

**WYROK**

**z dnia 2 sierpnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie **28 lipca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **30 czerwca 2021 r.**

**wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Cz.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA” S.A. z siedzibą w Częstochowie, KAFORM sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Częstochowie**

w postępowaniu pn. *Budowa budynku Bursy Miejskiej w pierzei alei T. Kościuszki 8 w Częstochowie wraz z rozbiórką budynku istniejącego oraz zagospodarowaniem terenu na dz. nr 28 obręb 149 (nr postępowania 3/TP/DAG/2021)*

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miasto Częstochowa**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet tych kosztów kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

## Uzasadnienie

Gmina Miasto Częstochowa {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Budowa budynku Bursy Miejskiej w pierzei alei T. Kościuszki 8 w Częstochowie wraz z rozbiórką budynku istniejącego oraz zagospodarowaniem terenu na dz. nr 28 obręb 149* (nr postępowania 3/TP/DAG/2021).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 30 marca 2021 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00024721.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

25 czerwca 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną unieważnieniu powyższego postępowania z uwagi na to że cena wybranej uprzednio jako najkorzystniejsza oferty złożonej przez „Altor” sp. z o.o. {dalej: „Altor”} przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia

30 czerwca 2021 r. „Cz.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA” S.A. z siedzibą w Częstochowie, KAFORM sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Częstochowie, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie tego zamówienia {dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum”} wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {chyba że poniżej wskazano inne akty prawne}:

1. Art. 118 i art. 119 w zw. z art. 16 pkt 1 – przez niewłaściwe zastosowanie i brak należytego zbadania, czy udostępniane przez podwykonawcę Żelbet-Montex sp. z o.o. {dalej: „Żelbet-Montex”} zasoby pozwalają na wykazanie przez Altora spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia polegającego na budowie, przebudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż 5 mln zł (pkt 18.1. lit. b specyfikacji warunków zamówienia), podczas gdy z oferty wraz z załącznikami złożonej przez Altor wynika, że podwykonawca udzielający zasobów będzie wykonywał zamówienie jedynie w zakresie ograniczonym do branży konstrukcyjno-budowlanej.
2. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b – przez zaniechanie wykluczenia Altora z postępowania, pomimo że nie wykazał spełnienia powyżej przywołanego warunku udziału w tym

postępowaniu, gdyż nie doszło do udostępnienia mu zdolności podwykonawcy w sposób realny.

3. Art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 16 pkt 1, a w konsekwencji art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z pkt 13.2. specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ”} – przez zaniechanie wykluczenia Altora jako wykonawcy, który przedstawił wprowadzające w błąd informacje w celu uzyskania zamówienia publicznego w postaci nieprawdziwego oświadczenia o spełnianiu powyżej przywołanego warunku udziału w postępowaniu.
4. Art. 255 pkt 4 {powinien być wskazany art. 255 pkt 3} – przez jego zastosowanie pomimo niespełnienia wymagań przewidzianych w tym przepisie i bezpodstawne unieważnienie postępowania z powołaniem się na to że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
2. Unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty.
3. Powtórzenia badania i oceny ofert.
4. Wykluczenia Altoru oraz odrzucenia jego oferty.
5. Wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej na podstawie przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert

W ramach uzasadnienia powyższa lista zarzutów została sprecyzowana w szczególności przez powołanie się na następujące okoliczności faktyczne i prawne.

{ad pkt 1.-2. listy zarzutów}

Okoliczności faktyczne.

Zgodnie z pkt 18.1. SWZ wykonawca składający ofertę winien wykazać się posiadaniem doświadczenia niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. wykonaniem (zakończeniem – rozpoczęcie mogło nastąpić wcześniej) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej raz robót budowlanych polegających na: a) wykonaniu rozbiórki obiektu kubaturowego o wartości robót rozbiórkowych nie mniejszej niż 300 tys. zł brutto; b) budowie, przebudowie lub remoncie budynku mieszkalnego, zamieszkania zbiorowego lub użyteczności publicznej o wartości robót nie mniejszej niż 5 mln zł brutto.

Altor sp. z o.o. przedstawił oświadczenie podwykonawcy Żelbet-Montex, na którego

zasoby powołał się w celu wykazania spełnienia powyższego warunku

Jednocześnie Altor w swojej ofercie wskazał, że zamierza powierzyć temu podwykonawcy część zamówienia w postaci robót konstrukcyjno-budowlanych, wskazując, że stanowią one 23% całości zamówienia.

Altor w ogóle nie zamierza wykonywać samodzielnie zamówienia, a jedynie powierzyć w całości zamówienie różnym podwykonawcom.

