

Sygn. akt: KIO 1878/17

WYROK
z dnia 26 września 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 22 września 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 września 2017 roku przez wykonawcę M. R. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą D. -P. R. D. i R. – B. M. R. z siedzibą w M. M.

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w W.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą K. (pełnomocnik) oraz P.-D. W. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1878/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nazwą *Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w W. w podziale na 14 zadań w zakresie zadania nr 4 – Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w M. M.*

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w W. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Marzenę Ryś prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą D. -P. R. D. i R. – B. M. R. z siedzibą w M. M. tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w W. na rzecz wykonawcy M. R. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą D. -P. R. D. i R. – B. M. R. z siedzibą w M. M. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w W. - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: *Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w W. w podziale na 14 zadań.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 czerwca 2017 roku pod numerem 217/S 121-245107.

8 września 2017 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z ustawą czynności Zamawiającego, polegającej na unieważnieniu postępowania, pomimo że nie było ku temu podstaw prawnych i faktycznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy przez nieuprawnione unieważnienie Postępowania w zakresie zadania nr 4, pomimo że nie było ku temu podstaw, tj. w niniejszym Postępowaniu Zamawiający mógł i powinien zwiększyć kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, a przynajmniej nie podjął działań mających na celu zwiększenie ww. kwoty;
- 2) art. 92 ust. 1 pkt 7 ustawy oraz art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie uzasadnienia faktycznego decyzji o unieważnieniu Postępowania w zakresie zadania nr 4 w zakresie przesłanki braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, pomimo ustawowo nałożonego na Zamawiającego obowiązku, co stanowiło rażące naruszenie przepisów ustawy i uniemożliwiło Odwołującemu poznanie okoliczności faktycznych uzasadniających podjęcie decyzji o unieważnieniu Postępowania w zakresie braku możliwości zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia, a pośrednio świadczy również o braku podjęcia działań mających na celu zwiększenie ww. kwoty warunkujących możliwość unieważnienia Postępowania;
- 3) art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 oraz art. 9 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem zasad przejrzystości, jawności oraz pisemności.

Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania w zakresie zadania nr 4 oraz podjęcia wszelkich czynności w celu pozyskania środków na zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty Odwołującego lub - w przypadku braku możliwości zwiększenia tej kwoty - wskazanie w informacji o unieważnieniu Postępowania uzasadnienia faktycznego w tym zakresie, tak by możliwa była weryfikacja prawidłowości podjętych przez Zamawiającego czynności;

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, Odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 179 ust. 1 ustawy jako wykonawca biorący udział w przedmiotowym Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy interes Odwołującego doznał uszczerbku, w związku z czym Odwołujący może ponieść szkodę. Odwołujący złożył w Postępowaniu, w zakresie zadania nr 4, najkorzystniejszą ofertę. Na skutek nieuprawnionego unieważnienia Postępowania w zakresie zadania nr 4, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, Zamawiający będzie zobowiązany do podjęcia wszelkich czynności w celu pozyskania środków na zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty Odwołującego, a w konsekwencji Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, z uwagi na fakt złożenia oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 4.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty.

I.

W dniu 28 czerwca 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowane zostało ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu. Zamówienie zostało podzielone na 14 zadań.

W terminie składania ofert, w zakresie zadania nr 4 zostały złożone 3 oferty, w tym oferta Odwołującego. Jak wynika z informacji z otwarcia ofert:

- oferta Odwołującego, z ceną 52 663 452,45 zł brutto, jest ofertą z najkorzystniejszą ceną,

- Zamawiający podał, że na całość zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 722 566 204,49 zł brutto, w tym na sfinansowanie zadania nr 4 - 40 602 873,60 zł brutto.

Dowód: informacja z otwarcia ofert z 22.08.2017(w aktach postępowania zamawiającego)

Zamawiający w dniu 30 sierpnia 2017 r. przesłał Odwołującemu e-mailem informację o unieważnieniu Postępowania w zakresie zadania nr 4 na podstawie art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy, wskazując jedynie, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Informacja ta nie zawierała zatem uzasadnienia faktycznego podjęcia przez Zamawiającego decyzji w odniesieniu do wszystkich przesłanek, których dopiero łączne ziszczenie się uprawnia do zastosowania art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy. Podobnie, powołując się na tę samą przesłankę, Zamawiający unieważnił Postępowanie również w zakresie zadania nr 12 i 14. Pomimo, że w zadaniach nr 2, 3, 5, 8, 11 i 13, złożono oferty, z których wszystkie przekraczają kwoty, jakie Zamawiający wskazał jako przeznaczone na sfinansowanie zamówienia w tych częściach, Postępowanie w odniesieniu do tych zadań nie zostało unieważnione.

