

Sygn. akt: KIO 823/14

**WYROK**

**z dnia 15 maja 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę: **ERBUD S.A. w Warszawie (02-819), ul. Puławska 300** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Województwo Podkarpackie – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie (35-105), ul. T. Boya Żeleńskiego 19a**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **ERBUD S.A. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **ERBUD S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „«Trasy rowerowe w Polsce Wschodniej - województwo podkarpackie» w systemie «zaprojektuj i wybuduj» Odcinek nr I (km 0+000+92+805)” zostało wszczęte przez Województwo Podkarpackie – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, zwane dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 019-028822) w dniu 28 stycznia 2014 r.

W dniu 25 kwietnia 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w formie pisemnej przez wykonawcę: ERBUD S.A. w Warszawie, zwanego dalej Odwołującym.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu „*naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy oraz:*

- *zaniechanie dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, co narusza art. 91 ust. 1 i art. 92 ustawy,*
- *dokonanie czynności unieważnienia postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy,*
- *naruszenie art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy w związku z naruszeniem art. 6 k.c. w związku z art. 14 ustawy, poprzez brak dowodów uzasadniających zaistnienie przesłanki opisanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.”*

Mając na uwadze podniesione zarzuty Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, a następnie dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z protokołem postępowania (pkt 8) otwarcie ofert złożonych Zamawiającemu miało miejsce w dniu 6 marca 2014 r. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował wykonawców, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 5 696 392,00 zł brutto.

Przed upływem terminu Zamawiającemu złożono trzy oferty, w których zaoferowano realizację przedmiotu zamówienia za cenę odpowiednio równą kwocie: 12 664 029,57 zł, 9 225 000,00 zł (oferta Odwołującego) oraz 21 811 596,11 zł.

Zamawiający, powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, pismem z dnia 16 kwietnia 2014 r. unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia uznając, iż oferta z najniższą ceną przewyższała kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie.

Twierdził on, iż „Zamawiający nie wykazał i nie udowodnił, iż rzeczywiście nie jest w stanie zwiększyć środków finansowych”. Wskazywał on, iż uzasadnienie zawarte w piśmie informującym o unieważnieniu postępowania nie odzwierciedla stanu faktycznego. Podkreślał, iż Zamawiający w piśmie tym wskazywał na kwotę 12 664 029,57 zł, jako na najniższą zaoferowaną mu cenę, pomijając przy tym niższą od niej kwotę 9 225 000,00 zł, która odpowiadała cenie zaoferowanej przez Odwołującego. Z faktu tego Odwołujący wywodził, że Zamawiający nie wykazał skutecznie, by brak było możliwości dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, brak bowiem u uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania bezpośrednich odniesień do oferty przez niego złożonej. Odwołujący stanął na stanowisku, iż nie jest wystarczającym powoływanie się przez Zamawiającego na odpowiednią uchwałę Zarządu Województwa Podkarpackiego,

gdyż z treści tejże uchwały nie wynika, aby Zamawiający nie mógł udzielić zamówienia Odwołującemu, czy też, aby nie mógł dokonać przesunięć w ramach środków zabezpieczonych na realizację całego projektu. Kierując się tym przekonaniem, Odwołujący twierdził, iż Zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania.

Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez Odwołującego. W ocenie Izby określenie przez Zamawiającego kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na realizację zamówienia mieści się w jego dyskrecyjnej władzy, a przepisy art. 86 ust. 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w żaden sposób tej władzy nie ograniczają. W tym zakresie skład orzekający podzielił opinię wyrażoną w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 1645/11, gdzie Izba wyjaśniła, że: *„Przepisy te ustanawiają proceduralne ograniczenie arbitralności zamawiającego w określeniu kwoty, którą chce/zamierza wydać na sfinansowanie zamówienia na etapie oceny ofert i unieważnienia postępowania w odniesieniu do tej kwoty. Zamawiający jest związany kwotą, którą zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp podał przed otwarciem ofert tylko niejako «od dołu», tzn. nie może w celu uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp wskazać innej, niższej kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i tym samym zobowiązany jest udzielić zamówienia wykonawcy, który zaoferował cenę mieszczącą się w kwocie pierwotnie podanej. Może natomiast dowolnie, co najwyżej ograniczany przez odrębne przepisy dotyczące jego działalności, podnosić wskazaną przez siebie kwotę i nie unieważniać w takiej sytuacji postępowania. Zastrzeżenie poczynione w ww. przepisie: «chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty», należy interpretować jak okres warunkowy odnoszący się nie do hipotetycznych możliwości finansowych zamawiającego, ale do jego decyzji w przedmiocie zwiększenia środków, które chce wydać na sfinansowanie zamówienia”*. Pamiętać należy, że przepisy te nie umożliwiają wykonawcy, na etapie w jakim obecnie znajduje się postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone przez Zamawiającego w rozpoznawanej sprawie, badania rzeczywistych możliwości finansowych Zamawiającego, czy też podejmowania próby nakazania Zamawiającemu wydania na dane zamówienie kwoty wyższej niż pierwotnie zaplanowana. Taką właśnie próbę podjął Odwołujący – działanie to nie znajduje podstaw w ustawie Pzp. Uznanie zarzutów podnoszonych przez Odwołującego prowadziłoby do podważenia celowości ogłaszania bezpośrednio przed otwarciem złożonych Zamawiającemu ofert kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, tak jak to nakazuje art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. Do tej właśnie kwoty odnosi się przepis art. 94 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, stąd na tym etapie postępowania nie jest właściwym ustalanie i dowodzenie rzeczywistych możliwości finansowych Zamawiającego.

W rozpoznawanej sprawie, zgodnie z pkt 8.1 protokołu postępowania, bezpośrednio przed otwarciem złożonych mu ofert, Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 5 696 392,40 zł, tj kwotę ustaloną ostatecznie pismem z dnia 21 lutego 2014 r. Do tej też kwoty Zamawiający odnosił się w piśmie z dnia 16 kwietnia 2014 r. zawierającym uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, tak jak tego wymaga przepis art. 94 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Zasadnie podnosił Odwołujący, iż w powołanym piśmie z dnia 16 kwietnia 2014 r. Zamawiający, jako do kwoty odpowiadającej najniższej zaoferowanej mu cenie, nieprawidłowo odnosił się do ceny drugiej z kolei pod względem wysokości, nie zaś do ceny zaoferowanej przez Odwołującego (tj. do kwoty 12 664 029,57 zł, nie zaś do kwoty 9 225 000,00 zł). Poza sporem pozostaje jednak, iż obie te kwoty są wyższe od tej, która została przez Zamawiającego podana zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. Obie też te kwoty zostały przywołane w treści pisma z dnia 16 kwietnia 2014 r. w tabeli zawierającej opis ofert złożonych Odwołującemu. Obie też kwoty zostały przywołane w załączniku do pisma Zamawiającego z dnia 7 marca 2014 r., którym to pismem Zamawiający podjął starania o zwiększenie kwoty pierwotnie zarezerwowanej na realizację przedmiotu zamówienia. Wszystko to potwierdza, zdaniem Izby, iż Zamawiający podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania uwzględniał przy tym również wysokość ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Założenie to znajduje potwierdzenie w piśmie Zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2014 r., którym informował wykonawców biorących udział w prowadzonym przez niego postępowaniu, iż w piśmie z dnia 16 kwietnia 2014 r. błędnie powołał on kwotę 12 664 029,57 zł zamiast kwoty 9 225 000,00 zł.

Nie znajdują uzasadnienia w przepisach ustawy Pzp twierdzenia Odwołującego, zgodnie z którymi Zamawiający w pierwszej kolejności zobowiązany był dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, tak aby dopiero po dokonaniu tej czynności móc rozważyć możliwość unieważnienia postępowania wobec ustalenia braku możliwości zwiększenia posiadanych środków. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przepis ten dopuszcza zatem wprost możliwość unieważnienia postępowania przez Zamawiającego, po samym tylko ustaleniu, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Stąd też nie sposób czynić Zamawiającemu skutecznie zarzutów naruszenia przepisów ustawy Pzp, w sytuacji, gdy działanie jego stanowi wypełnienie normy powyżej opisanej.

Mając powyższe na uwadze, a w szczególności porównując kwoty, do których odwołał się Zamawiający, tj. wartości ujawnionej zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp oraz ceny zaoferowanej przez Odwołującego, Izba doszła do przekonania, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp ocenić należy jako niezasadny. Konsekwencją takiego rozstrzygnięcia było uznanie, iż nie zostało również wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia innych przepisów ustawy przywołanych w rozpoznawanym odwołaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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).

**Przewodniczący:** .....