Według wiedzy Odwołującego (jako podmiotu działającego na rynku budowlanym od lat 50' XX w. i wielokrotnie współpracującego z różnymi podmiotami) Żelbet- Montex w ogóle nie posiada doświadczenia wymaganego przez SWZ, gdyż występuje jako podwykonawca lub wykonawca wyłącznie robót konstrukcyjnych.

Odwołujący dodał, że uzyskał potwierdzenie takiego stanu rzeczy w rozmowie z prezes zarządu Żelbetu–Montexu.

Odwołujący wniósł w tym zakresie o dopuszczenie dowodu z przesłuchania świadków {wskazując dane dwóch osób zgłaszanych jako świadkowie}

Okoliczności prawne.

Zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

Zgodnie z art. 118 ust. 2 w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W uzasadnieniu wyroku z 20 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1221/20 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że (...)

*że ustawodawca, w art. 22a ust. 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych ustanowił obowiązek realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby w postaci m.in. doświadczenia, w zakresie, w którym wykonawca ten powołał się na zasoby podmiotu trzeciego. Nie można zatem uznać, iż podmiot wykazujący spełnienie warunku udziału w postępowaniu w całym wymaganym zakresie, będzie uczestniczył w realizacji tego zamówienia jedynie w pewnym, wybranym przez siebie zakresie, stanowiącym element a nie całość wykazywanego doświadczenia. W sytuacji kiedy podmiot trzeci udostępnia swoje zasoby, polegające na wykazaniu doświadczenia stanowiącego warunek udziału*

*w postępowaniu, podmiot ten zobowiązany jest do osobistego wykonania tej części zamówienia, która była objęta warunkiem udziału w postępowaniu. Taka okoliczność stanowi wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu.*

W tych okolicznościach Odwołujący wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, że Altor nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w sposób realny. Doświadczenie polegające na budowie, przebudowie lub remoncie budynku polega nie wyłącznie na robotach konstrukcyjno-budowlanych, lecz także na robotach w zakresie instalacji elektrycznych wysokiego i niskiego napięcia, wodnych, gazowych, sanitarnych oraz robotach wykończeniowych. W takiej sytuacji wykonawca powinien powierzyć podmiotowi taki zakres robót, jaki wynika z udzielonego doświadczenia, nie może natomiast wykonywać samodzielnie robót, do jakich wymagane jest wskazane w SWZ doświadczenie.

Po drugie, że Altor nie mógł wykazać spełniania warunku również z tego względu, że podmiot udostępniający mu swoje zasoby również nie posiada wymaganego treścią warunku doświadczenia

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Okoliczności faktyczne.

Zamawiający po wyborze oferty Altora unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 pzp, gdyż ta oferta z najniższą ceną w wysokości 10.382.785,05 zł przewyższa kwotę, którą Zamawiający pierwotnie zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 9.621.058,50 zł. Ponadto 24.06.2021 r. na sesji Rady Miasta Częstochowy podjęto uchwałę (nr 621.XLVI.2021) zmniejszającą wysokość tych środków finansowych do 6.717.058,50 zł (poz. 1.3.2.25. załącznika, str. 33), przy czym w projekcie uchwały zmniejszenie miało wynosić 900 tys. zł.

Zamówienie na budowę bursy przy ul. Kościuszki w Częstochowie zostało po raz pierwszy ogłoszone 20 lipca 2020 r. (pod nr IZ.271.40.2020). Zamawiający przy otwarciu ofert podał, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 6.975.191,50 zł.

W wieloletnim planie finansowym {dalej: „WPF”} z 19 grudnia 2019 r. Zamawiający przyjął koszt budowy bursy w wysokości 11.163.494 zł (uchwała nr 285.XXIII.2019 poz. 1.3.2.27. załącznika, str. 17.).

W uchwale zmieniającej WPF z 27 lutego 2020 r. zmniejszył kwotę na budowę bursy do 7.458.361zł (uchwała nr 324.XXV.2020 poz. 1.3.2.27. załącznika, str. 22.), a następnie w uchwale zmieniającej WPF z 24 września 2020 r. zwiększył tę kwotę do 11.613.889 zł (uchwała nr 449.XXXIII.2020, poz. 1.3.2.27. załącznika, str. 24.).

Po dokonaniu tego zwiększenia Zamawiający wybrał ofertę konsorcjum Częstobud D. Ś. i PB Budpol sp. z o.o. {dalej: „Konsorcjum Częstobud”}.