Dowód: Informacja o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 4 z 30.08.2017 (w aktach postępowania zamawiającego)

Informacja o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 12 z 30.08.2017 (w aktach postępowania zamawiającego)

Informacja o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 14 z 30.08.2017 (w aktach postępowania zamawiającego)

Informacja z otwarcia ofert z dnia 22.08.2017 r. (w aktach postępowania zamawiającego)

II.

Bezpodstawne unieważnienie Postępowania

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, na który powołał się Zamawiający unieważniając Postępowanie w zakresie zadania nr 4, Zamawiający unieważnia postępowanie jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Unieważnienie postępowania dopuszczalne jest zatem jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający nie może zwiększyć kwoty, jaką pierwotnie zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Oznacza to, że niewystarczające do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy jest zaistnienie sytuacji, w której cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa ww. kwotę. Zamawiający jest uprawniony do unieważnienia postępowania

dopiero wówczas, gdy podjął wszelkie czynności zmierzające do zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia, jednak ostatecznie pozyskanie kwoty odpowiadającej cenie oferty najkorzystniejszej nie jest możliwe.

Jak jednoznacznie podkreśla się w orzecznictwie, unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy jest prawnie dopuszczalne „jedynie w warunkach wystąpienia przesłanek określonych w tym przepisie. Pierwsza z nich to sytuacja, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która w rozpoznawanej sprawie zaistniała. Druga zaś to okoliczność uniemożliwiająca Zamawiającemu zwiększenie kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Obowiązek wykazania powyższej przeszkody spoczywa na Zamawiającym.” (tak m.in. w wyroku KIO z dnia 10 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 911/16). W tym samym wyroku podkreślono, że Zamawiający nie jest uprawniony do zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy i unieważnienia przetargu, skoro ten nie podjął żadnych zabiegów zmierzających do zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację spornej części/zadania.

W zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający nie wykazał, że nie ma żadnej możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zadania nr 4, co wskazuje na to, że nie podjął żadnych działań zmierzających do zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację spornej części/zadania. Sytuacji tej dowodzi przede wszystkim brak wykazania przedmiotowych okoliczności w uzasadnieniu informacji o unieważnieniu Postępowania w zakresie zadania nr 4.

Dodatkowo wskazać należy, że Zamawiający tym bardziej powinien zwiększyć kwotę przeznaczoną na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia w zakresie zadania nr 4, że cena oferty Odwołującego, w tym poszczególne ceny jednostkowe zastosowane do obliczenia ceny oferty, są rynkowe - z całą pewnością nie zawyżone - a nawet niższe niż ceny jednostkowe przyjęte przez Zamawiającego przy szacowaniu wartości zamówienia.

W oparciu o kosztorysy inwestorskie dotyczące zamówienia w części utrzymania strukturalnego w odniesieniu do zadania nr 4 Zamawiający ustalił wartości dla poszczególnych rodzajów robót, w tym ceny jednostkowe i szacunkowe ilości jednostek miary. Odwołujący obliczając cenę oferty w oparciu o wzór kosztorysu - w którym Zamawiający narzucił te same ilości jednostek miary jakie przyjął w kosztorysach inwestorskich szacując wartość zamówienia tej części zamówienia - wycenił te roboty na niższe kwoty niż te przyjęte przez zamawiającego.

(w tym miejscu w odwołaniu tabela)

Dowód: Kosztorysy ofertowe załączone do oferty Odwołującego (w aktach postępowania zamawiającego).

Kosztorisy inwestorskie Zamawiającego stanowiące podstawę oszacowania wartości zamówienia (w aktach postępowania zamawiającego).

W odniesieniu natomiast do zamówienia w części utrzymania rutynowego Zamawiający dla zadania 4, ustalił średnie koszty utrzymania sieci drogowej w oparciu o dane z systemu B. za lata 2014, 2015 i 2016. W ten sposób ustalił, iż wartość tej części zamówienia (utrzymania rutynowego) dla zadania 4 wynosi 17 583 564,02 zł brutto, zaś koszt miesięczny utrzymania dróg wynosi 366 324,25 zł.

*Dowód; Kosztorisy inwestorskie na rutynowe utrzymanie (...) Zamawiającego stanowiące podstawę oszacowania wartości zamówienia (w aktach postępowania zamawiającego)
Protokół postępowania (w aktach postępowania zamawiającego)*

Średnia kwota miesięcznego utrzymania dróg w rejonie M. M. w wysokości 366 324,25 zł to średnia kwota utrzymania odcinków dróg opisanych w części IV załącznika nr 1 do OPZ jako należące do OD B. oraz OD Z.. Przedmiot zamówienia obejmuje dodatkowo utrzymanie, od dnia 11.07.2019 r., odcinka autostrady A2 oraz odcinka Drogi krajowej nr 2 „Autostrada A2 odcinek autostradowej obwodnicy M. M. od km 520+861 do km 541+380, Droga krajowa Nr 2 od km 495+572 do km 512+480,60" w łącznej ilości 61,174 km. Samo utrzymanie tych dwóch dodatkowych odcinków należy oszacować na kwotę 724 403,48 zł miesięcznie (utrzymanie 1 km drogi o takich parametrach jak A2 wynosi około 11 841,68 zł), a zatem przez około 26 miesięcy (przedmiotowa umowa ma być wykonywana w całości przez 48 miesięcy od dnia wydania pierwszego polecenia utrzymania. Polecenie takie w zakresie zadania nr 4 ma zostać wydane w IV kwartale 2017 r., a zatem przyjmując założenie, iż polecenie zostanie wydane w październiku 2017 r., to od 11.07.2019 r., do końca obowiązywania pozostanie około 26 miesięcy) wartość utrzymania tych dwóch dodatkowych odcinków wyniesie 18 834 490,48 zł. Łącznie zatem wartość kompletnego zamówienia dla zadania nr 4 w części rutynowego utrzymania powinna zostać ustalona na kwotę około 36 418 054,50 zł, a nie jak uczynił to Zamawiający - na kwotę 17 583 564,02 zł. Wartość całego zamówienia w ramach zadania nr 4, obejmująca zarówno rutynowe utrzymanie (obliczone jak wyżej) oraz strukturalne utrzymanie (według obliczeń Zamawiającego) powinna wynosić 59 437 364,08 zł brutto, a zatem znacznie powyżej ceny zaoferowanej przez Odwołującego.

Wartość wydatków ponoszonych aktualnie przez Zamawiającego obrazuje wartość umowy zawartej przez Zamawiającego na utrzymanie odcinka autostrady A2 oraz odcinka Drogi krajowej nr 2 wchodzących obecnie w zakres Zadania nr 4.

Dowód: wydruk informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 24.05.2013 r. w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA o nr 41/2012

O omyłkowym pominięciu wartości utrzymania odcinków autostrady A2 oraz drogi krajowej nr 2 świadczy bardzo niska wartość ceny jednostkowej za 1 km miesięcznego utrzymania dróg, przyjętej przez zamawiającego w konsekwencji ustalania wartości szacunkowej zamówienia, w stosunku do odpowiednich cen jednostkowych wyliczonych dla pozostałych zadań. Przy założeniu, iż wartość rutynowego utrzymania miesięcznie, według Zamawiającego, wynosi 366 324,25 zł, zaś przedmiot zamówienia w zakresie zadania nr 4 obejmuje 200,20 km dróg, to cena miesięcznego utrzymania 1 km drogi wynosi jedynie 1 829,79 zł, w sytuacji gdy odpowiednio cena jednostkowa przewyższa w pozostałych zadaniach kwotę 2 500 zł. Jak wskazano powyżej, koszt utrzymania 1 km autostrady wynosi około 11 841,68 zł, a zatem uśredniając cenę 1 km drogi dla wszystkich odcinków objętych zadaniem nr 4, wartość ta powinna wynieść około 3 789,75 zł. Jako, że spośród wszystkich zadań wchodzących w zakres przedmiotowego Postępowania, zadanie nr 4 - jako jedyne - obejmuje utrzymanie odcinków autostrady, koszt utrzymania 1 km drogi powinien być najwyższy, albo przynajmniej jeden z wyższych. Tymczasem, Zamawiający szacując wartość przedmiotowego zamówienia, przyjął utrzymania 1 km drogi dla zadania nr 4 jako jedną z najniższych.

Powyższe świadczy o fakcie, że Zamawiający zaplanował zbyt niską kwotę na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia w zakresie zadania nr 4, pomijając w wycenie istotną wartościowo część przedmiotu zamówienia. Tym samym, Zamawiający - otrzymując w zadaniu nr 4 oferty z cenami rynkowymi, ale znacznie przekraczającymi oszacowaną wartość zamówienia i jednocześnie kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia (kwoty te, pod doliczeniu podatku VAT, są tożsame) powinien zweryfikować prawidłowość dokonanego szacowania, a w konsekwencji podjąć wszelkie możliwe działania w celu zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia w zakresie zadania nr 4.

