

WYROK
z dnia 18 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lutego 2013 r. przez **odwołującego – Arriva RP sp. z o.o., 00-739 Warszawa, ul. Stępińska 22/30**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Województwo Kujawsko-Pomorskie, Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego, 87-100 Toruń, Plac Teatralny 2**,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.**
2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego – Województwo Kujawsko-Pomorskie, Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego, 87-100 Toruń, Plac Teatralny 2** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Arriva RP sp. z o.o., 00-739 Warszawa, ul. Stępińska 22/30** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **zamawiającego – Województwo Kujawsko-Pomorskie, Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego, 87-100 Toruń, Plac Teatralny 2** na rzecz **odwołującego – Arriva RP sp. z o.o., 00-739 Warszawa, ul. Stępińska 22/30** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Toruniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Kujawsko-Pomorskie, Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego, 87-100 Toruń, Plac Teatralny 2, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług publicznych w zakresie publicznego transportu zbiorowego w transporcie kolejowym na terenie województwa kujawsko- pomorskiego w okresie od 15 grudnia 2013 roku do 12 grudnia 2015 roku” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 września 2012 roku pod numerem 2012/S 182-299298.

Zamawiający dnia 25 stycznia 2013 roku poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Dnia 4 lutego 2013 roku wykonawca Arriva RP sp. z o.o., 00-739 Warszawa, ul. Stępińska 22/30 (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

1. Bezprawnym unieważnieniu postępowania w zakresie pakietu A i B,
2. Zaniechaniu wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu A i B,

W ocenie odwołującego zamawiający naruszył przepisy: art. 7 ust. 1, art. 86 ust. 3, art. 91 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 4 oraz ust. 2 i 3 ustawy Pzp, a także inne przepisy wynikające z treści odwołania.

Odwołujący wniósł o:

1. Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietu A i B.
2. Dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu A i B.

Zamawiający, dnia 5 lutego 2013 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 8 lutego 2013 roku, do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienia wykonawca Przewozy Regionalne sp. z o.o., ul. Wileńska 14a; 03-414 Warszawa.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego tabelę z wyliczeniami własnymi, poczynionymi przez odwołującego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający unieważniając przedmiotowe postępowanie stwierdził, że ceny zawarte w złożonych ofertach znacznie przekraczają możliwości budżetowe zamawiającego.

Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania wskazał, jakim budżetem dysponuje na świadczenie regularnych przewozów osób w publicznym kolejowym transporcie zbiorowym na terenie województwa w latach 2013-2015, przedstawiając w tym zakresie opracowaną przez siebie tabelę. Zdaniem zamawiającego, z informacji w niej podanych wynika, że rozstrzygając przedmiotowe postępowanie zamawiający w latach 2013-2015 będzie dysponował kwotą 6 372 257,31 zł, podczas gdy zgodnie z uchwałą Nr 30/985/2012 Zarządu Województwa Kujawsko-Pomorskiego z dnia 1 sierpnia 2012 r. w sprawie wyrażenia woli wdrożenia rozkładu jazdy pociągów kursujących w ramach połączenia BiT-City, zgodnie z harmonogramem i rozkładem jazdy wskazanym w rezultatach studium wykonalności projektu pn. „Zakup taboru kolejowego dla Szybkiej Kolei Metropolitarnej Bit-City” dla wykonania tego projektu zamawiający zobligowany jest zabezpieczyć na samą tylko linię BiT-City na lata 2014-2015 środki w łącznej wysokości 26 850 880,52 zł.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej podstawa prawna unieważnienia przedmiotowego zamówienia wraz z uzasadnieniem faktycznym, podana przez zamawiającego, nie

potwierdziła zasadności unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, 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.

Z akt przedmiotowego postępowania nie wynika, że zamawiający dokonał procedury badania i oceny złożonych ofert, tym samym w odniesieniu do powyższego przepisu znajduje zastosowanie porównanie budżetu zamawiającego do oferty z najniższą ceną. Dla pakietów A i B oferty zawierające najniższą cenę złożone zostały przez odwołującego.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia należy utożsamiać z kwotą podawaną przy otwarciu ofert (art. 86 ust. 4 ustawy Pzp). Od czasu nowelizacji z dnia 29.01.2010 r. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp posługuje się bowiem pojęciem „*zamierza przeznaczyć*”, tj. tym samym, które zostało użyte w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp (por. także par. 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20.06.202 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” - *do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami*). Powyższe oznacza, że kwota podawana przy otwarciu ofert pełni rolę gwarancyjną, zapewniającą przejrzystość postępowania i chroniącą interesy wykonawców przed arbitralnym i nieuzasadnionym unieważnieniem przez zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zasadą wynikającą z przytoczonego przepisu jest to, że zamawiający nie może unieważnić postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty jest niższa niż kwota podana podczas otwarcia ofert (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1582/12; wyrok KIO z 24 maja 2012 r., sygn. akt: KIO 964/12, wyrok KIO z 27 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2645/11).

W protokole postępowania (ZP-PN, strona 4), w punkcie 8 została wskazana przez zamawiającego, jako kwota podana przed otwarciem ofert, kwota 83 849 000,00 zł brutto. Jest to kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Przedmiotowe postępowanie zostało podzielone na trzy części - pakiet A, B i C. Zarówno w pakiecie A jak i B najniższą cenę zaproponował odwołujący.

W postępowaniu zamawiający, jako cenę ofertową brutto określił wysokość podstawowej stawki dopłaty do pociągo-kilometra (pkt XII, pkt XIV.1 s.i.w.z., pkt 1 załącznika nr 1 do s.i.w.z. - formularza ofertowego). Z uwagi na specyficzny przedmiot zamówienia, jakim są usługi transportu kolejowego, zamawiający wymagał wpisania do formularza ofertowego ceny jednostkowej w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o cenach. Według tego przepisu

cena jednostkowa jest również ceną, z tym że ustaloną za jednostkę określonego towaru (usługi), w tym przypadku pociągo-kilomentra.