Następnie Zamawiający w uchwale zmieniającej WPF z 17 grudnia 2020 r. zmniejszył kwotę na budowę bursy do 7.613.889 zł (uchwała nr 505.XXXVII.2020, poz. 1.3.2.27. załącznika, str. 24), a w kolejnej uchwale z 17 grudnia 2020 r. nr 507.XXXVII.2020 w poz. 1.2.2.25. {powinno być: 1.3.2.25} załącznika (str. 24) pod ogólną nazwą „Przebudowa burs miejskich” wskazał kwotę na zamówienia w wysokości 11.768.36 zł.

W wyniku wniesionego przez Konsorcjum odwołania od powyższego rozstrzygnięcia poprzedniego postępowania, po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 2486/20 i wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z 5 lutego 2021 r. sygn. akt V GA 328/21, 5 marca 2021 r. Zamawiający unieważnił postępowanie, wskazując na: po pierwsze – niemożliwość wykonania zamówienia przez Odwołującego (bez uzyskania stanowiska Konsorcjum odnośnie tej kwestii), po drugie – brak środków na wykonanie zamówienia.

Następnie, po otrzymaniu pisma Odwołującego, 16 marca 2021 r., Zamawiający ograniczył podstawy unieważnienia postępowania przez uchylenie podstawy wynikającej z art. 93 ust. 1 {pkt 7} pzp.

Okoliczności prawne wynikające doktryny i orzecznictwa Izby.

Zgodnie z art. 255 pkt 4 pzp {powinien być wskazany art. 255 pkt 3 pzp} zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt 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 lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Przy czym w większości przypadków chodzi o kwotę podaną przez zamawiającego na podstawie art. 222 ust. 4 pzp

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, powyższe zapisy ustawy mają stanowić teoretycznie gwarancję stabilności oferowanego wynagrodzenia ze strony zamawiających, dzięki uniemożliwieniu arbitralnego obniżenia kwoty ogłoszonej na podstawie art. 222 ust. 4 ustawy w celu unieważnienia postępowania.

Na gruncie tożsamego przepisu poprzedniej ustawy pzp zapadły orzeczenia, według których zamawiający może unieważnić postępowanie, jeśli kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ma oparcie w dokumentach finansowych i jednocześnie, pomimo poszukiwania dodatkowej kwoty na zwiększenie zamówienia, nie może tej kwoty znaleźć.

Zgodnie z wyrokiem Izby z 9 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 2607/18: *Kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia powinna wynikać*

*z dokumentacji finansowej zamawiającego i oznacza środki, jakie mają być przeznaczone na pokrycie realnych wydatków z tytułu realizacji zamówienia.*

*W innym orzeczeniu (sygn. akt KIO 2093/17, zob. także KIO 2155/18, KIO 301/18, 911/16) Izba stwierdziła, co następuje. Czynność unieważnienia postępowania sama w sobie sprzeciwia się określönemu w art. 2 pkt 7a Prawa zamówień publicznych celowi postępowania o udzielenie zamówienia, przez który należy rozumieć dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy. Tym samym, wskazane w Prawie zamówień publicznych przesłanki unieważnienia postępowania – po pierwsze – nie powinny być interpretowane rozszerzająco, po drugie zaś – ich wystąpienie winno być szczegółowo zbadane i nie powinno budzić żadnych wątpliwości.*

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił, że decyzja Zamawiającego tylko pozornie odpowiada prawu, gdyż historia ogłaszanych zamówień na budowę bursy, która jest przedmiotem tego postępowania, pokazuje, że Zamawiający manipuluje kwotami, jakie może przeznaczyć na realizację zamówienia, przez zaniżanie kwot odczytywanych przy otwarciu ofert znacznie poniżej wycen czy też posiadanych środków wynikających z planów finansowych, w celu obejścia przepisów ustawy pzp z przyczyn, które nie zostały ujawnione.

Pomimo powyżej opisanej sytuacji związanej ze zmianą własnej decyzji o unieważnieniu postępowania, Zamawiający przy otwarciu ofert ponownie podał kwotę, która w żaden sposób nie wynika z dokumentów finansowych Zamawiającego w wysokości 9.621.058, 50 zł .

Zamawiający przez dwa miesiące ocenia oferty, a po piśmie Odwołującego wskazującego na wadliwość oferty Altoru, podejmuje decyzję o wyborze tej oferty i unieważnieniu postępowania.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 npzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania

odwoławczego, Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosnie zarzutów dot. oferty, która została uznana za najkorzystniejszą, w pierwszej kolejności wskazał, że w uzasadnieniu nie sprecyzowano zarzutu, na czym miałyby polegać wprowadzenie w błąd zamawiającego przez tego wykonawcę.

Zamawiający oświadczył, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu zweryfikował to na podstawie dokumentów złożonych przez Altor, w szczególności zobowiązania do udostępnienia zasobów, w którym wskazano, że będzie ono polegało na wykonywaniu robót rozbiórkowych i budowy budynku. Spełnia to wymaganie SWZ, aby podmiot udostępniający zasoby był podwykonawcą robót (pkt 18.1.).

Zamawiający nie widzi również żadnej nieprawidłowości w czynności unieważnienia postępowania, gdyż cena oferty Altor była wyższa niż odczytana przed otwarciem ofert kwota środków, które zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie tego zamówienia. Zamawiający czekał jeszcze do 24.06.2021 r. na sesję rady miejskiej, jednakże organ ten nie zwiększył, a wręcz zmniejszył kwotę środków zapisaną w budżecie na budowę burs miejskich (są jeszcze inne bursy przewidziane do realizacji), w tym na bursę objętą tym zamówieniem. Dodatkowo zauważyła, że cena oferty odwołującego jest jeszcze o 1,2 mln zł wyższa niż cena oferty Altor.

Zamawiający podał, że kwota odczytana przed otwarciem ofert wynika z planów rzeczowo-finansowych na 2021 r. i 2022 r. i wynika z pomniejszenia kwoty 9.737.109,00 zł o kwotę 116.050,50 zł, co dało kwotę odczytaną, przy czym należy mieć na uwadze, że w uchwale budżetowej miasta jest pozycja pn. „Budowa burs miejskich”, co obejmuje również bursy w dwóch innych miejscach, przy ul. Legionów i ul. Bolesława Prusa, na które przeznaczono 1,5 mln zł.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie



może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż unieważnienie postępowania w połączeniu z zaniechaniem odrzucenia oferty Altora uniemożliwia mu uzyskanie tego zamówienia.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 4. listy zarzutów odwołania  
– bezpodstawne unieważnienie postępowania}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że odczytana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert w postępowaniu, w którym zostało wniesione rozpoznawane odwołanie, kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dotyczącego budowy bursy miejskiej przy al. T. Kościuszki 8 w Częstochowie (wraz z rozbiórką istniejącego budynku oraz zagospodarowaniem terenu), była niższa od cen wszystkich złożonych ofert.

W sytuacji, gdy Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie z powołaniem się na to, że nie może zwiększyć tej kwoty do kwoty ceny oferty złożonej przez Altora, która była niższa niż cena oferty Konsorcjum o ponad milion złotych, na Odwołującym z mocy art. 534 ust. 1 pzp spoczywał ciężar udowodnienia, że jest inaczej tzn. Zamawiający rzeczywistości dysponuje środkami finansowymi w takiej wysokości, że mógłby rozstrzygnąć pozytywnie postępowanie w razie wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Odwołujący nie poddał temu ciężarowi, gdyż swoje twierdzenie opiera wyłącznie na wysoce spekulatywnym rozumowaniu, że skoro Zamawiający w poprzednio prowadzonym postępowaniu na ten sam przedmiot zamówienia wycofał się z unieważnienia go z powołaniem się na brak środków finansowych, co miało miejsce w marcu bieżącego roku, należy przyjąć, że nadal dysponuje środkami w wysokości, która pozwoliła mu we wrześniu ubiegłego roku wybrać jako najkorzystniejszą ofertę Konsorcjum Częstobudu.

Tymczasem co najmniej od dnia otwarcia ofert w aktualnie prowadzonym postępowaniu, którego unieważnienie zaskarżyło, Konsorcjum wiedziało, że Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia kwotę, co prawda większą niż odczytania przy otwarciu ofert w poprzednim postępowaniu, ale niższą niż cena oferty Konsorcjum. Ponadto kwota odczytana przed otwarciem ofert obecnym postępowaniu – jak wynika to już z okoliczności wskazanych w odwołaniu – nie jest sprzeczna z tym, co wynikało z obowiązującego na ten dzień wieloletniemu planowi finansowemu, który już w poprzedniej wersji wskazywał zbiorczo kwotę przeznaczoną na budowę burs miejskich, a nie tylko bursy przy al. Kościuszki.

Reasumując, Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który potwierdzałby,

że aktualnie Zamawiający może zwiększyć kwotę przeznaczoną na budowę bursy przy al. Kościuszki do kwoty ceny oferty złożonej w tym postępowaniu przez Konsorcjum

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut jest niezasadny.

