

WYROK
z dnia 12 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lutego 2015 r. przez wykonawcę STRABAG spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Konin, przy udziale wykonawcy Coprosa Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża STRABAG spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr [dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez STRABAG spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [Dz.U. 2004 Nr 19 poz. 177] na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koninie.

Skład orzekający:

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Miasto Konin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Budowa drogi – Łącznik od ul. Przemysłowej do ul. Kleczewskiej w Koninie*”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 października 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej po numerem 202-356240.

II. Odwołujący w dniu 2 lutego 2015 r. złożył odwołanie wobec czynności oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Coprosa Polska sp. z o.o. w Warszawie, pomimo że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu, zarzucając naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 24 ust. 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Coprosa Polska sp. z o.o. oraz w konsekwencji nie uznanie oferty tego Wykonawcy za odrzuca, pomimo że wniósł on nieprawidłowe wadium, nie zabezpieczające interesów Zamawiającego, co jest równoznaczne z niewniesieniem wadium do dnia upływu terminu składania ofert w postępowaniu;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
ewentualnie
- 3) art. 90 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego przeprowadzenia procedury udzielenia przez wybranego wykonawcę wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny;
- 4) art. 7 ustawy, poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na przeprowadzeniu oceny i klasyfikacji oferty Wykonawcy Coprosa Polska sp. z o.o. wraz z ofertami innych wykonawców, w tym Odwołującego, pomimo iż Wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, ponieważ nie złożył wadium w postępowaniu, a ponadto jego oferta zawiera rażąco niską cenę. W wyniku nieprawidłowej oceny oferty, złożonej przez Coprosa Polska sp. z o.o., Zamawiający dokonał oceny jego oferty i uznał ją za najkorzystniejszą.

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, Odwołujący postawił żądania nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Coprosa Polska sp. z o.o., powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu oraz wykluczenie wykonawcy Coprosa Polska sp. z o.o. z postępowania i odrzucenie jego oferty, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród wykonawców nie podlegających wykluczeniu i odrzuceniu z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że w Jego ocenie Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy, bowiem wybrany wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu. Odwołujący podniósł w zakresie zarzutu dotyczącego wadium, że w Części X SIWZ „*Wadium i zabezpieczenie należytego wykonania umowy*” Zamawiający określił wymagania w zakresie wnoszonego w postępowaniu wadium, w punkcie 23.8 oraz 23.9 - zgodnie ze zmianą pkt 23.8. SIWZ z dnia 17 listopada 2014r. określając przesłanki zatrzymania wadium:

- pkt 23.9 - *„Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.”*

- pkt 23.8 - *„Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana:*

- *odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,*
- *nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,*
- *zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.”*

Postępowanie prowadzone jest na nowych zasadach w zakresie wnoszenia wadium, zgodnie z nowelizacją Prawa zamówień publicznych z dnia 29 sierpnia 2014 r. [Dz. U. z 2014 r. poz. 1232], która weszła w życie z dniem 19 października 2014 roku. Wybrany Wykonawca załączył do oferty wadium w formie gwarancji bankowej, wystawionej przez BANKIA S.A. z siedzibą w Walencji z dnia 5 grudnia 2014 roku, w której przewidziano, że Bank zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty na rzecz Beneficjenta [Zamawiającego] kwoty 500.000,00 PL na jego żądanie, w którym oświadczy on, że:

„wystąpiła jedna z przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 5 Ustawy z dnia 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych [z późniejszymi zmianami], to znaczy, że Wykonawca, którego oferta została wybrana:

- a. odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,*
- b. nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,*
- c. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy; lub*

wystąpiła przesłanka zawarta w art. 46 ust. 4 a wyżej wymienionej ustawy, to znaczy, że: Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1. lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie."