Zbyt niska kwota zaplanowana przez Zamawiającego do wydatkowania na utrzymanie dróg objętych zadaniem 4 wynika wyłącznie z błędnej i niekompletnej kalkulacji wartości zamówienia, nie zaś z zaoferowania przez Odwołującego ceny wysokiej, nierynkowej i przekraczającej wartościowo założenia Zamawiającego. Cena oferty

Odwołującego jest wyższa od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zadania nr 4 wyłącznie z tej przyczyny, że obejmuje cały zakres zamówienia dla zadania nr 4, zaś Zamawiający oparł swoje plany finansowe na niepełnych danych, tj. danych dotyczących niepełnego zakresu zamówienia.

Podkreślił Odwołujący, że Zamawiający - nawet w sytuacji, gdyby unieważnił przedmiotowe Postępowanie - musi zapewnić utrzymanie wszystkich odcinków dróg objętych zadaniem nr 4, a zatem również odcinków autostrady A2 i Drogi Krajowej nr 2. W konsekwencji musi też zapewnić środki na utrzymanie tych odcinków w kwocie wyższej niż zaplanowana aktualnie. Nie jest bowiem możliwe utrzymanie wszystkich odcinków objętych zadaniem nr 4 za równowartość wynagrodzenia odpowiadającego wydatkom przypadającym na aktualne utrzymanie tych odcinków z wyłączeniem autostrady A2 i Drogi Krajowej nr 2. Unieważnienie bieżącego Postępowania przeczy zatem również zasadom racjonalności i gospodarności. Zapewnienie utrzymania wszystkich odcinków objętych zadaniem nr 4 będzie bowiem wymagało zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia, a także - w przypadku unieważnienia bieżącego Postępowania - przeprowadzenia nowego. Działanie takie dodatkowo uniemożliwi zlecenie utrzymania dróg w terminie, który planował Zamawiający, tj. w IV kwartale 2017 r. Na naruszenie zasad racjonalności i gospodarności wskazuje również fakt, że Zamawiający zwiększył kwoty na sfinansowanie zamówienia w zakresie zadań nr 2, 3, 5, 8, 11 i 13, podczas gdy zlecenie realizacji utrzymania w ramach część z tych zadań ma mieć miejsce dopiero w II kwartale, a nawet w IV kwartale 2018 r.

Wszczęcie postępowania przez Zamawiającego stanowi zobowiązanie Zamawiającego do zawarcia umowy na warunkach wskazanych w SIWZ i uzupełnionych o warunki wynikające z oferty najkorzystniejszej. Zamawiający może unieważnić takie postępowanie, a zatem wycofać się z podjętego zobowiązania, jedynie w wąsko zakreślonych ustawowo okolicznościach, w tym w sytuacji opisanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Przepis ten dopuszcza unieważnienie postępowania jedynie wtedy, gdy Zamawiający faktycznie nie jest w stanie pozyskać kwoty, która pokryje takie zobowiązanie. W zaistniałym stanie faktycznym oczywistym jest, iż Zamawiający będzie musiał zwiększyć kwotę przeznaczoną na utrzymanie odcinków drogi objętych zakresem zadania nr 4, gdyż kwota, którą aktualnie przeznaczył jest znacząco zbyt niska w stosunku do faktycznej wartości zamówienia.

Podjęcie decyzji o unieważnieniu bieżącego Postępowania, w sytuacji, gdy z okoliczności sprawy wynika, że zwiększenie kwoty na sfinansowanie zamówienia w zakresie zadania nr 4 jest nieuniknione, będzie przeczyło istocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiąc tym samym rażące naruszenie - a przynajmniej rażące nadużycie - prawa przez Zamawiającego, a także narazi Odwołującego, który złożył ofertę wycenioną w sposób należyty i rynkowy, na szkodę.

III.

