

Sygn. akt: KIO 3352/22

POSTANOWIENIE
z dnia 28 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 28 grudnia 2022 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2022 r. przez Odwołującego – **A. J.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. A.Przedsiębiorstwo Budowlane „KOBUD”, ul. Legnicka 16, 55-300 Środa Śląska w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Wałbrzych, Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu**, ul. Jana Matejki 1, 58-300 Wałbrzych

Przy udziale

Wykonawcy – **ENERGOKON-PLUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Ludwika Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – A. J. kwoty 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego – Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu na rozbiórkę obiektów gminnych (nr ref.: DU.260.51.2022) – zadanie nr 1 „Rozbiórka budynku mieszkalno-usługowego przy ul. Niepodległości 245 w Wałbrzychu”, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 października 2022 r. nr 00387623/01, wobec czynności unieważnienia postępowania wniesione zostało w 14 grudnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy A. J. (J. A. Przedsiębiorstwo Budowlane „KOBUD”, Środa Śląska (sygn. akt KIO 3352/22).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 260 p.z.p. w zw. z art. 255 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 1 i 2 p.z.p. przez niewłaściwe uzasadnienie decyzji Zamawiającego (a de facto jego brak), tj. ograniczenie „uzasadnienia” do zacytowania przepisu, a dalej podanie jedynie: Zamawiający nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do ceny zaoferowanej przez Przedsiębiorstwo Budowlane „KOBUD” A. J., ul. Legnicka 16, 55-300 Środa Śląska” – z czego to nie wynika na jakiej podstawie faktycznej Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania, a tym bardziej nie udowodniono rzekomego wystąpienia przesłanki unieważnienia postępowania, nadto nie wykazano rzeczywistego wypełnienia przez zaistniałe okoliczności hipotezy wskazanej normy prawnej – podczas gdy:
 - a. Zamawiający wezwał uprzednio wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane „KOBUD” A. J. (Odwołującego) do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty pismem z dnia 8 listopada 2022 r. – których to wyjaśnień udzielił Odwołujący. Złożona oferta znalazła się na pozycji nr 3 (90,08 pkt), czym Zamawiający potwierdził możliwość zwiększenia kwoty;
 - b. z szacunków Zamawiającego wynika, że był on świadomy średnich cen ofert, gdyż szacunkową wartość zamówienia wskazał na poziomie 738 000,00 zł (tj. na poziomie kwoty prawie 3-krotnie (!) większej od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) – zatem na etapie żądania wyjaśnień RNC musiał zakładać podwyższenie budżetu, bowiem w innym przypadku nie wystosowywałby tego wezwania w stosunku do podmiotów znajdujących się poza deklarowaną kwotą;
 - c. analizy wcześniejszego postępowania nr DU.260.17.2022 przeprowadzone na przełomie kwietnia i maja 2022 r. – z którego to wynika, że Zamawiający musiał mieć

świadomość o konieczności podwyższenia kwoty i uwzględniać to w swoich szacunkach, w szczególności, że średnia złożonych ofert wyniosła 357.055,33 zł, nadto w maju inflacja wynosiła 13 %, natomiast w październiku 17,9 % - a co dodatkowo świadczy o konieczności przeznaczenia większej kwoty na realizację zamówienia;

d. w trakcie postępowania pod sygn. akt: KIO 3105/22 – w którym to Zamawiający nieskutecznie kwestionował interes prawny Odwołującego (na moment składania odwołania, nie sporządzono jeszcze uzasadnienia) – z treści wówczas złożonej odpowiedzi na odwołanie wynika, że wskazane przez Zamawiającego rzekome ograniczenia budżetowe wynikają raczej z apriorycznych i nieudowodnionych założeń Zamawiającego o rzekomej prawidłowości kalkulacji cen przez lokalnych wykonawców, a nie na rzetelnej kalkulacji wynikającej z danych dostępnych Zamawiającemu (kosztorysu inwestorskiego), czy średniej arytmetycznej ofert;

e. Zamawiający ma obowiązek podania uzasadnienia faktycznego (faktów, zdarzeń, stanu) i prawnego (które nie może ograniczać się tylko do podania i zacytowania przepisu Prawa zamówień publicznych) czynności unieważnienia postępowania, co jest niezbędne dla oceny czy dana czynność zamawiającego mieści się w granicach przytoczonej podstawy prawnej, a w okolicznościach niniejszej sprawy, czy nie narusza zasad efektywności, bezstronności oraz zasad konkurencji w postaci preferencji wykonawców lokalnych kosztem interesu Odwołującego;

2. art. 255 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 17 p.z.p., art. 16 ust. 1 p.z.p. i art. 44 ust. 3 pkt 1 u.f.p. i art. 9 u.o.k.i.k. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze wskazaniem jedynie, iż Zamawiający „nie mógł zwiększyć kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do ceny zaoferowanej przez Przedsiębiorstwo Budowlane KOBUD”, a przez to brak zakończenia postępowania wyborem najkorzystniejszej oferty i brak efektywności prowadzonego postępowania, gdy tymczasem:

a. dyspozycyjność Zamawiającego jest ograniczona, a Zamawiający poprzestał na stwierdzeniu, że nie może przeznaczyć większej kwoty – w sytuacji gdy udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia spoczywa zawsze na zamawiającym, który ponosi odpowiedzialność za unieważnienie postępowania, a tym samym za bezpodstawną rezygnację z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w szczególności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych;

b. działanie Zamawiającego doprowadziło do nadużycia pozycji dominującej, a jego decyzja nie znajduje uzasadnienia, co wynika m.in. z:

- i. porównania z szacunkową kwotą zamówienia (kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia stanowi jedynie 35 % kwoty wskazanej jako szacunkowa wartość zamówienia);
- ii. szacunkowa wartość zamówienia stanowi bezpośrednią informację dla zamawiającego, jaką w przybliżeniu kwotę należy zarezerwować w budżecie (zob. np. wyrok KIO z 8.11.2021 r., KIO 3004/21), a zatem skoro powinien on zarezerwować kwotę 738 000,00 zł, to tym bardziej 297 660 zł – a co świadczy o pozorności oświadczenia Zamawiającego (który w konsekwencji nie miał nawet prawnej możliwości podjęcia takiej decyzji - naruszenie art. 83 k.c. – w zakresie złożonego oświadczenia Zamawiającego);
- iii. analizy wcześniejszego postępowania nr DU.260.17.2022 przeprowadzone na przełomie kwietnia i maja 2022 r. – z którego to wynika, że Zamawiający musiał mieć świadomość o konieczności podwyższenia kwoty i uwzględnić to w swoich szacunkach, w szczególności, że średnia złożonych ofert wyniosła 357.055,33 zł, nadto w maju inflacja wynosiła 13 %, natomiast w październiku 17,9 % - a co dodatkowo świadczy o konieczności przeznaczenia większej kwoty na realizację zamówienia;
- iv. postępowania pod sygn. akt: KIO 3105/22, w którym to bezskutecznie Zamawiający kwestionował interes Wykonawcy, a w którym to potwierdzono, że Zamawiający przewidywał możliwość zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia;

podczas gdy skutkuje to ukształtowaniem czynności tak, że z zewnętrznego punktu widzenia wydaje się, że ma ona cechy niesprzeciwiające się obowiązującemu prawu, a w istocie świadczy o podjęciu czynności unieważnienia postępowania niezgodnie z zasadami finansów publicznych, stanowiąc jednocześnie czynność nieważną i podjętą jedynie w celu wyboru innej oferty, aniżeli oferta Odwołującego;

c. potwierdzenie konieczności zwiększenia kwoty wynika z przepisów o finansach publicznych, bowiem Zamawiający nie może zrezygnować uznaniowo z realizacji zamówienia, co może prowadzić do naruszenia interesu publicznego;

3. art. 255 pkt 3 w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. poprzez unieważnienie postępowania z powodu nieprawidłowego uznania, że Zamawiający nie mógł zwiększyć kwoty przeznaczonej na finansowanie zamówienia podanej stosownie do art. 222 ust. 4 p.z.p., do poziomu ceny oferty najkorzystniejszej, podczas gdy:

a. Zamawiający wezwał uprzednio wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane „KOBUD” A. J. (Odwołującego) do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty pismem z dnia 8 listopada 2022 r. – na które to wyjaśnienia udzielił Odwołujący,

oferta ta znalazła się na pozycji nr 3 (90,08 pkt), a czym wykonawca potwierdził możliwość zwiększenia kwoty,

b. z szacunków Zamawiającego wynika, że był on świadomy średnich cen ofert, gdyż szacunkową wartość zamówienia wskazał na poziomie 738 000,00 zł (tj. kwoty prawie 3-krotnie (!) większej od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) – zatem na etapie żądania wyjaśnień RNC musiał zakładać podwyższenie budżetu, bowiem w innym przypadku nie wystosowywałby tego wezwania w stosunku do podmiotów znajdujących się poza deklarowaną kwotą,

c. jeśli uzyskanie zamówienia nie byłoby możliwe, to wyjaśnianie kwestii wyliczenia ceny oferty, po to by nie została ona odrzucona, jest pozbawione jakiegokolwiek uzasadnienia, a co świadczy o sprzecznym i instrumentalnym działaniu Zamawiającego przy bezpodstawnym przyjęciu, że rzekomo nie może zwiększyć kwoty do najkorzystniejszej oferty – a co za tym idzie zmierzającym do obejścia prawa – w celu udzielenia zamówienia innemu podmiotowi, aniżeli Odwołujący;

4. art. 255 pkt 3 p.z.p. i art. 16 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. poprzez wskazanie, by Zamawiający „nie mógł zwiększyć kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do ceny zaoferowanej przez Przedsiębiorstwo Budowlane „KOBUD” bez przedstawienia analizy ekonomicznej, gdy tymczasem wartość zamówienia na kwotę zamówienia poprzez dokonanie jego szacowania, jest bezpośrednią informacją dla zamawiającego, jaką w przybliżeniu kwotę należy zarezerwować w budżecie, a kwota ta była wyższa o 184 p.p. (stanowiła aż 284 %) kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zatem nie sposób przyjąć, by zamawiający nie mógł zwiększyć kwoty jedynie do kwoty większej o 14 p.p.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

W piśmie z 23.12.2022 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił w całości zarzuty i poinformował o dokonaniu czynności zgodnie z żądaniem odwołania, tj. o unieważnieniu w dniu 22.12.2022 r. czynności unieważnienia postępowania.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Odwołującego wykonawca – ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu.

Na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 28.12.2022 r. Izba na podstawie § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie *postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. poz.

2453) umorzyła postępowanie odwoławcze w sytuacji wyczerpującej przypadek wskazany w art. 568 pkt 3 Ustawy.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 9 ust. 2 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), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego kwotę uiszczoną w wysokości 10.000,00 zł wpisu.

Przewodniczący: