Sygn. akt UZP/ZO/0-111/05

WYROK

Zespołu Arbitrów z dnia 27 stycznia 2005 r.

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów **Zbigniew Władysław Rękas**

Arbitrzy: **Elżbieta Bogumiła Gaździk**

Jarosław Myśko

Protokolant **Paweł Kaczkan**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2005.01.27 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ComArch S.A., Kraków, al. Jana Pawła II 39a**

od oddalenia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne - Łódź Sp. z o.o., Łódź, ul. Tramwajowa 6**

protestu z dnia 27 grudnia 2004 r.

orzeka:

1. *Oddala odwołanie.*

2. Kosztami postępowania obciąża **ComArch S.A., Kraków, al. Jana Pawła II 39a**

   i nakazuje:

   1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **3 363** zł **59** gr

      (słownie: **trzy tysiące trzysta sześćdziesiąt trzy złote pięćdziesiąt dziewięć groszy**)

      z kwoty wpisu uiszczonego przez **ComArch S.A., Kraków, al. Jana Pawła II 39a**

   2) dokonać wpłaty kwoty **0** zł **00** gr

      (słownie: **xxx**)

      przez **xxx** na rzecz **xxx**

   3) dokonać wpłaty kwoty **0** zł **00** gr

      (słownie: **xxx**)

      przez **xxx** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek środków specjalnych UZP

   4) dokonać zwrotu kwoty **2 749** zł **41** gr

      (słownie: **dwa tysiące siedemset czterdzieści dziewięć złotych czterdzieści jeden groszy**)

      z rachunku środków specjalnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ComArch S.A., Kraków, al. Jana Pawła II 39a.**

3. Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Łódź Sp. z o.o. jako Zamawiający ogłosiło przetarg na dostawę zintegrowanego systemu wspomagającego zarządzanie firmą klasy ERP. Jedną z firm, która złożyła ofertę w związku z tym postępowaniem była firma ComArch S.A. mieszcząca się przy Aleji Jana Pawła II 39A w Krakowie. W dniu 27 grudnia 2004 roku wyżej wymieniona firma otrzymała od Zamawiającego informację, że na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych /Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm./ Zamawiający unieważnił postępowanie. W piśmie tym Zamawiający stwierdził, że

uruchamiając postępowanie działał na podstawie decyzji zarządu określającej kwotę 4 880 000 zł brutto, jako maksymalną, jaką może przeznaczyć na dostawę objętą tym postępowaniem. Jednak z uwagi na okoliczności, które zdaniem Zamawiającego są od niego niezależne i były niemożliwe do przewidzenia na dzień 27 grudnia 2004 roku, Zamawiający nie jest w stanie przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego postępowania kwoty w wysokości ceny najkorzystniejszej oferty - to jest oferty firmy ComArch S.A. w wysokości 2 371 619 złotych brutto.

W związku z taką decyzją Zamawiającego wyżej wymieniona firma złożyła protest. W proteście podniosła zarzut, że Zamawiający podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania dokonał tego z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Przedstawiając powyższy zarzut wniósł o:

1/ anulowanie unieważnienia postępowania,

2/ dokonanie oceny ofert.

W uzasadnieniu protestu Protestujący podał, że cena jego oferty stanowi mniej niż 50%, kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia, sytuacja finansowa Zamawiającego nie uległa pogorszeniu, a jego tłumaczenie, że przekwalifikował środki zagwarantowane na pokrycie kosztów unieważnionego postępowania na bardziej niezbędne cele jest w ogóle nieuzasadnione. Zdaniem Protestującego podobnie nieuzasadnionym argumentem jest brak „przewidywanych" wpływów w ostatnim kwartale 2004 roku, gdyż dla Zamawiającego jest oczywiste, że skoro 27 grudnia 2004 roku nie wybrał jeszcze najkorzystniejszej oferty to niewątpliwie żadne płatności w 2004 roku nie byłyby przez Zamawiającego dokonywane.

Zamawiający w ustawowym terminie nie rozstrzygnął protestu. Dlatego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wpłynęło odwołanie.

W odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzuty i wnioski przedstawione w proteście.

Zespół Arbitrów na podstawie zgromadzonego materiału ustalił, że w oparciu o wniosek o uruchomienie postępowania zamówieniowego z dnia 25.03.2004 r. (Ldz. GI/235/2004) wszczęto wewnętrzne postępowanie w przedmiocie podjęcia decyzji o uruchomieniu procedury udzielenia zamówienia publicznego w przedmiocie objętym niniejszą sprawą. Na podstawie wewnętrznego postępowania w dniu 30.03.2004 r. zarząd Zamawiającego podjął decyzję o wszczęciu postępowania i przeznaczeniu na ten cel kwoty 4.880.000,00 zł brutto. Zamawiający przetarg ogłosił, otworzył oferty i postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych unieważnił. Podstawą tej decyzji była decyzja zarządu Zamawiającego z dnia 07.12.2004 r. zmieniająca zakres rzeczowy zamówienia oraz kwotę przeznaczoną na jego realizację. Decyzja ta poprzedzona była taką samą wewnętrzną procedurą wszczętą wnioskiem o uruchomienie postępowania zamówieniowego z dnia 03.12.2004 r. (Ldz. GI/712/2004). Powyższa procedura podjęta została w związku z analizami dokonanymi przez Dział Kontrolingu, który w związku z niekorzystną sytuacją finansową spółki, wynikającą z trudności w terminowym egzekwowaniu należności od dłużników, w szczególności kwoty 9.144.075,01 zł tytułem f-ky VAT 211/WS/2004 oraz zaangażowaniu znacznych środków na realizację remontów infrastruktury torowo-sieciowej i taboru tramwajowego dla kontrahentów zewnętrznych, wniósł o wyrażenie zgody na zmniejszenie wydatków na powyższy zakup z 4.000.000,00 zł do 1.350.000,00 zł i wykorzystanie kwoty 2.650.000,00 zł na bieżące potrzeby finansowe Spółki. Skutkiem ww. procedur stało się podjęcie decyzji o ograniczeniu środków na zamówienie, którego dotyczy niniejsze odwołanie, a w konsekwencji niekorzystna dla Odwołującego decyzja o unieważnieniu postępowania.

W proteście, odwołaniu i na rozprawie Odwołujący starał się wykazać, że sytuacja finansowa Zamawiającego była na tyle dobra, że pozwalała mu sfinansować zamówienie w cenie oferty najkorzystniejszej, która opiewała na kwotę ok. 50 % kwoty, którą Zamawiający zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych podał jako tą, którą zamierzał przeznaczyć na

to zamówienie. Ponadto w trakcie rozprawy powołując się na przepisy art. 35 ust. 2 oraz art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący stwierdził, że ustalenia dokonane w związku ze stosowaniem ww. przepisów w tej konkretnej sprawie w zakresie wartości zamówienia, winny wiązać Zamawiającego przy stosowaniu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zespół Arbitrów dokonując analizy art. 86 ust. 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych uznał, że cele tych przepisów nie są tożsame. Nadto inna jest treść gramatyczna tych przepisów poprzez użycie, w zakresie kwot, które Zamawiający wiąże z zamówieniem, innych słów. W art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest użyte sformułowanie „…zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia", natomiast w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych „… może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia". Istotą tej różnicy jest stworzenie możliwości reakcji Zamawiającego na zmiany jego sytuacji finansowej między datą ogłoszenia postępowania o zamówienie publiczne, datą otwarcia ofert a datą rozstrzygnięcia przetargu. W niniejszej sprawie okres, który upłynął od daty wszczęcia postępowania, tj. 16.04.2004 r. a datą podejmowania decyzji o rozstrzygnięciu przetargu, tj. 27.12.2004 r. jest znaczny i w tym czasie – jak udowodnił Zamawiający - jego sytuacja finansowa uległa zmianie. Reakcją na te zmiany były procedury dotyczące celowości prowadzonych postępowań o zamówienia publiczne, w tym przedmiotowego postępowania.

Zespół Arbitrów stoi na stanowisku, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych chroni autonomię Zamawiającego w przypadku konieczności reagowania m.in. na niekorzystne zmiany w zakresie bieżących wpływów i wydatków. Nie bez znaczenia dla interpretowania tego przepisu jest to, że chroni on również interesy podmiotów ubiegających się o zamówienie przed zawarciem umowy bez pokrycia finansowego. Stąd Zespół Arbitrów uznał, że unieważniając postępowanie Zamawiający działał w granicach wyznaczonych dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w .....[1]

Przewodniczący Zespołu Arbitrów: .....

Arbitrzy: .....

.....

[1] Nie dotyczy postępowań wszczętych przed dniem 2 marca 2004 r.