Zaniechanie uzasadnienia decyzji o unieważnieniu Postępowania

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 7 ustawy oraz art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Zamawiający informując wykonawców o unieważnieniu postępowania ma obowiązek podać uzasadnienie faktyczne i prawne podjętej decyzji. W kontekście tytułu prawnego unieważnienia postępowania, na który powołał się Zamawiający w przedmiotowej sprawie, tj. treści w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, Zamawiający zobowiązany był odnieść się do każdej z przesłanek, których dopiero łączne zaistnienie uprawnia Zamawiającego do unieważnienia postępowania. Jak wskazano powyżej, zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy dopuszczalne jest dopiero wówczas, gdy łącznie zaistnieją obie przesłanki wskazane w tym przepisie, tj. gdy (i) cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a jednocześnie (ii) brak jest możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. Tymczasem, Zamawiający informując o unieważnieniu przedmiotowego Postępowania, wskazał jedynie na zaistnienie pierwszej z przesłanek, nie odniósł się natomiast w żaden sposób do drugiej z nich.

Brak wykazania przez Zamawiającego ziszczenia się drugiej z obligatoryjnych przesłanek unieważnienia Postępowania, stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy. Brak ten uniemożliwia bowiem Odwołującemu poznanie okoliczności faktycznych uzasadniających podjęcie decyzji o unieważnieniu Postępowania w zakresie braku możliwości zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia, a pośrednio świadczy również o braku podjęcia działań mających na celu zwiększenie ww. kwoty warunkujących możliwość unieważnienia Postępowania. Wskazanie faktycznych i prawnych motywów działań podjętych przez Zamawiającego stanowi dla wykonawców gwarancję legalności tych działań. Ma to o tyle istotne znaczenie, że prawo do unieważnienia Postępowania przysługuje w enumeratywnie wskazanych w ustawie przypadkach, zaś skorzystanie z tego prawa - jako wyjątku od obowiązku udzielenia zamówienia w przypadku wszczęcia i przeprowadzenia postępowania - wymaga ścisłego spełnienia przesłanek wymienionych w przepisach. Pominięcie przynajmniej jednej z przesłanek stanowi nadużycie prawa przez Zamawiającego.

IV.

Zarzut naruszenia zasad przejrzystości, jawności oraz pisemności

Okoliczności niniejszej sprawy wskazują także na naruszenie przez Zamawiającego naczelných zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasad przejrzystości, jawności oraz pisemności. Również te zasady nakładają na Zamawiającego obowiązek prowadzenia postępowania w taki sposób, aby wykonawcy mieli pełną wiedzę co do podstaw prawnych i faktycznych decyzji podejmowanych przez zamawiającego. Trzeba bowiem zauważyć, że

wykonawcy działają w zaufaniu do racjonalności postępowania Zamawiającego, a treść ofert konstruują na podstawie postanowień SIWZ i wymogów w niej zawartych. Z kolei z istoty zamówień publicznych wynika, że Zamawiający nie mają swobody w podjęciu decyzji o unieważnieniu postępowania. W sytuacji zatem, gdy złożone oferty odpowiadają wymogom Zamawiającego, zaś ceny ofertowe mają charakter rynkowy i nie odbiegają w żaden sposób od faktycznej wartości zamówienia, powinni mieć pewność uzyskania zamówienia. W przypadku, gdy pomimo prawidłowości treści ofert i rynkowości ceny dochodzi do unieważnienia postępowania, wykonawcy powinni mieć zapewnioną możliwość weryfikacji legalności działań podjętych przez Zamawiającego.

Zamawiający odstąpił jednak od wykazania, czy podjął działania mające na celu zwiększenie kwoty na sfinansowanie zamówienia oraz czy faktycznie brak jest możliwości zwiększenia ww. kwoty, czym naruszył podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał w podsumowaniu stawianych zarzutów, że Zamawiający naruszył wskazane w petitum przepisy ustawy, naruszając jednocześnie podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z przedstawioną powyżej argumentacją, skorzystanie ze środka ochrony prawnej przez Odwołującego i jego żądania są w pełni uzasadnione i konieczne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 września 2017 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 30 sierpnia 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku*

naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu. Zamawiający przed rozprawą przesłał pismo z dnia 21 września 2017 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”.

Izba dopuściła dowód zawnioskowany przez Odwołującego w trakcie rozprawy (dowód nr 1) kopia pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 14 września 2017 roku.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że odwołanie złożone jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nazwą *Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie w podziale na 14 zadań*, jednakże odnosi się tylko do zadania nr 4 – *Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w M. M.*.

II.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie odwołanie uwzględniła.

III.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Art. 8 ust. 1 ustawy - *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.*

Art. 9 ust. 1 ustawy - *Postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej.*

Art. 92 ust. 1 pkt 7 ustawy -

Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

7) unieważnieniu postępowania

– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy -

Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

4) cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty;

Art. 93 ust 3 pkt 2 ustawy -

O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy:

2) złożyli oferty – w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

IV.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, *Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza).*

V.

W zakresie zarzutów odwołania:

Podstawą prawną unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pod nazwą *Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w W. w podziale na 14 zadań w zakresie zadania nr 4 – Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w M. M.* wskazaną przez Zamawiającego był art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy. Zamawiający poza podaniem w piśmie z 30 sierpnia 2017 roku, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie podał uzasadnienia faktycznego swojej czynności.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia w przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Dokonując analizy wskazanej regulacji prawnej należy odnieść się do istoty, samego znaczenia prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Celem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego udzielenie, czyli podpisanie umowy z wybranym w warunkach określonych ustawą

i dokumentacją danego postępowania wykonawcą. Ustawodawca podkreśla ten cel – w zasadzie niewyartykułowaną w ustawie zasadę – zakreślając enumeratywny katalog przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które nie mogą być samodzielnie i dowolnie rozszerzane przez organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czyli Zamawiającego. Tym samym dowolność, arbitralność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została wyłączona przez prawodawcę. Opisanych w ustawie przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie należy również interpretować w sposób dowolny, natomiast swobodna ocena ich ziszczenia powinna być dokonana w oparciu o faktyczne i istniejące przyczyny, które winny być obiektywnie i należycie ocenione, zbadane i wykazane przez Zamawiającego. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne (art. 8 ust. 1 ustawy), a to wskazuje na konieczność uzewnętrznienia przez Zamawiającego okoliczności jakie stały się podstawą podjęcia przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania co musi być wyartykułowane w formie pisemnej. Izba wskazuje, że określona w ustawie zasada pisemności odnosi się do całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również do prowadzenia dokumentacji postępowania w formie pisemnej, tym samym decyzje Zamawiającego podejmowane w czasie przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia powinny być zawarte na piśmie. Celem wprowadzenia zasady pisemności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest w szczególności zabezpieczenie zasady jawności i przejrzystości prowadzonego postępowania. Czynności Zamawiającego podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny mieć swoje odzwierciedlenie w prowadzonej dokumentacji postępowania. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że ustawodawca określił jednoznacznie obowiązek Zamawiającego wynikający z art. 92 ust 1 pkt 7 ustawy, a polegający na podaniu uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający zatem zobowiązany jest podać nie tylko podstawę prawną z przytoczeniem treści przepisu lecz w szczególności obowiązany jest do podania uzasadnienia faktycznego, które leżało u podstaw przyjęcia określonego wskazanym przepisem działania Zamawiającego. Na uwagę zasługuje w tym miejscu, że również w art. 93 ust. 3 ustawy ustawodawca nakazuje powiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty - w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Na Zamawiającego został więc nałożony obowiązek zawiadomienia wykonawców o przyczynach unieważnienia postępowania, a nie tylko podaniu podstawy prawnej podjętej czynności. Niezbędne jest dokładne poinformowanie o okolicznościach faktycznych, wyczerpujących przesłankę zawartą w powoływanym przepisie.

Izba zaznacza w tym miejscu, że zobowiązanie Zamawiającego do przekazania uzasadnienia prawnego i faktycznego podjętej przez niego czynności ma szerokie znaczenie w ramach prowadzonej procedury, co wynika z faktu istniejącego po stronie wykonawcy uprawnienia do skorzystania z określonych ustawą środków ochrony prawnej, które do skuteczności ich przeprowadzenia wymagają postawienia zarzutów. Prawidłowe przedstawienie zarzutów w odwołaniu nie może dla swojej skuteczności sprowadzać się li tylko do podania podstawy prawnej, lecz musi przede wszystkim zawierać uzasadnienie faktyczne wskazujące czynności czy też zaniechania Zamawiającego, z którymi nie godzi się wykonawca oraz uzasadnienie dokonanej oceny przez wykonawcę składającego odwołanie. Podkreślenia wymaga, że wykonawca nie może domyślać się co legło u podstaw danego działania czy też zaniechania Zamawiającego. Argumentacja przedstawiana przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania stanowi jedynie odzwierciedlenie subiektywnych odczuć Odwołującego, ponieważ Odwołujący nie ma wiedzy z czym tak naprawdę polemizuje bowiem Zamawiający nie podał uzasadnienia faktycznego podjętych czynności.

Izba podkreśla, że ustawa w żadnym miejscu nie zwalnia Zamawiającego z podejmowania czynności i nie zwalnia Zamawiającego z wykazywania dokonanych ustaleń. Ustawa nakłada na uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wiele różnych obowiązków niezależnie od tego czy są wykonawcami czy Zamawiającymi, a ich obowiązkiem jest ich realizowanie. Zgodnie z art. 93 ustawy Zamawiający jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregokolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w powołanym przepisie ustawy. Oznacza to, że działanie Zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej i celowościowej, a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na Zamawiającym. Izba podkreśla, że czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia musi mieć uzasadnienie faktyczne i fakt obowiązku wskazania tego uzasadnienia nie jest uzależniony od podstawy prawnej, która stanowi uzasadnienie prawne unieważnienia postępowania. Unieważnienie postępowania jest prawem Zamawiającego, ale nie jest jego decyzją arbitralną lecz mającą uzasadnienie w obowiązujących przepisach prawa i musi być wynikiem przeprowadzonych czynności.

Na podstawie regulacji wynikającej z art. 86 ust. 3 ustawy bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Zamawiający unieważnia postępowania jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Należy przyjąć, że kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jest kwotą minimalną, gwarantującą przejrzystość i jawność postępowania oraz służącą realizacji zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wskazanych w art. 7 ust. 1 ustawy. Zatem, co należy podkreślić Zamawiający nie jest zobowiązany do unieważniania postępowania w każdym przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza równowartość kwoty, którą planował przeznaczyć na realizację zamówienia. Zamawiający może zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, tak aby była ona wyższa od ceny zawartej w ofercie najkorzystniejszej, w granicach i na zasadach określonych ustawą o finansach publicznych, o ile uzna to za uzasadnione i celowe, udzielając następnie zamówienia wykonawcy. Dopiero w sytuacji, gdy dokonanie takich przeniesień nie jest możliwe lub celowe, a kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Określenie w ustawie, że Zamawiający „może” zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia nie oddolności się do jego woli (chcę / nie chcę), lecz do faktycznych możliwości w zakresie dobra jakie chce pozyskać, przy czym podkreślić należy również, że ocena możliwości musi być dokonywana z uwzględnieniem faktu, że są takie zamówienia, które nie mogą nie zostać udzielone, a ich zakres determinowany jest nałożonymi na Zamawiającego obowiązkami. Jednakże to wszystko w ocenie Izby powinno mieć odzwierciedlenie w informacji o unieważnieniu postępowania.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący w sposób bardzo szeroki w odwołaniu przedstawił argumentację, która powinna stanowić element badania Zamawiającego w zakresie możliwości przeznaczenia na realizację zamówienia kwoty jaką zaoferował Odwołujący w ofercie. Izba podkreśla, że zamierzenie przeznaczenia kwoty na realizację zamówienia, a możliwość przeznaczenia konkretnej kwoty na realizację zamówienia to zupełnie różne informacje jakie musi posiadać Zamawiający i jakie winien, choć na różnych etapach postępowania, podać wykonawcom. W uzasadnieniu nowelizacji ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych ustawa (Dz. U. nr 233 poz. 1778 z 2009r.) wskazywano, że kwota jaką Zamawiający podaje przed otwarciem ofert jedynie deklaracją na temat środków finansowych, jakie w danym

momencie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia Zamawiający. Zamawiający będzie mógł zwiększyć kwotę jeżeli deklarowana przed otwarciem ofert kwota odbiega od ceny najkorzystniejszej ofert. Izba wskazuje, że zestawiając cel prowadzenia postępowania oraz obowiązki informacyjne Zamawiającego, winien on podać do wiadomości wykonawców dlaczego nie może przeznaczyć na realizację zamówienia kwoty na poziomie najkorzystniejszej oferty, a w efekcie zmuszony był unieważnić postępowanie.