Chcąc ustalić całkowitą cenę ofertową, należało przemnożyć cenę z formularza ofertowego przez zakres przedmiotu zamówienia wskazany w dokumentacji postępowania (pkt II.2.1 ogłoszenia o zamówieniu, załącznik B do ogłoszenia o zamówieniu, pkt II.6 s.i.w.z.).

W rezultacie najniższe ceny całkowite oferty brutto (za cały okres obowiązywania umowy) były następujące:

- najniższa cena za pakiet A: 19.722.000,00 PLN (oferta odwołującego)
- najniższa cena za pakiet B: 17.257.200,00 PLN (oferta odwołującego)
- najniższa cena za pakiet C: 19.155.800,00 PLN (oferta Przewozy Regionalne)
- łącznie najniższa cena za pakiet A i B: 36.979.200,00 PLN
- łącznie najniższa cena za pakiet A, B i C: 56.135.000,00 PLN.

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający odnosił pojęcie ceny ofertowej do dopłat do pociągo-kilometra (pkt 1 formularza ofertowego, pkt XII, pkt XIV. 1 s.i.w.z.). W pkt XIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że wykonawca powinien w kalkulować w cenę ofertową (brutto) wszystkie jej składniki tj. m.in. wszystkie elementy przedmiotowego zamówienia przedstawione w dziale II specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym koszty dysponowania taborem kolejowym, koszt osobowe oraz ewentualne ryzyko wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy.

Wskazać należy, że zamawiający jest związany postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem nie może ich dowolnie zmieniać na etapie po złożeniu ofert, ani od nich odstępować, bowiem stanowiłoby to naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp - zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania zgodnie z regułami ustawy, przy poszanowaniu zasad uczciwej konkurencji.

W świetle powyższego, nieprawidłowe są wyliczenia zamawiającego (w uzasadnieniu unieważnienia postępowania), zawarte w rubryce „*Wysokość zobowiązań jakie Zamawiający zaciągnąłby wybierając najtańsze oferty w przedmiotowym postępowaniu*”. Wynikająca z tej rubryki suma 85 868 480,00 zł nie jest równa sumie najniższych cen zaoferowanych w postępowaniu.

Na rozprawie odwołujący przedłożył szereg dokumentów – wyliczeń (tabel), z których wynikało, że prawidłowo oszacował przedmiot oferty.

Zamawiający na rozprawie wskazał, że oceniając złożone oferty, pod kątem czy mieszczą się one w budżecie zamawiającego, do cen ofertowych doliczył koszty, które będzie ponosił

z tytułu opłat za korzystanie z infrastruktury PLK i dopiero suma (cena ofertowa + koszty infrastruktury) daje obraz ceny porównywalny z budżetem zamawiającego.

Z takim stanowiskiem zamawiającego nie sposób się zgodzić. Zdaniem Izby niedozwolone jest, w celu oceny zaistnienia przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, doliczanie do ceny ofertowej jakichkolwiek dodatkowych kosztów zamawiającego.

Wskazać bowiem należy, że „Zobowiązania” (tak zostały te kwoty określone w tabeli zamawiającego) to nie to samo co cena. Zawarcie jakiegokolwiek umowy o zamówienie publiczne wiąże się ponoszeniem przez stronę publiczną dodatkowych - oprócz ceny - kosztów, jak np. koszt ubezpieczeń, pokrycie kosztów mediów, koszty administracyjne itd. w zależności od treści umowy. Koszty te nawet, gdy faktycznie zwiększają przychody wykonawcy, nie są wliczane do ceny ofertowej na potrzeby oceny spełnienia przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W przeciwnym wypadku istniałaby zbyt duża dowolność zamawiającego w tym zakresie.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający odniósł cenę ofertową do dopłat do pociągo-kilometra (np. pkt XII s.i.w.z. oraz pkt 1 wzoru formularza ofertowego). Tak sformułowana specyfikacja istotnych warunków zamówienia, w zakresie ceny, w połączeniu z ogłoszoną przed otwarciem ofert kwotą budżetu zamawiającego, dały wykonawcom sygnał, że na ww. dopłaty została przeznaczona określona pula pieniędzy niezależnie od innych kosztów ponoszonych przez zamawiającego.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podnosi się, że porównanie ceny oferty z kwotą, którą zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia, musi się odnosić wprost do ceny wskazanej w złożonej ofercie, a nie do wszelkich możliwych sytuacji rozliczeń stron w trakcie realizacji umowy. Należy oddzielić etap postępowania o udzielenie zamówienia i wyboru oferty od etapu wykonywania umowy zawartej w wyniku wyboru oferty najkorzystniejszej. W niniejszym postępowaniu wykonawcy, zgodnie z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, konkurowali właśnie ceną.

Sposób rozliczania wskazany w § 8 wzoru umów został opracowany na podstawie przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym oraz rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70, w zakresie tzw. rekompensaty przekazywanej operatorowi. Wysokość kosztów, które zamawiający poniesie w trakcie realizacji umowy będzie zależna od wielu czynników i nie ma wątpliwości, że jest pojęciem szerszym niż cena.

Reasumując, wbrew twierdzeniom zamawiającego stwierdzić należało, że całkowite zobowiązania z tytułu realizacji umowy dla pakietu A i B wyniosłyby 54 724 175,71 zł,

natomiast wraz z pakietem C - 82 769 224,82 zł. Obie wartości mieszczą w kwocie przeznaczonej na finansowanie zamówienia (kwota z protokołu postępowania).

Tym samym na podstawie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 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).

Przewodniczący: