

» _i

Sygn. akt XXIII < ia < -?.0-u9

. "fc, li* " „m

Ws

W V R O K

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 sierpnia 2009r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący - SSO Joanna Stępień - Kordiał (spr.)

Sędziowie: SO Elżbieta Hniedziewicz

SO Elżbieta Wierzbicka

Protokolant Piotr Ociepa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2009r. w Warszawie
sprawy ze skargi P.P.U.P. Poczta Polska
z udziałem przeciwnika skargi Piotra Fabijańskiego
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 16 czerwca 2009r., sygn. akt K1O/UZP 715/09
o udzielenie zamówienia publicznego

1. oddała skargę,
2. zasądza od P.P.U.P. Poczta Polska na rzecz Piotra Fabijańskiego kwotę 1200 zł (jeden tysiąc dwieście złotych) tytułem kosztów postępowania.

WŁAŚCIWE PODPISY

zobowiązać

• 7 SEKg.

Kri

Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Państwowe Użyteczności Publicznej Poczta Polska prowadzi jako zamawiający postępowanie o udzielenia zamówienia w trybie przetargu publicznego nieograniczonego pod nazwą „Utrzymanie czystości w obiektach Poczty Polskiej” na podstawie ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 grudnia 2008 r. pod nr 2008/S 251- 3364/84. W dniu 7 maja 2009 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania w częściach I - IV oraz VIII na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, gdyż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż w wyniku powłórnego badania ofert zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 3 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 352/09) cena najkorzystniejszej oferty firmy Clean Service z siedzibą w Piasecznie, przewyższa wielkość posiadanych środków przeznaczonych na powyższe cel o około 1.079.700,- zł w skali roku 2009. Wskazał, iż szacowanie przedmiotu zamówienia miało miejsce w październiku 2008 r. zaś w dniu otwarcia ofert tj. 4 lutego 2009 r. zamawiający nie mógł przewidzieć, iż projekt planu nie zostanie zatwierdzone w koniecznej wielkości i przydzielone środki będą w znacznym stopniu ograniczone. W kwietniu 2009 r. zamawiający otrzymał informację o znacznym ograniczeniu środków finansowych na realizację

przedmiotowego zadania i zobowiązany był do podjęcia działań mających na celu ograniczenie kosztów działalności. Zamawiający wskazał, iż dalsze prowadzenie postępowania oraz wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, gdyż wykonanie zamówienia nie jest możliwe.

W dniu 15 maja wykonawca Piotr Fabijański prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Clean Service wniósł protest na czynność unieważnienia postępowania. Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 91, 62, 93 ust. 1 pkt 4 prawa zamówień publicznych i zażądał unieważnienia czynności unieważnienia postępowania powtórzenia czynności zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Wskazał, iż zamawiający podczas otwarcia ofert podał, jaką kwotę zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w poszczególnych częściach, zaś podane kwoty nie były wyższe od cen wskazanych przez protestującego w swojej ofercie na poszczególne części. Podniósł, iż kwota, którą zamawiający podaje przed otwarciem ofert jako kwotę którą „zamierza

przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” nie jest tożsama z kwotą o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy tj. kwotą, którą zamawiający „może przeznaczyć na sfinansowanie

zamówienia”. Pierwsza obejmuje kwotę przewidywaną, zaplanowaną, natomiast druga jest

*

kwota pewną, rzeczywiście dostępną, wynikającą z faktycznego stanu wykonania planu finansowego. Protestujący wskazał, iż użycie w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy wyrazu „może” nie oznacza swobody zamawiającego. Przesłanka unieważnienia postępowania określona w tym przepisie obejmuje sytuację, gdy zamawiający nie może wygospodarować dodatkowych środków na sfinansowanie zamówienia w kwocie przekraczającej kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć (tj. cena oferty jest wyższa niż środki zaplanowane), nie zaś kiedy cena oferty jest niższa od zaplanowanych środków. Możliwości finansowe zamawiającego należy odnosić do kwoty, którą zamawiający stosownie do treści art. 86 ust. 1 podaje na publicznym otwarciu ofert tuż przed podjęciem tej czynności. Kwota, którą zamawiający może faktycznie przeznaczyć na zamówienie nie może być niższa od kwoty podawanej na

otwarciu ofert.

Zamawiający pismem z dnia 22 maja 2009 r. rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie. Wskazał, iż przyjęcie warunków oferty protestującego skutkuje zagrożeniem powstania znacznego deficytu o wartości ok. 1.079.700 zł w skali regionu.

W dniu 1 czerwca wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał zarzuty, żądania i argumentację z protestu.

Wyrokiem z dnia 16 czerwca 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności postępowania prowadzonego przez zamawiającego w części I, II, IV i VIII postępowania. Izba ustaliła, iż odwołujący podał w swej ofercie w częściach I, II, IV i VIII ceny niższe niż podane przed otwarciem ofert. Zarówno cena ogólna oferty brutto odwołującego jak i ceny podane w tych częściach mieściły się w kwotach podanych przez zamawiającego przed otwarciem ofert. W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 4 prawa zamówień publicznych unieważniając postępowanie w tym zakresie w sytuacji gdy nie istniała przesłanka do unieważnienia na podstawie wskazanego przepisu, tj. cena oferty najkorzystniejszej nie przewyższyła kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w świetle przedstawionych dowodów.

Kwoty, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 prawa zamówień nie należy w pełni utożsamiać z podawaną bezpośrednio przed otwarciem ofert kwotą, jako zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 ustawy). Ustawodawca celowo użył w tych

przypadkach dwóch sformułowań. Podana zgodnie z art. 86 ust. 3 prawa zamówień kwota wiąże zamawiającego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jej nie przekracza. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej unieważnienie postępowania na podstawie przesłanki z art 93 ust. 1 pkt 4 prawa zamówień w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jej nie przekracza jest bezpodstawne, chyba że zamawiający udowodni, iż od momentu podania kwoty zamierzonej do wyboru najkorzystniejszej oferty zaszyły nieprzewidywalne okoliczności, które zasadniczo zmieniły jego możliwości finansowe. Kwota podana zgodnie z art. 86 ust. 3 prawa zamówień nie wiąże natomiast zamawiającego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty ją przekracza. Wówczas, jeśli po dokonaniu odpowiednich korekt w budżecie zamawiający może zabezpieczyć wyższe środki na finansowanie zamówienia, nie będzie zobowiązany do unieważnienia postępowania. W sprawie niniejszej zamawiający nie udowodnił, iż po otwarciu ofert zaszyły okoliczności, które zasadniczo zmieniły jego możliwości finansowe. Izba nie uznała za dokument potwierdzający brak możliwości finansowych notatek służbowych z dnia 27 kwietnia 2009 r. oraz z 10 czerwca 2009 r. sporządzonych przez Michała Klimaszewskiego, które potwierdzają jedynie zagrożenie przekroczenia planu o kwotę ponad 1 mln. złotych, gdy wartość unieważnionych części wynosi ponad 16 mln złotych. Z tego samego powodu KIO nie uznała dowodu w postaci notatki z dnia 27 kwietnia 2009 r. podpisanej przez Mirosława Kulę i Ryszarda Lenarta. Ponadto Izba nie uznała jako dowodu potwierdzającego brak możliwości finansowych zamawiającego pisma z dnia 29 stycznia 2009 r. podpisanego przez zastępcę dyrektora

Centrum Infrastruktury Jana Kozłowskiego. Pismo to powołuje się bowiem na zaakceptowany w dniu 14 listopada 2008 r. plan działań naprawczych w Poczcie Polskiej, który zatwierdza plan działań, jakie poczta zamierza wdrożyć w celu osiągnięcia poprawy wyników prowadzonej działalności. Pismo podaje, iż jednym z elementów tego planu jest renegotjowanie umów kosztowych polegające na przeglądzie zawartych umów, a także na ograniczeniu umów na świadczenie usług porządkowych, zwłaszcza w odniesieniu do małych urzędów pocztowych. Pismo to w żaden sposób nie odnosi się do postępowań wszczętych a jeszcze niezakończonych.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę na fakt zawarcia przez zamawiającego w wyniku przedmiotowego postępowania umów z trzema wykonawcami na zadania V, VI i VII, na które to części zamawiający posiadał środki finansowe (pomimo, że dotyczą one tego samego postępowania) zaś bezpodstawnie unieważnił postępowanie powołując się na brak środków finansowych w częściach , w których odwołujący złożył ofertę z ceną najniższą. W ocenie KIO powyższe okoliczności skutkują uznaniem, iż

potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 prawa zamówień publicznych, gdyż zamawiający nie przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców zawierając umowy z wybranymi wykonawcami, dla których posiadał środki finansowe na realizację umów, zaś w stosunku do odwołującego się unieważnił postępowanie z powodu braku środków.

Dodatkowym argumentem przemawiającym za bezzasadnym unieważnieniem przedmiotowego postępowania z powodu braku środków jest postanowienie § 1 ust. 4 i 5 wzoru umowy przyznające zamawiającemu prawo do ograniczenia zakresu przedmiotu umowy ze względu na aktualne potrzeby bądź posiadane środki finansowe. Na podstawie tego zapisu zamawiający po zawarciu umowy będzie mógł zmienić zakres przedmiotu umowy w stosunku do wysokości posiadanych środków oraz jego potrzeb.

Od powyższego wyroku skargę wniósł zamawiający - Przedsiębiorstwo Państwowe Użyteczności Publicznej Poczta Polska. Zarzucił naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 188 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 6 prawa zamówień publicznych przez wyprowadzenie z materiału dowodowego w postaci dokumentów: pism zamawiającego z dnia 27 kwietnia, 10 czerwca oraz notatki z dnia 27 kwietnia 2009 r. wniosków z nich nie wynikających, a mianowicie, że stwierdzają one jedynie zagrożenie przekroczenia planu ponad 1 mln złotych, gdy wartość unieważnionych części wynosi ponad 16 mln złotych, a co do pisma z 29 stycznia 2009 r. podpisanego przez Jana Kuzłowskiego zast. Dyrektora Centrum Infrastruktury Stwierdzono w zaskarżonym wyroku, iż nie odnosi się ono do postępowań wszczętych a jeszcze nie zakończonych - a w konsekwencji uznanie, że zamawiający nie udowodnił, iż po otwarciu ofert zaszyły nieprzewidziane okoliczności, które zasadniczo zmieniły jego możliwości finansowe.

Skarżący zarzucił również naruszenie przepisów postępowania poprzez brak wszechstronnego rozważenia i dokonania oceny materiału dowodowego w postaci załączonej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z pominięciem istotnej jego części, z której wynika, że w związku z wprowadzeniem w przedsiębiorstwie programu oszczędnościowego zamawiający zmuszony był do ponownego oszacowania środków finansowych, jakie można przeznaczyć na realizację m.in. przedmiotowego zamówienia publicznego i cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - a w konsekwencji dokonanie błędnej oceny sytuacji finansowej zamawiającego i okoliczności prowadzących do zmiany środków, jakie zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i wydanie orzeczenia

jedynie na podstawie błędnego ustalenia, że zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

W skardze podniesiono nadto zarzut naruszenia przepisów prawa materialnego tj. art. 93 ust. 1 pkt 4 prawa zamówień publicznych poprzez błędne rozróżnienie pojęć kwoty, jaką zamawiający „zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” od „kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” a w konsekwencji uznanie, że czynność unieważnienia postępowania nie spełnia wymogów z tego przepisu, oraz, naruszenie przepisu art. 86 ust.3 prawa zamówień publicznych poprzez jego błędną interpretację.

Przeciwnik skargi wnosił o odrzucenie skargi, wskazując iż był w postępowaniu reprezentowany przez radcę prawnego zaś skarżący przesłał odpis skargi bezpośrednio przeciwnikowi a nie jego pełnomocnikowi. Gdyby zaś sąd nie podzielił stanowiska przeciwnika skargi co do odrzucenia skargi, wnosił o oddalenie skargi jako bezzasadnej.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie jest zasadna.

Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne i rozważania prawne Krajowej Izby Odwoławczej i przyjmuje je za swoje. Zgodzić należy się z poglądem, iż kwoty, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 prawa zamówień nie należy w pełni utożsamiać z podawaną bezpośrednio przed otwarciem ofert kwotą, jako zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86

ust. 3 ustawy). Ustawodawca celowo użył w tych przypadkach dwóch sformułowań. Podana zgodnie z art. 86 ust. 3 prawa zamówień kwota wiąże zamawiającego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jej nie przekracza, unieważnienie postępowania na podstawie przesłanki z art 93 ust. 1 pkt 4 prawa zamówień w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty

jej nie przekracza jest bezpodstawne, chyba że zamawiający udowodni, iż od momentu podania kwoty zamierzonej do wyboru najkorzystniejszej oferty zaszyły nieprzewidywalne okoliczności, które zasadniczo zmieniły jego możliwości finansowe. Kwota podana zgodnie z art. 86 ust. 3 prawa zamówień nie wiąże natomiast zamawiającego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty ją przekracza. Wówczas, jeśli po dokonaniu odpowiednich korekt w budżecie zamawiający może zabezpieczyć wyższe środki na finansowanie zamówienia, nie będzie zobowiązany do unieważnienia postępowania. Odmienna interpretacja dokona przez skarżącego nie jest trafna, w szczególności pomija okoliczność, iż ustawodawca dokonał rozróżnienia obu pojęć w odrębnych przepisach i tylko z jednym z nich wiąże skutek w postaci unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne.

Trafnie wskazano w zaskarżonym wyroku, iż w sprawie niniejszej zamawiający nie udowodnił, by po otwarciu ofert zaszyły okoliczności, które zasadniczo zmieniły jego możliwości finansowe. Notatki służbowe z dnia 27 kwietnia 2009 r. oraz z 10 czerwca 2009 r. sporządzone przez Michała Klimaszewskiego, potwierdzają jedynie zagrożenie przekroczenia planu o kwotę ponad 1 mln złotych, gdy wartość unieważnionych części wynosi ponad 16 mln złotych. Pismo z dnia 29 stycznia 2009 r. podpisanego przez zastępcę dyrektora Centrum Infrastruktury Jana Kozłowskiego powołuje się na zaakceptowany w dniu 14 listopada 2008 r. plan działań naprawczych w Poczcie Polskiej, który zatwierdza plan działań, jakie poczta zamierza wdrożyć w celu osiągnięcia poprawy wyników prowadzonej działalności a więc w dacie otwarcia ofert tj. 4 lutego 2009 r. okoliczności wskazane w tym piśmie były zamawiającemu znane i okoliczność że szacowanie przedmiotu zamówienia miało miejsce w październiku 2008 r. nie ma w tej sytuacji istotnego znaczenia.

Ponadto Sąd Okręgowy w pełni podziela pogląd Krajowej Izby Odwoławczej iż fakt zawarcia przez zamawiającego w wyniku przedmiotowego postępowania umów z trzema wykonawcami na zadania V, VI i VII, na które to części zamawiający posiadał środki finansowe (ponimo, że dotyczą one tego samego postępowania) zaś bezpodstawnie unieważnił postępowanie powołując się na brak środków finansowych w częściach, w których odwołujący złożył ofertę z ceną najniższą wskazuje na trafność zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 prawa zamówień publicznych, gdyż zamawiający nie przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców zawierając umowy z wybranymi wykonawcami, dla których posiadał środki finansowe na realizację umów, zaś w stosunku do odwołującego się unieważnił postępowanie z powodu braku środków.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy oddalił skargę jako niezasadną (art. 198 § 2 prawa zamówień publicznych w zw. z art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art; 98¹-p.c.

WOMWŁAŚCIWE PODPISY

\\W*,Z'7 8EK

/fes?—

v -i ' -N\ ' - .Z

Krgstyria O >u>ska