Zgodnie z art. 255 pkt 3 pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt 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 lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Należy przy tym zgodzić się z poglądami wypracowanymi w dotychczasowym orzecznictwie Izby (wypracowanym na tle analogicznego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp z 2004 r.), że możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia pozostaje w gestii zamawiającego. Przy czym, jak trafnie wywiodła Izba w uzasadnieniu wyroku z 26 września 2017 r. sygn. akt KIO 1878/17, określenie w ustawie, że zamawiający „może” zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia nie odnosi się do woli zamawiającego (chcę/nie chcę), lecz do faktycznych możliwości w zakresie dobra, jakie chce pozyskać, udzielając zamówienia. Izba podkreśliła, że ocena możliwości zwiększenia kwoty musi być dokonywana z uwzględnieniem faktu, że są takie zamówienia, które nie mogą nie zostać udzielone, a ich zakres determinowany jest nałożonymi na zamawiającego z mocy prawa obowiązkami. Stąd dopiero ustalenie braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia uprawnia zamawiającego do unieważnienia postępowania.

Ponadto w uzasadnieniu wyroku z 6 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2451/17 Izba wyraziła pogląd, że decyzja co do zwiększenia kwoty przeznaczanej na realizację zamówienia nie musi być uzewnętrzniona w sformalizowany sposób. Izba wskazała również, z czym także należy się zgodzić, że zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania źródeł finansowania ponad kwotę, którą pierwotnie zabezpieczył, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej i zapobieżenia unieważnieniu postępowania. Zdaniem Izby bezpodstawne jest również oczekiwanie, że zamawiający będzie udowadniał, że jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności faktyczne i prawne zarzut zawarty w odwołaniu należało uznać za bezzasadny.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że nie ma kompetencji, ani do badania prawidłowości prowadzenia przez jednostki samorządu terytorialnego gospodarki finansowej, ani do weryfikowania prawidłowego trybu podejmowania w tym zakresie uchwał.

{rozpatrzenie zarzutów z pkt 1.-3. listy zarzutów  
– zaniechanie wykluczenia Altoru}

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt npzp Izba uwzględni odwołanie w całości lub części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W sytuacji niepotwierdzenia się zarzutu bezprawnego unieważnienia postępowania ewentualne naruszenie przez Zamawiającego przepisów pzp objętych pozostałymi zarzutami, które miałyby prowadzić do stwierdzenia, że wykonawca, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą, powinien zostać wykluczony, obiektywnie nie może mieć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co jest wystarczające dla oddalenia odwołania w całości. Innymi słowy nawet potwierdzenie się zarzutu zaniechania wykluczenia Altoru z postępowania nie wpływa na to, że zostało ono prawidłowo unieważnione, gdyż cena oferty złożonej przez Konsorcjum jeszcze w większym stopniu przekracza możliwości finansowe Zamawiającego.

Izba wzięła pod uwagę w tym zakresie stanowisko Sąd Okręgowego w Warszawie wyrażone w przywołanym poniżej fragmencie uzasadnienia wyroku z dnia 23 kwietnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 18/21 w odniesieniu do stosowania analogicznego przepisu art. 192 ust. 2 ustawy pzp {oznaczanej jako „dPzp” lub „ustawa Pzp”}. Co prawda dotyczyło ono odwrotnego układu okoliczności, ale wynika z niego, że zbędne jest roztrząsanie merytoryczne zarzutów w sytuacji, gdy rozpatrzenie innych zarzutów doprowadziło do ustalenia określonego wyniku postępowania o udzielenie zamówienia.

(...)

*Sąd uznał za zasadne zarzuty naruszenia art. 192 ust. 2 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy dPzp w zw. z art. 11 ust. 2 dPzp. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy dPzp, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia wskazanej ustawy, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 stycznia 2020 r., KIO 58/20).*

*W niniejszej sprawie, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania*

*i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, w ocenie Sądu Okręgowego, przy tak sformułowanym rozstrzygnięciu, jednoczesne nakazanie Zamawiającemu ujawnienia złożonych przez (...) S.A. z siedzibą w R. wyjaśnień ceny oferty z dnia 21 października 2020 r. byłoby bezprzedmiotowe. Skoro bowiem Krajowa Izba Odwoławcza nakazała odrzucenie oferty skarżącego w związku z tym, że zawiera rażąco niską cenę, niedopuszczalne w świetle art. 192 ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r. było ujawnianie wyjaśnień ceny oferty. Cel odwołania został bowiem osiągnięty – ofertę skarżącego wyeliminowano zaskarżonym wyrokiem. Wobec czego, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp z 2004 r. w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK, nie mógł zostać uwzględniony jako niemający żadnego wpływu na wynik rozstrzygnięcia.*

*W tym zakresie zatem skarga zasługiwała na uwzględnienie, co skutkowało koniecznością zmiany zaskarżonego wyroku w części i oddalenia odwołania w tej części.*

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 nowego pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 npzp oraz § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.