Z powyższego wynika, że w gwarancji bankowej złożonej przez wybranego wykonawcę nie przewidziano wszystkich przesłanek uprawniających Zamawiającego do zatrzymania wadium, zgodnie z regulacjami art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z porównania przepisów ustawy z treścią gwarancji, wynika że w gwarancji bankowej złożonej przez wybranego wykonawcę wymieniono tylko niektóre z okoliczności, przewidzianych w art. 46 ust. 4a ustawy, tj. pominięto okoliczności, gdy wykonawca nie złoży listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Tym samym oferta wybranego wykonawcy nie spełnia podstawowego wymogu, jakim jest jej zabezpieczenie wadium na dzień składania ofert. Zamawiający dokonując badania i oceny ofert nie posiadał wadium zabezpieczającego jego interesy. Odwołujący wskazał, że gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego a treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Jednym z elementów treści gwarancji jest wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez Zamawiającego wadium. Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno zatem nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i ust. 5 Prawa zamówień publicznych. Odstępstwa w kształtowaniu zabezpieczenia Zamawiającego, które zawężają zakres odpowiedzialności Banku [gwaranta] w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i ust 5 ustawy oznaczają, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. W przedmiotowym przypadku, treść złożonej gwarancji bankowej nie pozostawia wątpliwości, że została ona udzielona wyłącznie na okoliczności szczegółowo w niej wskazane z pominięciem wyżej wskazanych przesłanek zatrzymania

wadium. Choć w gwarancji powołano się na przepisy ustawy, tj. art. 46 ust. 4a i ust. 5, dokonano wprost zawężenia przesłanek odpowiedzialności gwaranta do konkretnych, wyszczególnionych i enumeratywnie wymienionych w gwarancji okoliczności. Jeżeli wykonawca wnosi wadium w postaci gwarancji bankowej zobowiązany jest zadbać, aby gwarancja ta nie zawierała błędów, a także uwzględniała stan prawny obowiązujący w konkretnym postępowaniu. Tym bardziej, że w przypadku Prawa zamówień publicznych ma to szczególne znaczenie. Wadium, jako zabezpieczenie musi być skuteczne, czego nie można przypisać gwarancji przedłożonej przez wybranego Wykonawcę. Realizacja uprawnień Zamawiającego, jak wskazano powyżej, jest możliwa jedynie w przypadku, gdy na dzień składania ofert gwarancja bankowa wskazuje wszystkie przypadki, w których Zamawiający ma prawo zatrzymać wadium lub też wprost powołuje się na przepis Prawa zamówień publicznych uprawniający do zatrzymania wadium, przy czym nie dochodzi w takim przypadku do ograniczenia odpowiedzialności gwaranta do wybranych przesłanek [niepełnych], jak w niniejszym przypadku.

Zdaniem odwołującego, wskazany brak w treści dokumentu gwarancji wadium nie podlega uzupełnieniu w trybie wezwania przez Zamawiającego w myśl art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, gdyż przepis ten dotyczy wyłącznie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu [art. 25 ust. 1 ustawy] i uzupełnienia pełnomocnictw. Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert. W świetle powyższego za brak wadium należy uznać sytuacje, w których wykonawca nie tylko nie wniósł wadium w ogóle, ale również sytuacje w których wniesiono wadium w sposób wadliwy - czyli wadium, które w świetle przepisów ustawy nie zabezpieczałoby roszczeń Zamawiającego [tak wyrok KIO 673/13 z dnia 9 kwietnia 2013 r.]. Złożenie przez wybranego wykonawcę nieprawidłowej gwarancji jest zatem równoznaczne z niewniesieniem wadium. Niemożność uzupełnienia lub zmiany gwarancji bankowej załączonej do oferty, oznacza że Zamawiający zobligowany był wykluczyć wybranego wykonawcę z postępowania, a jego ofertę uznać za odrzuconą.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący podniósł, że cena oferty zaoferowana przez wybranego wykonawcę jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tak niska cena oferty Coprosa Polska sp. z o.o. nie jest uzasadniona żadnymi względami o charakterze obiektywnym, które umożliwiłyby temu wykonawcy zrealizowanie zadania bez ponoszenia strat finansowych. W przedmiotowym przetargu zostały złożone cztery oferty:

1. Bilfinger Infrastructure S.A. na kwotę: 17.862.853,49 zł. netto, tj. 21.971.309,79 zł. brutto

2. Coprosa Polska sp. z o.o. na kwotę: 20.941.719,25 zł. netto, tj. 25.758.341,68 zł. brutto
3. STRABAG Sp. z o.o. na kwotę: 31.788.548,90 zł. netto, tj. 39.099.915,15 zł. brutto,
4. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych DROBUD S.A. na kwotę 35.155.835,41 zł. netto, tj. 43.241.677,55 zł. brutto.

