowej Urzędu www.uzp.gov.pl, że Zamawiający „ma możliwość dokonania przeniesień wydatków między rozdziałami i paragrafami klasyfikacji wydatków [...], zamawiający nie jest zobowiązany do unieważniania postępowania w każdym przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza równowartość kwoty, którą planował przeznaczyć na realizację zamówienia [...], może zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia tak, aby była ona wyższa od ceny zawartej w ofercie najkorzystniejszej, [...] o ile uzna to za uzasadnione i celowe”. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający wszczynając i prowadząc równoległe kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na ten sam przedmiot, naruszył przepisy ustawy o finansach publicznych, w tym zasady wydatkowania środków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, w sposób umożliwiający terminową realizację zadań i w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie udowodnił, że nie posiada wystarczających środków na sfinansowanie zamówienia - fakt zmniejszenia kwoty kredytu nie oznacza braku wystarczających środków.

Odwołujący zwrócił uwagę, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki unieważnienia jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114, ze zmianami), natomiast drugi przetarg prowadzony przez Zamawiającego na ten sam przedmiot zamówienia powinien być unieważniony na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, gdyż jego prowadzenie nie leży w interesie publicznym.

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 14 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, art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz

łącznie rozpoznanie odwołania z odwołaniem wniesionym przez niego w postępowaniu, które Zamawiający prowadzi równocześnie z przedmiotowym postępowaniem na ten sam przedmiot zamówienia.

Odwołujący podtrzymał w całości argumentację zawartą w proteście i dodatkowo stwierdził, że Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

4

pomimo niepewności posiadania środków, co jest niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych i ustawą o finansach publicznych.

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.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołujący posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiący przesłankę do korzystania ze środków ochrony prawnej. Oferta złożona przez Odwołującego została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Naruszenie przez Zamawiającego 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 przepisu art. 7 i art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez unieważnienie przedmiotowego postępowania z uwagi na niemożliwość przeznaczenia środków na sfinansowanie zamówienia w wysokości odpowiadającej cenie oferty wybranej jako najkorzystniejsza.

Zamawiający w dniu 28 kwietnia 2008 r. zawarł umowę kredytu na przedsięwzięcie termomodernizacyjne Nr 013/W06/TM/2008/203 z Bankiem Ochrony Środowiska S.A. w Warszawie. W § 1 ust. 1 ww. umowy określono kwotę kredytu na 585 000,00 zł, co stanowi 79,89 % kosztu przedsięwzięcia, które zostało opisane w § 3 umowy, ze wskazaniem jako obiektu przedsięwzięcia termomodernizacyjnego – budynku Zespołu Szkół Publicznych w Jastrzębi 1. W § 1 ust. 2 ww. umowy znajduje się postanowienie, na mocy którego Bank zobowiązał się do udzielenia kredytu pod warunkiem przyznania Zamawiającemu przez Bank Gospodarstwa Krajowego premii termomodernizacyjnej.

W dniu 23 czerwca 2008 r. pismem z dnia 17 czerwca 2008 r. Bank Gospodarstwa Krajowego przesłał do Zamawiającego zawiadomienie Nr 1301/2008 o przyznaniu premii termomodernizacyjnej. Wysokość przyznanej premii została określona na kwotę 112 660,40 zł, która stanowi 25 % kwoty kredytu zatwierdzonej/zweryfikowanej w wyniku postępowania weryfikacyjnego audytu energetycznego. Zgodnie z oceną weryfikacyjną, maksymalna kwota kredytu została określona na 450 641,60 zł.

Jak wyjaśnił Zamawiający, środki własne, które zostały zaplanowane na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia wynoszą 565 000,00 zł. Kwota ta wraz z przyznaną ostatecznie

5

kwotą kredytu łącznie stanowi sumę 1 015 641, 60 zł. Powyższą kwotę przewyższa cena oferty najkorzystniejszej - 1 138 194,88 zł. Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania oświadczył, że kwota 1 015 641, 60 zł jest maksymalną kwotą, którą może przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego oświadczył, że Zamawiający dotychczas realizował trzy przedsięwzięcia termomodernizacyjne, finansowane przy pomocy kredytu z BOŚ i w tych trzech przypadkach otrzymał kredyt w wysokości równej kwocie określonej w umowie kredytu, co uzasadniało przeświadczenie Zamawiającego, że przyznana kwota kredytu w przedmiotowym postępowaniu nie będzie mniejsza od kwoty wskazanej w umowie.

Z uwagi na argumentację Odwołującego należy podkreślić, że kwota, którą zamawiający podaje przed otwarciem ofert, jako kwotę, którą „zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” nie jest „z definicji” tożsama z kwotą, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp tj. kwotą, którą zamawiający „może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”. Pierwsza

obejmuje kwotę przewidywaną, zaplanowaną, natomiast druga jest kwotą pewną, rzeczywiście dostępną, wynikającą z faktycznego stanu wykonania planu finansowego. W żadnym razie słowo „może”, użyte w tym przepisie, nie oznacza swobody zamawiającego, który jako jednostka sektora finansów publicznych podlega przepisom ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. Nr 249, poz. 2104 z późniejszymi zmianami) i aktów wykonawczych. Przesłanka unieważnienia postępowania określona w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp obejmuje niewątpliwie sytuacje, gdy zamawiający nie może wygospodarować dodatkowych środków na sfinansowanie zamówienia w kwocie przekraczającej kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć (cena oferty jest wyższa niż środki zaplanowane), podaną przed otwarciem ofert, jak również sytuacje, gdy brak środków następuje na skutek zmniejszenia kwoty, którą zamawiający przewidywał na sfinansowanie zamówienia, tzn. może przeznaczyć kwotę niższą od podanej przed otwarciem ofert (cena oferty mieści się w kwocie zaplanowanej na początku postępowania), przy czym zmniejszenie środków nastąpiło w efekcie zdarzeń nieprzewidzianych i niezależnych od zamawiającego. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Zmniejszenie środków, które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nastąpiło w wyniku okoliczności obiektywnych - w wyniku decyzji Banku tj. innego, niezależnego od Zamawiającego podmiotu. Decyzja powyższa była efektem czynności weryfikacyjnych, podjętych przez BGK, niezależnie od woli Zamawiającego. W tych okolicznościach brak jest podstaw do uznania za uzasadnione twierdzenie Odwołującego, że brak środków nie wynika ze zmniejszenia kwoty kredytu, lecz z decyzji Zamawiającego, który nie podjął działań zmierzających do zwiększenia środków, dążąc do unieważnienia postępowania.

6

Izba podzieliła w całości stanowisko przedstawione w opinii prawnej UZP (pkt 16 wykazu opinii prawnych www.uzp.gov.pl) przytoczone w proteście i odwołaniu przez Odwołującego. Prawidłowe są stwierdzenia zawarte w ww. opinii, że zamawiający ma możliwość dokonania przeniesień wydatków między rozdziałami i paragrafami klasyfikacji wydatków i nie jest zobowiązany do unieważniania postępowania w każdym przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza równowartość kwoty, która planował przeznaczyć na realizację zamówienia, ponieważ może zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia. Błędem jest jednak wywodzenie z treści powyższej opinii, że zamawiający ma obowiązek dokonywania przesunięć wydatków w celu dofinansowania zamówienia, gdy cena oferty najkorzystniejszej jest wyższa od kwoty środków, które zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a także, że zamawiający musi udowodnić fakt, że dokonanie takich przesunięć nie jest możliwe.

W ocenie Izby, decyzja Zamawiającego w zakresie dokonania przesunięć środków w budżecie jest suwerenną decyzją zamawiającego, który jest odpowiedzialny za własną gospodarkę finansową oraz realizację zadań i celów zgodnie z ustalonymi priorytetami i planami finansowymi, a także zgodnie z przepisami ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 z późniejszymi zmianami). Stwierdzić należy, że w tym zakresie Zamawiający, jako jednostka sektora finansów publicznych, podlega także stosownej kontroli przez odpowiednie, upoważnione organy.

Jak wyjaśnił Zamawiający na rozprawie, podjęcie uchwały przez Radę Gminy w dniu 7 sierpnia 2008 r. o zmniejszeniu środków nastąpiło w pierwszym możliwym terminie tj. na pierwszej sesji Rady, która odbyła się po wpłynięciu zawiadomienia BGK w dniu 23 czerwca 2008 r. Izba stwierdziła, że Prawo zamówień publicznych w żadnym przepisie nie wymaga przekazywania przez zamawiającego wykonawcom dokumentów na potwierdzenie okoliczności przywoływanych w przesyłanych wykonawcom informacjach, w szczególności dotyczących uzasadnienia decyzji, podejmowanych w postępowaniu. Postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne, protokół postępowania wraz załącznikami jest dostępny do wglądu wykonawcom, budżet gminy, uchwały Rady Gminy itp. dokumenty są dostępne jako informacja o sprawach publicznych, zgodnie z ustawą z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198 z późniejszymi zmianami).

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego, że unieważnienie postępowania jest przejawem dyskryminującego sposobu traktowania Odwołującego przez Zamawiającego. Izba nie doszukała się przejawów takiego traktowania, jak również Odwołujący nie wykazał,

że twierdzenie powyższe jest zasadne i ma odzwierciedlenie w konkretnych okolicznościach.

7

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 w tym przepisie przesłanek, w tym przesłanki dotyczącej braku środków wystarczających na pokrycie kosztu realizacji zamówienia za cenę zawartą w ofercie 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 odnosiła się do podnoszonych przez Odwołującego w proteście i odwołaniu twierdzeń dotyczących innego postępowania w sprawie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego na ten sam przedmiot zamówienia, zważywszy, że środki ochrony prawnej, określone w prawie zamówień publicznych przysługują na czynności zamawiającego dokonane lub zaniechane w danym postępowaniu. Łączne rozpoznanie odwołań może nastąpić wyłącznie na podstawie zarządzenia Prezesa KIO, jeżeli odwołania zostały wniesione w tym samym postępowaniu i dotyczą tych samych czynności Zamawiającego. Sprawa dotycząca odwołania wniesionego przez Odwołującego do Prezesa UZP w dniu 8 sierpnia 2008r. była rozpatrywana odrębnie przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygn. akt KIO/UZP/837/08.

Izba uznała za nie mającą istotnego znaczenia dla rozpoznania niniejszej sprawy dokumentację ww. postępowania, zważywszy, że Odwołujący nie wskazał jakie okoliczności powinny zostać wykazane za pomocą dokumentacji postępowania o sygn. KIO/UZP/837/08 oraz nie określił, które części dokumentacji przywołuje na ich potwierdzenie, a ponadto zważywszy, że protest Odwołującego z dnia 23 lipca 2008 r. został wniesiony przed dokonaniem przez Zamawiającego czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp i zawierał argumentację nie związaną z powyższą czynnością Zamawiającego.

Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący zarzucając Zamawiającemu nieuzasadnione unieważnienie przedmiotowego postępowania o zamówienie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, w kontekście ponownie wszczętego przetargu nieograniczonego na ten sam przedmiot zamówienia, nie przedstawił żadnych dowodów, potwierdzających, że zamówienie

8

powyższe będzie finansowane ze środków, które w momencie unieważnienia były sfinansowania zamówienia przedmiotowego postępowania wystarczające dla unieważnionego. Zauważyć przy tym należy, że kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie kolejnego zamówienia na ten sam przedmiot zamówienia, którą Zamawiający podał przed otwarciem ofert w dniu 1 sierpnia 2008 r. jest to kwota 1 015 641,60 zł, a zatem kwota uwzględniająca zmniejszoną wysokość kredytu BOŚ (druk ZP – 2/PN,NBO/ZOC, oznaczenie sprawy G-341-8/08). Ponadto w danym stanie faktycznym, Izba stwierdziła, że nie jest podmiotem uprawnionym do badania celowości i racjonalności decyzji Zamawiającego o wszczęciu powyższego postępowania o zamówienia publiczne, w szczególności z punktu widzenia ustawy o finansach publicznych.

Biorąc za podstawę stan rzeczy ustalony w postępowaniu, wobec nie stwierdzenia przez KIO naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7

ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania.

9

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 Tarnowie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

** niepotrzebne skreślić*

10