Izba nie może przy rozpatrywaniu tej sprawy wziąć pod uwagę stanowiska Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie – gdzie Zamawiający wskazał okoliczności unieważnienia postępowania, do których odwołanie, ani się nie odnosi, ani nie mogło się odnosić, bo informacje zawarte w odpowiedzi na odwołanie zostały złożone po terminie unieważnienia postępowania tj. czynności z dnia 30 sierpnia 2017 roku. W żadnej mierze Zamawiający nie był upoważniony, ażeby w postępowaniu odwoławczym uzupełniać uzasadnienie faktyczne podjętej czynności tj. unieważnienia postępowania. Izba podkreśla, że w trakcie rozprawy Zamawiający przedstawił argumentację, która nie znajduje swojego odzwierciedlenia w decyzji z dnia 30 sierpnia 2017 roku o unieważnieniu postępowania, tym samym nie mogła być kwestionowana przez Odwołującego, a mianowicie, że Zamawiający założył, że w przypadku, gdy wartość oferty w danym zadaniu przekroczy próg powyżej 15 % kwoty szacunkowej wartości zamówienia określonej przez Zamawiającego dla danego zadania to nie będzie zwiększał kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia. Tym samym Zamawiający zwiększał kwotę na realizację zamówienia, czyli miał możliwość zawarcia umowy w tych zadaniach, gdzie wartość oferty najkorzystniejszej przekraczała kwotę szacunkowej wartości zamówienia nie więcej niż 15 %. Zamawiający zaznaczył jednocześnie, że w kilku zadaniach oferty złożone w postępowaniu były niższe niż szacunkowa wartość zamówienia (8 zadań). Jednocześnie w niektórych zadaniach Zamawiający zwiększył kwotę na realizację zamówienia ponad tą podaną przy otwarciu ofert. W ocenie Izby sam Zamawiający w swojej argumentacji przedstawionej na rozprawie wykazał, że miał założenia działania, których nie wyjaśnił w informacji o unieważnieniu postępowania, tym samym nie mogły one być znane Odwołującemu. Odwołujący podnosił, że Zamawiający ma obowiązek zbadać możliwość zweryfikowania kwoty jaką ma Zamawiający na realizację zamówienia, wskazując jednocześnie, że nie twierdzi, że Zamawiający ma możliwość zwiększenia kwoty, ale powinien wykazać, że tej możliwości nie posiada i powinien to uzewnętrznić w swojej czynności unieważnienia postępowania.

Izba uznała, że zasadnie Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 92 ust.1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 93 ust. 3 pkt 3 i w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie uzasadnienia faktycznego podjętej czynności unieważnienia postępowania o udzielnie

zamówienia w zadaniu nr 4. Instytucja unieważnienia postępowania ma znamieny wpływ na los postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skutki jakie wywołuje dla jego uczestników przesądzą o tym, że obowiązek wykazania, że czynność ta znalazła dla określonego postępowania swoje prawne i faktyczne uzasadnienie spoczywa każdorazowo na Zamawiającym. Tym samym wykazanie i udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy spoczywa zawsze na Zamawiającym, a fakt ten powinien zostać jednocześnie uzewnętrzniony wszystkim wykonawcom.

Przyjmując za prawidłowe rozumowanie, że Zamawiający nie ma obowiązku podawania uzasadnienia faktycznego braku swoich możliwości zwiększenia środków finansowych na realizację zamówienia prowadziłyby do wniosku, że wykonawcom w tym zakresie nie przysługują środki ochrony prawnej z uwagi na brak informacji faktycznych, które mógłby wykonawca skarżyć, a takiego stanowiska nie można uznać za prawidłowe – ustawodawca nie wskazał żadnej czynności czy też zaniechania Zamawiającego jako niezaskarżalnej, jak również nie określił tych czynności Zamawiającego, które nie wymagają uzasadnienia faktycznego. Tym samym do wszystkich swoich czynności Zamawiający musi stosować te same zasady informacyjne i zobowiązany jest do podania podstawy prawnej i uzasadnienia faktycznego.

Izba podkreśla również, że bieg terminu na wniesienie środka ochrony prawnej rozpoczyna się z chwilą otrzymania prawidłowo sporządzonej informacji o wyniku postępowania, w tym o unieważnieniu postępowania. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy, należało stwierdzić, że termin na zaskarżenie merytorycznej czynności Zamawiającego, jeżeli unieważnienie zostanie podtrzymane, zaczyna biec, gdy Zamawiający poinformuje o podjętych czynnościach podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Dlatego też Izba uznała, że podniesiony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy nie może być w tym miejscu rozpoznany, jest przedwczesny. Okoliczności jakie były podstawą unieważnienia postępowania przez Zamawiającego, a zawarte w piśmie procesowym i przedstawione na rozprawie nie mogą być rozpoznane przez Izbę w tym postępowaniu. Rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą, nie jest miejscem dla przedstawiania uzasadnienia uprzednio podejmowanych czynności przez Zamawiającego o unieważnieniu postępowania. Zadaniem Izby jest bowiem weryfikacja działania Zamawiającego, pod względem przestrzegania wzorca ustawowego, nie jest natomiast zadaniem Izby zastępowanie Zamawiającego w jakichkolwiek czynnościach. Może Izba poddawać ocenie czynności, w takim kształcie, jak zostały faktycznie przez Zamawiającego dokonane i stanowiły podstawę do zaskarżenia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:.....