Oferty podzieliły się na dwie grupy, dwie z ofert obejmowały wykonanie zadania za cenę w granicach powyżej 20 mln/25 mln zł. brutto, a dwie pozostałe oferty w granicach 40 mln brutto. Zamawiający wezwał w postępowaniu oferenta Bilfinger Infrastructure S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy w zakresie rażąco niskiej ceny, wskazując, że cena oferty tego wykonawcy jest ponad 30% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, co wzbudziło wątpliwości Zamawiającego, czy możliwe jest wykonanie zadania za taką cenę [pismo Zamawiającego z dnia 19 grudnia 2014r.]. Bilfinger Infrastructure S.A. nie udzieliło żadnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny i w konsekwencji oferta tego wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy. Zamawiający dokonał wyboru oferty Coprosa Polska sp. z o.o. już bez przeprowadzania procedury wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny, określonej w art. 90 ust. 1 Ustawy PZP. Zamawiający ocenił, że cena zaproponowana przez Coprosa Polska sp. z o.o. nie jest rażąco niską. Nie sposób zgodzić się z dokonaną przez Zamawiającego oceną, zarówno przy analizie ceny oferty w odniesieniu do zakresu i przedmiotu zamówienia, a także przy uwzględnieniu cen pozostałych, nie odrzuconych w postępowaniu ofert. Zamawiający dokonując oceny oferty wybranego wykonawcy pominął, że dwie [z trzech] nie odrzuconych ofert zawierają cenę wyższą o około 30% od ceny wybranego wykonawcy. Pomimo że cena Coprosa Polska sp. z o.o. nie odbiega znacząco od ceny oferty Bilfinger Infrastructure S.A. Zamawiający uznał, że nie istnieje konieczność zbadania tej ceny pod kątem rażąco niskiej. Choć pozostali wykonawcy z ogromnym doświadczeniem budowlanych na rynku polskim, w tym lokalnym Zamawiającego złożyli oferty z tak znaczącą różnicą cen w stosunku do Coprosa Polska sp. z o.o. Ocena czy dana oferta zawiera cenę rażąco niską nie może się ograniczać wyłącznie do porównania jest z szacunkową wartością zamówienia. To nie jest jedyny wyznacznik oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Tym bardziej, że określenie wartości zamówienia również może zawierać pewne dane i wartości nie uwzględniające i różniące się od realnych cen rynkowych dla konkretnych robót. W kosztorysie inwestorskim sporządzonym dla przedmiotowego zamówienia, uznano iż cena za 1 m³ „wypełnienia goetkaniny - nasyp zbrojony z kruszywa kamiennego łamanego 0/63 mm grubości 60 cm” wynosi 10,00 złotych, podczas gdy koszt samego materiału dla wykonania 1 m³ wynosi w granicach 100 złotych, czyli 10 razy więcej niż przewidywał kosztorys inwestorski.

Podobnie w przypadku ułożenia ceny za 1 m² „*ułożenia geotkaniny pod konstrukcję nawierzchni równoległe do osi jezdni o wytrzymałości 120/120 kN/m i wydłużeniu przy max obciążeniu wzdłuż pasma 14% w poprzek pasma 10% oraz wykonanie łączenia pasm geotkaniny na zakładzie klamrami stalowymi w kształcie litery U o wymiarach 300x100x300 mm z drutu 010 co 3, mm*” - cena wskazana w kosztorysie inwestorskim wynosi 14 zł, podczas gdy koszt samego materiału dla wykonania 1 m² w/w pracy kształtuje się w granicach 14 zł. Innym z przykładów może być cena „*ułożenia geotkaniny pod konstrukcję nawierzchni poprzecznie do osi jezdni o wytrzymałości 200/200 kN/m i wydłużeniu przy max obciążeniu wzdłuż pasma 16% w poprzek pasma 13% oraz wykonanie łączenia pasm geotkaniny za zakładzie klamrami stalowymi w kształcie litery U o wymiarach 300x100x300 mm z drutu RIO co 3,00 m*” - określona w kosztorysie na 17 zł, podczas gdy realny na rynku koszt samego materiału dla wykonania 1 m² robót wynosi około 23 złotych.

Zdaniem Odwołującego dokonanie oceny ceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny powinno odbywać się również w odniesieniu do charakteru zamówienia, oraz cen ofert konkurencyjnych. Takie rozwiązanie zastosował ustawodawca w nowelizacji Prawa zamówień publicznych z dnia 29 sierpnia 2014 r., podając jako jeden ze wskaźników - odniesienie ceny oferty do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zdaniem Odwołującego, nie jest możliwe, aby wybrany wykonawca zgodnie z istniejącą sytuacją rynkową, mógł zaoferować cenę i wykonać zamówienie za kwotę niższą o 30% od pozostałych ofert wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu. Odwołujący wskazał, że wybrany wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka poniesienia straty. Zaoferowana przez Coprosa Polska sp. z o.o. nie jest bowiem adekwatna do rynkowych cen robót przewidzianych do wykonania na przedmiotowym zadaniu, nie uwzględnia ich rozmiaru, zakresu, nakładów koniecznych do realizacji inwestycji. Zaoferowana przez wybranego Wykonawcę cena może - i to wyłącznie przy korzystnych dla wykonawców cenach dostaw - pokryje koszty materiałów potrzebnych do realizacji zamówienia. Dla wykonania przedmiotowego zamówienia niezbędny jest zakup materiałów o wartości około 20 mln złotych netto. Pozostają jeszcze do uwzględnienia koszty pracy sprzętu i ludzi, oraz zakładany zysk, koszty ogólne itp., które nie zostały w sposób należyty i realny uwzględnione w cenie oferty Coprosa Polska sp. z o.o.

Dla przykładu, który obrazuje nierealność ceny wybranego wykonawcy, Odwołujący wskazał na ceny robót ziemnych, podanych w ofercie Coprosa Polska sp. z o.o. Dla odcinków AB wartość tych robót wykonawca określił na 409.970,54 zł., dla odcinka BD na 2.902.457,62 zł, dla odcinka FE, LK, GH na 1.168.518,42 zł, a dla odcinka MCB na kwotę 864.485,16 zł, co daje łącznie wartość robót ziemnych około 5.345.430 złotych. Za podane ceny wybrany

wykonawca nie jest w stanie nabyć nawet materiałów do realizacji robót ziemnych, a co dopiero pokryć koszty sprzętu i ludzi, a sam materiał dla wykonania robót ziemnych, przy uwzględnieniu realnych cen dostaw i sprzedaży dla niniejszego zadania wynosi w granicach około 7,8 mln złotych. W przypadku wybranego Wykonawcy nie istnieją żadne szczególne okoliczności, które byłyby właściwe wyłącznie dla Coprosa Polska sp. z o.o., a które pozwoliły zaoferować temu wykonawcy niską cenę. Odwołujący podnosi, że oferenci którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, jak STRABAG, Przedsiębiorstwo DROBUD, czy Bilfinger to podmioty z ugruntowaną pozycją rynkową w Polsce. Posiadają one duże doświadczenie w wykonywaniu robót oraz całą strukturę organizacyjną i zasoby własne. Spółka Bilfinger Infrastructure S.A. nie zdecydowała się na złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a dwaj po zostali oferenci złożyli znacząco wyższe ceny ofert. Zgodnie z przyjętym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej - cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową. Jest to cena, która nie występuje na rynku, gdzie ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających [tak wyrok KIO 1078/12 z dnia 06 czerwca 2012r.]. W ocenie Odwołującego, cena zaoferowana przez Coprosa Polska sp. z o.o. prowadzi do zachwiania ekwiwalentności wzajemnych świadczeń Stron stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa o roboty budowlane.

III. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, wskazując na niespełnienie przez Odwołującego przesłanek materialnoprawnych, w następstwie braku zamiaru podwyższenia kwoty na realizację przedmiotowego zamówienia do wartości oferty Odwołującego, to jest o ponad 13 mln zł a także podejmując polemikę merytoryczną z zarzutami podniesionymi w odwołaniu.

IV. Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Coprosa Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłoszono przystąpienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie mogło być uwzględnione, bowiem Odwołujący nie sprostął wykazaniu przesłanek materialnoprawnych o których stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wymaga od wnoszącego odwołanie wykonawcy legitymowania się interesem w uzyskaniu zamówienia, a także wykazania poniesionej szkody lub możliwości jej poniesienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po pierwsze, należy zauważyć, iż ani w kodeksie cywilnym, ani w ustawie Prawo zamówień publicznych, pojęcie szkody nie zostało zdefiniowane. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że przez szkodę należy rozumieć uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy jakiego doznaje lub dozna poszkodowany wykonawca w wyniku określonego działania lub zaniechania zamawiającego. Tym samym oferta wnoszącego odwołanie - w przypadku uwzględnienia zarzutów, powinna móc być uznana za najkorzystniejszą i w danym postępowaniu powinna istnieć realna możliwość zakończenia się postępowania zawarciem umowy z Odwołującym.

W świetle art. 179 ust. 1 ustawy, szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy. Konieczne jest tym samym udowodnienie przez odwołującego, iż zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Jak podnosi się w piśmiennictwie następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają, a jednocześnie - uwzględniając zasady doświadczenia życiowego - nie są wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności. Jak można wywieść z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 2008 r. [sygn. akt V CSK 18/08, Lex nr 424431], następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

Podkreślenia wymaga, że wykazanie szkody, o której stanowi przepis art.179 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy jest możliwe rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w interesie i na korzyść

odwołującego, skutkiem czego – jak już wyżej wskazano – możliwe byłoby zawarcie umowy z odwołującym [podobnie Izba w wyrokach z dnia 13 czerwca 2011 roku, sygn. akt KIO 1154/11 oraz 15 maja 2013 r. w spr. KIO 1025/13 i 1047/13].

Odwołujący – w toku rozprawy - nie wykazał, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu.

W toku postępowania odwoławczego ustalono, że Odwołujący nie mógłby uzyskać przedmiotowego zamówienia, gdyż wykluczenie wybranego wykonawcy nie prowadziłyby do zawarcia z Odwołującym umowy, lecz do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oferta Odwołującego zawiera bowiem cenę, przewyższającą kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia i która to kwota nie mogła być zwiększona do ceny oferty Odwołującego, w przypadku wykluczenia wykonawcy, którego oferta została wybrana. To oznacza, że nawet w przypadku stwierdzenia przez Izbę, że zarzuty Odwołującego podniesione w odwołaniu, są zasadne nie mógłby on uzyskać tego zamówienia. Odwołujący nie wykazał zatem szkody jaką poniósł lub mógłby ponieść w związku z brakiem wykluczenia wykonawca Coprosa Polska sp. z o.o. w Warszawie.

Oferta Odwołującego opiewa bowiem na kwotę 39 099 915,15 zł, podczas gdy Zamawiający na sesji otwarcia ofert podał, że na realizację inwestycji zamierza przeznaczyć kwotę 16 719 000,00 zł [protokół z sesji otwarcia ofert z dnia 11 grudnia 2014 r.]. Następnie Zamawiający poddał analizie swoje możliwości nabywcze, przez pryzmat swoich możliwości finansowych w kontekście złożonych ofert, przewyższających tak określony limit. W rezultacie, środki te zostały zwiększone [zabezpieczone] w kwocie równej wybranej ofercie tj. 25 758 314,68 zł. Wynika powyższe z czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania, po przeprowadzonej analizie ofert, co udokumentowano pismem Zamawiającego z 22 stycznia 2015 r. o treści: *„Wydział Inwestycji informuje, że zostały zabezpieczone środki na realizację zadania inwestycyjnego pn. „Budowa drogi – łącznik od ul. Przemysłowej do ul. Kleczewskiej w Koninie” biorąc pod uwagę wybór najkorzystniejszej oferty, której wartość wynosi 25 758 314,68 zł [brutto]”*. Tego rodzaju zamierzenie Zamawiającego przybrało postać wiążącego i stanowczego – przytoczone wyżej pismo nie ma charakteru wewnętrznej korespondencji ale zostało opatrzone odręcznymi adnotacjami - głównego księgowego o treści: *„Środki w kwocie 25.758.314,68 zł mieszczą się w planie 2015 r. i WPF na lata 2015-2018.”* a także kontrasygnatą Skarbnika Miasta o brzmieniu: *„potwierdzam zabezpieczenie środków na ww. zadanie”*.

Na posiedzeniu ustalono, że Zamawiający nie zamierza przeznaczyć na realizację tej części zamówienia więcej, aniżeli tak zwiększona po otwarciu ofert kwota. Zamawiający złożył oświadczenie Prezydenta Miasta Konina o treści: *„Oświadczam, że z uwagi na ograniczenia w budżecie Miasta Konina nie przewiduje się zwiększenia środków o ponad 13.340.000 zł na realizację zadania pn. „Budowa drogi – Łącznik od ul. Przemysłowej do ul. Kleczewskiej w Koninie”*. Oznacza to, że zamiar nabycia przedmiotu zamówienia tylko do podwyższonej, wynikającej z wybranej oferty kwoty nie uległ zmianie wobec perspektywy ewentualnego zakwestionowania dokonanego wyboru oferty, ani z innych powodów. Tego rodzaju oświadczenie Prezydenta Miasta należy traktować z pełną powagą jako w pełni miarodajne i wyrażające zamiar i możliwości Zamawiającego. Któż bowiem bardziej, niż Prezydent Miasta, miałby wyartykułować na zewnątrz wolę, jaką wyraża jednostka, niezależnie od tego jaka jest procedura podejmowania decyzji i który z organów [Rada Miasta] jest władny do kształtowania decyzji finansowych. Istotne jest, że w świetle okoliczności postępowania, w tym pisma Zamawiającego datowanego na 22 stycznia 2014 r., w ustaleniu zamierzenia, który w nim wyartykułowano brały udział osoby uprawnione do kształtowania decyzji pociągających skutki finansowe, nie budzi więc wątpliwości, że na moment wydania w tej sprawie orzeczenia, a także wcześniej – w dacie rozstrzygnięcia postępowania, wola Zamawiającego nabycia przedmiotu zamówienia ograniczała do wysokości nie większej niż raz już podwyższona kwota, to jest do 25 758 314,68 zł. Tym bardziej, z pełną powagą, jako miarodajne i wyrażające wolę Zamawiającego należy traktować oświadczenia osób uprawnionych do reprezentowania Zamawiającego, jaką jest organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego w osobie Prezydenta Miasta. Jeśli więc Zamawiający wyartykułował wolę nabycia przedmiotu zamówienia za cenę 16 719 000,00 zł, następnie wolę tę zmienił podnosząc przeznaczone środki o relatywnie wysoką kwotę do 25 758 314,68 zł i wolę tę podtrzymuje wyraźnie wskazując zamiar nieprzeznaczenia większej kwoty na założony cel o dodatkowe ponad 13 mln zł, a zarazem wolę tę przedstawia organ uprawniony do wyrażania stanowisk jednostki na zewnątrz [Prezydent Miasta], to trudno odmawiać tym aktom znaczenia.

Podkreślenia bowiem wymaga, że kwota podawana na otwarciu ofert jako ta, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wyraża – co do zasady – maksymalny poziom, do jakiego Zamawiający jest zobligowany wobec wykonawców podejmować działania zmierzające do wyboru najkorzystniejszej oferty: celem postępowania o zamówienie publiczne nie jest nabycie przez jednostkę przedmiotu postępowania „za wszelką cenę”, ale nabycie go w warunkach własnej kalkulacji i założonego budżetu na dany cel, co mieści się w autonomii jednostki dokonującej nabycia określonych rzeczy lub praw. Poziom tego wydatku może ulec zmianie, ale wyłącznie w wyniku następczo podjętych

czynności, które wyrażą – po pierwsze – że zamawiający zdecydował się dokonać nabycia przedmiotu zamówienia za kwotę większą aniżeli podana po otwarciu ofert, po drugie zaś – do jakiej kwoty zamawiający decyduje się na takie podwyższenie. Przy braku tego rodzaju czynności, albo wyrażeniu woli podniesienia środków na realizację zamówienia do określonego pułapu finansowego, brak jest podstaw do przyjęcia, że sfera decyzyjna zamawiającego obejmuje inny, niewyartykułowany zamiar dokonania zamówienia za jakąkolwiek cenę, przekraczającą tę zakomunikowaną we właściwej, wynikającej z przepisów formule.

Decyzja, wyrażająca zamiar nabycia określonego przedmiotu, tak jak każda decyzja podejmowana w warunkach rynkowych przez podmioty komercyjne, zawiera w sobie wyznaczone przez nabywcę granice, w jakich będzie się poruszał, w tym granice finansowe, do jakich jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia. Nie sposób więc obligować Zamawiającego do poddawania każdorazowo, gdy cena oferty przekroczy tak wyznaczony próg, analizie swoich możliwości finansowych, ponad wolę nabycia przedmiotu zamówienia za określoną cenę. Zwiększenie tak założonego budżetu jest każdorazowo odstępstwem od pierwotnego zamiaru, a nie zasadą. Zasadą jest zatem, że Zamawiający jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia tylko do kwoty, jaką podał na otwarciu ofert jako ta, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jeśli zamawiający, po analizie własnej sytuacji zamiar ten zmienił podnosząc do określonej kwoty próg swojej woli nabywczej, to jedynie do tej kwoty wykonawcy mogą oczekiwać woli Zamawiającego realizacji zamówienia.

Podzielono w tej mierze stanowisko Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 16 kwietnia 2014 r. w spr. VI Ga 23/14, wyrażone w uzasadnieniu tego wyroku, w którym podano: *„za utrwalone uznać należy w orzecznictwie stanowisko, iż zwiększenie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Takie stanowisko zajęła KIO np. w wyrokach z dnia 2.08.2013r. w sprawach KIO 1748/13; KIO 1750/13 [system Lex przy art. 93 ustawy Pzp] stwierdzając: „Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, podana przy otwarciu ofert, nie wiąże zamawiającego w tym sensie, że nie jest to kwota, której zamawiającemu nie wolno przekroczyć. Zamawiający w toku postępowania może pozyskać dodatkowe środki i z ich pomocą sfinansować zamówienie. Taką możliwość jednoznacznie dopuszcza art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Oceny, czy posiada środki na sfinansowanie zamówienia, dokonuje sam zamawiający. Jest to jego suwerenna decyzja związana z całościową sytuacją finansową zamawiającego, o której wiedzę posiada on sam, nie zaś decyzja i ocena wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zwiększenie kwoty podanej na otwarciu ofert jest uprawnieniem zamawiającego, a nie jego obowiązkiem”.* Z tym poglądem zgadza się Sąd

Okręgowy. Ustawa Pzp zezwala zamawiającemu na zwiększenie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, a tym samym kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia mimo zaistnienia przesłanek z art. 93 ust.1 pkt 4, jednakże nie nakłada [bo i nałożyć nie może] na niego takiego obowiązku. Tym samym za bezprzedmiotowe uznać należy również zarzuty dotyczące niewykazania przez zamawiającego, iż nie jest on w stanie zwiększyć środków na sfinansowanie zadania częściowego nr 2. W tym zakresie za wystarczające uznać należy oświadczenie zamawiającego, iż nie zamierza on zwiększyć [z jakichkolwiek przyczyn] środków przewidzianych na sfinansowanie tego zadania.”

Zatem Odwołujący, który podczas otwarcia ofert powziął wiadomość, że cena jego oferty jest wyższa nie tylko od wartości konkurencyjnej oferty, ale przede wszystkim od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia musi zdawać sobie sprawę, że ma szansę na uzyskanie zamówienia tylko pod warunkiem, że Zamawiający zdecyduje się zmienić wcześniejszy zamiar, będący wynikiem już dokonanych refleksji i analiz możliwości finansowych. Trzeba przy tym pamiętać, że zamawiający – jednostka sektora finansów publicznych działa pod presją nie tylko postulatu działania celowego ale także działania gospodarnego. Oznacza to tyle, że jeśli w postępowaniu złożono oferty z cenami mieszczącymi się w założonym budżecie, zaś zamawiający nie działa w warunkach pilnej potrzeby nabycia przedmiotu zamówienia, nie jest zobligowany do skorzystania z każdej oferty dostępnej na rynku, w tym droższej od zamierzonego poziomu cenowego.

Tym samym, jeśli wykonawca nie posiada racjonalnych podstaw, sygnałów ze strony Zamawiającego, że ten zamiar z takich czy innych względów uległ modyfikacji i że Zamawiający zdecyduje się jednak zwiększyć środki na realizację zamówienia, musi liczyć się, że jego oferta, jako droższa od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, nie będzie brana pod uwagę. Nie sposób przy tym oczekiwać, że o sytuacji, gdy Zamawiający nie zamierza przeznaczyć zwiększonej kwoty na realizację zamówienia możemy mówić wyłącznie w razie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Ta podstawa unieważnienia postępowania ma bowiem charakter zrelatywizowanej do okoliczności postępowania, w tym tego, czy istnieją oferty mieszczące się w założonym przez Zamawiającego budżecie. Oczywistym jest zatem, że Zamawiający nie ma powodów do unieważnienia postępowania, jeśli w postępowaniu złożono oferty mieszczące się w granicach tego budżetu, zaś przesłanka do unieważnienia postępowania wystąpi dopiero wtedy, gdy te oferty zostaną wyeliminowane.

W analizowanej sprawie, ze strony Zamawiającego nie było sygnałów, które pozwoliłyby Odwołującemu na przekonanie, że Zamawiający w razie wykluczenia wybranego wykonawcy dokona wyboru kolejnej oferty, to jest przekraczającej założony i podany w trakcie otwarcia ofert budżet o ponad 22 mln zł oraz już znacząco dodatkowo zwiększony w dniu 22 stycznia 2015 r. w stosunku do tej kwoty, tj. o ponad 13 mln zł.

Po drugie, dorobkiem orzecznictwa jest spostrzeżenie, że nie mieści się w kategorii przesłanek materialnoprawnych wynikających z art. 179 ust. 1 ustawy, w szczególności interesu w uzyskaniu danego zamówienia podejmowanie środków ochrony prawnej nie w celu uzyskania zamówienia, ale w celu unieważnienia postępowania. Przepis ten wyraźnie wskazuje, że wykonawca, wnosząc środek ochrony prawnej obowiązany jest posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego. Obie przesłanki materialnoprawne, wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy zrelatywizowane zostały więc przez ustawodawcę do tego konkretnego postępowania, a nie do przyszłego, potencjalnego postępowania, jakie może ewentualnie toczyć się w wyniku unieważnienia postępowania. Skutek w postaci unieważnienia postępowania nie jest generalnie objęty interesem w uzyskaniu danego zamówienia ani możliwością poniesienia szkody, ponieważ obie te przesłanki należy rozpatrywać w odniesieniu do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym składane jest odwołanie, a nie jakiegoś potencjalnego, które hipotetycznie może toczyć się w przyszłości jako rezultat unieważnienia obecnego postępowania. Powyższe wynika z faktu, że zamawiający nie jest zobowiązany do udzielenia określonego zamówienia, a wykonawca nie ma roszczenia o przeprowadzenie kolejnego postępowania, nie ma też pewności, że będzie miał możliwość ubiegać się o zamówienie w ewentualnym przyszłym postępowaniu. [tak: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2010 r., w spr. KIO 2015/10, KIO 2025/10 i 2033/10, z dnia 24 sierpnia 2010 r. w spr. KIO 1719/10, z 30 marca 2012 r. w spr. KIO 482/12, 1 kwietnia 2011 r. w spr. KIO 576/11, 577/11, 27 grudnia 2011 r. w spr. KIO 2679/11, 2680/11]. Podkreślono to także w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r. w spr. II Ca 9/11: *„Legitymacja zatem do wniesienia środka ochrony prawnej [w tym wypadku odwołania] służy tylko takiemu uczestnikowi, który wykaze interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Interes, o którym tu mowa musi dotyczyć tego konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony. Wnoszący odwołanie nie może więc powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego zamówienia przewidywanego w przyszłości. Przepis art. 179 ust. 1*

pzp mówi o interesie w uzyskaniu „danego zamówienia”, co oznacza, że chodzi o przetarg, który się toczy, a nie jakiś hipotetyczny, który może zostać rozpisany w przyszłości. W szczególności wykonawca nie może argumentować, że jeśli toczące się postępowanie zostanie unieważnione, to dojdzie do rozpisania nowego, w którym będzie mógł wziąć ponownie udział, a do tego właśnie zmierzało przedmiotowe odwołanie”.

W okolicznościach, gdy cena oferty Odwołującego jest tak znacząco wyższa do kwoty jaką Zamawiający zdecydował się przeznaczyć na realizację zamówienia [o ponad 22 mln zł od kwoty podanej podczas otwarcia ofert oraz ponad 13 mln od kwoty, do której Zamawiający zwiększył środki przeznaczone na zamówienie], przy stanowczych, wyrażonych przez Prezydenta Miasta oraz Skarbnika Miasta zapatrywaniach co do braku zamiaru zwiększenia kwoty na realizację zamówienia, zasadnym jest wniosek, że odwołanie nie może wyrzucić skutku w postaci wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, a jedynie może skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Oferta Odwołującego, ponad dwukrotnie wyższa [39 099 915,15 zł] aniżeli kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia [16 719 000,00 zł] oraz droższa o ponad 13 mln zł od podwyższonej kwoty na realizację tego zamówienia [25 758 314,68 zł] nie ma realnych podstaw do bycia wybraną w wyniku potwierdzenia zasadności zarzutów odwołania, a co najwyżej może spowodować unieważnienie postępowania, co jednak – ze wskazanych wyżej względów – nie mieści się w pojęciu interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia.

Powyższe determinowało uznanie, że Odwołujący nie wykazał, przesłanek materialnoprawnych, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, pozwalających na merytoryczne rozpatrzenie stawianych zarzutów.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1] *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].

Skład orzekający: