

WYROK
z dnia 9 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Agata Mikołajczyk

Aneta Mlącka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2020 r. przez **Odwołującego – UXO MARINE Spółka Akcyjna** z siedzibą w Goczałkowicach Zdrój, ul. Szkolna 72 (43-230 Goczałkowice Zdrój)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni**, ul. Chrzanowskiego 10 (81-338 Gdynia)

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – UXO MARINE S.A. z siedziba w Goczałkowicach Zdroju i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego UXO MARINE S.A. z siedzibą w Goczałkowice Zdrój tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Odwołującego – UXO MARINE S.A. z siedziba w Goczałkowicach Zdroju na rzecz Zamawiającego – Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku.**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni na *oczyszczeniu dna akwenów z materiałów ferromagnetycznych, w tym wybuchowych w ramach projektu pn. „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską – część 1* zamówienia (nr postępowania: ZP.371.25.2019.ASc), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05.07.2019 r., S 128-313730, wobec czynności unieważnienia postępowania na część 1 zamówienia, Wykonawca UXO MARINE S.A. z siedzibą w Goczałkowicach Zdroju (dalej jako Odwołujący), wniósł w dniu 22 lutego 2020r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 370/20).

Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy - 12.02.2020 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, tj.:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 14 ust. 1 Pzp w związku z art. 58 § 2 k.c. przez unieważnienie postępowania w sposób, który narusza zasadę uczciwej konkurencji, co polegało na takim ukształtowaniu przebiegu postępowania, aby doprowadzić do pozbawienia Wykonawcy możliwości wykonywania robót, a w konsekwencji zlecenie ich wykonania wykluczonemu z postępowania, tj. konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych Piromor s.c. H. M. i D. B. S. (dalej PRCiP);
- 2) zasady proporcjonalności wskazanej w punkcie 1 Preambuły Dyrektywy UE 2014/24/UE przez zaniechanie zrobienia rachunku ekonomicznego i automatyczne unieważnienie przetargu, a w szczególności bez porównania kosztów ogłoszenia przetargu lub zawarcia umowy o zamówienie publiczne w innym trybie, jeśli koszty te miałyby być wyższe od kwoty stanowiącej różnicę pomiędzy wartością oferty, a zadeklarowaną przez Zamawiającego kwotą na zamówienie oraz bez weryfikacji, czy na podstawie przepisów regulujących status finansowy Zamawiającego jest możliwe uzyskanie takich środków w celu sfinansowania zamówienia oraz doprowadzenia do sytuacji, w której zamówienie wykonywać będzie podmiot wykluczony z przedmiotowego przetargu;
- 3) zasady podziału zamówienia na części przez podział zamówienia na dwie części w sposób sprzeczny z celami postawionymi w punktach 78 i 79 do preambuły dyrektywy 2014/24.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, nakazanie przeprowadzenia analizy ekonomicznej

unieważnienia przetargu w celu ustalenia, czy zlecenie poza przedmiotowym przetargiem nie będzie się wiązało z wyższym kosztem, aniżeli różnica między ofertą Odwołującego, a kwotą zaoferowaną na podstawie art. 86 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o zadanie pytania prejudycjalnego w trybie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o treści: czy punkt 1 Preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE nakazujący stosowanie zasady proporcjonalności do zamówień publicznych należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia on się unieważnieniu przetargu w sytuacji gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia bez jakiegokolwiek weryfikacji przez zamawiającego rachunku ekonomicznego unieważnienia przetargu, a w szczególności bez porównania kosztów ogłoszenia przetargu lub zawarcia umowy o zamówienie publiczne w innym trybie, jeśli koszty te miałyby być wyższe od kwoty stanowiącej różnicę pomiędzy wartością oferty, a zadeklarowaną przez zamawiającego kwotą oraz bez weryfikacji, czy na podstawie przepisów regulujących status finansowy zamawiającego jest możliwe uzyskanie takich środków w celu sfinansowania zamówienia oraz doprowadzenia do sytuacji, w której zamówienie wykonywać będzie podmiot wykluczony z przedmiotowego przetargu.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

{zarzut nr 1}

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał na kwotę środków, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia w części I – 7.937.190,00 zł brutto i stwierdził, iż nie może jej zwiększyć do wysokości oferty Odwołującego, tj. 8.175.305,70 zł brutto. Zamówienie podzielone zostało na dwie części ze względu na obszar (Zatoka Gdańska w granicach Portu Osłonowego – cz. I i Tor Wodny i obszar rzeki Elbląg – cz. II) różniące się terminem wykonania prac z uwagi na różny obszar geograficzny.

Każdy z wykonawców składał oferty na obie części, a suma kwot ofert najkorzystniejszych była niższa od sumy środków przewidzianych na obie części, tj. całość zamówienia. Odwołujący przywołał fragmenty orzeczeń Izby dotyczących wydzielonych części zamówienia w ramach procedury przetargowej i zawieranych umów oraz braku istnienia po stronie Zamawiającego obowiązku zwiększenia kwoty podanej przy otwarciu ofert. Podniesienie zarzutu wobec braku zwiększenia środków zostało w orzecznictwie zasygnalizowane jako możliwe, chociaż wymagające podania rzeczowych podstaw, a nie ogólnych twierdzeń (KIO 2300/15).

W ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie zachodzą szczególne podstawy nakazujące ocenić czynność unieważnienia postępowania, jako naruszające art. 58 § 2 k.c. Zdaniem Odwołującego decyzja Zamawiającego nie wynika z faktu, iż oferta Odwołującego przewyższa kwoty, ale z negatywnego nastawienia Zamawiającego do oferty i przedsiębiorcy i niechęci do zlecenia jemu prac, chociaż złożona oferta była najkorzystniejsza.

Nastawienie Zamawiającego miało od początku sprzyjać wykonawcy PRCiP, co miało swój wyraz w opisie kryteriów oceny ofert oraz terminie wykonania zamówienia (skutecznie zakwestionowanych przez Odwołującego) i jego faworyzowania w całym przetargu. PRCiP zaoferowało rażąco niską cenę w obu zadaniach, co nie przeszkodziło w jej wyborze (skutecznie podważonym przez Odwołującego).

Odwołujący został wezwany do złożenia dokumentów, dotrzymując bardzo krótkiego terminu dopełnił staranności, a Zamawiający unieważnił postępowanie wskazując na przekroczenie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia. Ponadto wskazał, iż 4.10.2019 r. w wyniku rozstrzygnięcia innego postępowania przetargowego nastąpiło zawarcie umowy dotyczącej realizacji robót budowlanych związanych z budową drogi łączącej Zalew Wiślany i Zatoką Gdańską oraz, że część zamówienia będąca przedmiotem obecnego postępowania została przekazana do wykonania stronie umowy. Podmiot, któremu powierzono wykonanie prac (konsorcjum N.V. Besix S.A., NDI S.A., NDI Sp. z o.o.) trudni się działalnością niezwiązaną z wydobywaniem obiektów ferromagnetycznych, w tym niebezpiecznych i nie posiada kompetencji do wykonania przedmiotowego zamówienia, co oznacza, iż wykona zamówienie niezgodnie ze standardami lub będzie zobowiązany do skorzystania z usług podwykonawcy, w tym zaangażowania PRCiP.

Powyższe wskazywać ma, iż czynność Zamawiającego, mająca prowadzić do obejścia ustawy, z racji wykluczenia PRCiP z postępowania jest nieważna z mocy prawa na podstawie art. 58 k.c.

W opinii Odwołującego zlecenie wykonania usługi oczyszczania dna stanowiło pozorną oszczędność z uwagi na konieczność powstrzymania się z pracami budowlanymi na czas wykonywania prac saperskich, co wydłuży czas realizacji zadania głównego – budowy drogi wodnej i będzie generowało dodatkowe koszty związane chociażby z karami umownymi.

Okres 3 miesięcy jaki upłynął od wydania wyroku w sprawie KIO 2182/19, a decyzją o unieważnieniu postępowania, ma wskazywać na celowe przedłużanie przez Zamawiającego procedury przetargowej, tak aby doprowadzić do wyeliminowania Odwołującego.

Odwołujący wskazał na odbytą w dniu 13 lutego 2020 r. rozmowę z przedstawicielami Zamawiającego, w trakcie której przekazana miała być informacja, że faktyczną przyczyną unieważnienia zamówienia było przeciąganie się postępowania, co opóźniało strategiczną

inwestycję. Podana podstawa unieważnienia z art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp miała stanowić jedynie argument do unieważnienia postępowania.

O naruszeniu zasad współzycia społecznego świadczyć mają inne postępowania zaplanowane w 2019 r., które nie zostały unieważnione, chociaż przekroczona została kwota środków zaplanowanych przez Zamawiającego. Zamawiający odstąpił od rachunku ekonomicznego przy podejmowaniu decyzji o unieważnieniu postępowania, chociaż w skali całego zamówienia różnica oferty do wartości szacowanej przez Zamawiającego wyniosła ok. 1,5%, a Zamawiający uzyskał oszczędność w kwocie 1.797.631,10 PLN (na części II zamówienia).

Zasady, jakie miały zostać naruszone przez Zamawiającego określone zostały przez Odwołującego jako działanie fair pomiędzy uczestnikami obrotu gospodarczego. Działaniom Zamawiającego miało z góry przyswiecać założenie, aby Odwołujący nie otrzymał przedmiotowego zamówienia, a zamiast niego zamówienie miał otrzymać faworyzowany wykonawca, który został wykluczony z postępowania.

Norma z art. 58 § 2 k.c., znajdująca zastosowanie przez odesłanie z art. 14 ust.1 Pzp, pozwala uznać oświadczenie Zamawiającego za nieważne, a kompetencja Zamawiającego do unieważnienia postępowania powinna być ograniczona zasadami współzycia społecznego.

{zarzut nr 2}

Podstawę zarzutu nr 2 stanowi naruszenie zasady proporcjonalności wskazanej w pierwszym zdaniu preambuły do dyrektywy nr 2014/24, rozumianej przez konieczność zapewnienia realizacji celu ustawy. Zasada ta zakłada, że jeżeli istnieje wybór pomiędzy środkami, które nadają się do osiągnięcia danego celu, to należy wybrać środki najmniej restrykcyjne, niedogodności zaś wynikające z ich stosowania powinny pozostawać w odpowiedniej relacji do urzeczywistnianego celu. W świetle tej definicji zasady proporcjonalności, unieważnienie przetargu nastąpiło z jej naruszeniem, ponieważ cel ustawy Pzp – zachowanie konkurencji i należyte gospodarowanie środkami publicznymi nie wymagały unieważnienia przetargu. Zasada proporcjonalności nakazuje, aby unieważnienie przetargu było rozwiązaniem ostatecznym, kiedy nie ma możliwości przeprowadzenia przetargu po zbadaniu wszystkich alternatyw. Instytucja unieważnienia przetargu powinna być traktowana jako wyjątek. Alternatywą było zbadanie możliwości zwiększenia środków na realizację zamówienia – w ramach przepisów regulujących ustrój finansowy.

Powołana zasada nakazuje przyjęcie takiej interpretacji art. 93 ust. 4 Pzp, że decyzja o unieważnieniu przetargu powinna być poprzedzona analizą ekonomiczną, w szczególności

pod względem kosztów kolejnego przetargu lub zlecenia prac i porównania z ofertą i kwotą przeznaczoną na zadanie.

{zarzut nr 3}

Przy ocenie, czy kwota oferty przekracza kwotę przewidzianą na realizację zamówienia, należy wziąć pod uwagę kwoty dla całego zamówienia, co czyni twierdzenie Zamawiającego o przekroczeniu środków nieprawdziwym. Podział zamówienia na części odnosił się jedynie do obszaru geograficznego działań, a kwoty na sfinansowanie pochodzą z jednej pozycji budżetowej i nie są odrębnie kwalifikowane. Odwołujący domaga się przesunięcia na część pierwszą zadania środków przeznaczonych dla całego zadania, tj. 12.000.000 PLN (poz. 40 planu finansowego). Wewnętrzny podział zamówienia na części, niezwiązany z odrębnym budżetem lub obowiązkami finansowymi, sprawozdawczymi lub organizacyjnymi, nie ma znaczenia z punktu widzenia zamówienia.

W świetle motywu 78 i 79 do preambuły dyrektywy 2014/24 podział zamówienia dokonany przez zamawiającego nie spełnia założonych celów, tj. nie wspiera małych lub średnich przedsiębiorców, nie uwzględnia przedsiębiorców z konkretnych branż ani nie jest uzasadniony etapami realizacji zamówienia. Jest on sztuczny i w świetle dyrektywy nie odnosi skutku. Tym bardziej, że zgodnie z siwz, można było brać udział w obu częściach jednocześnie.

Zamawiający w piśmie z dnia 5.03.2020r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Zamawiający wskazał na niesporne fakty wynikające z uzasadnienia unieważnienia postępowania oraz przywołał tezy z orzeczeń KIO dotyczące stosowania art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy.

Przed rozprawą Odwołujący złożył pismo procesowe, do którego załączono zeznania osób zgłoszonych, jako świadkowie, tj. Ł. P. oraz P. N. . Pan Ł. P. – prowadzący działalność związaną z przedmiotem zamówienia, w oświadczeniu przedstawił informacje, jakie uzyskał w trakcie rozmów z pracownikami, podmiotami i osobami powiązаныmi z Urzędem Morskim w Gdyni, z których miało wynikać, iż niezależnie od wyników postępowania odwoławczych zamówienie otrzyma PRCiP. W trakcie rozmów miała być poruszona również kwestia budżetu i środków, które faktycznie są z oszczędności z pierwszego etapu oraz braku zainteresowania dopuszczeniem do rynku UXO MARINE S.A.

P. N. – członek rady nadzorczej UXO MARINE S.A. i właściciel spółki, w oświadczeniu pisemnym oraz w ustnej wypowiedzi na rozprawie odniósł się do spotkania z przedstawicielami Urzędu Morskiego w Gdyni, które odbyło się 13 lutego 2020r. W trakcie spotkania miało zostać wskazane, iż udzielenie zamówienia w obecnej chwili nie ma sensu, gdyż z uwagi nie przedłużającą się procedurę (do czego prowadziły odwołania UXO MARINE S.A.), część prac na oczyszczenie terenu z obiektów ferromagnetycznych w obszarze portu osłonowego została zlecona głównemu wykonawcy Mierzei, tj. Konsorcjum NDI/BESIX, co miało na celu uchronić Zamawiającego przed zapłatą kar umownych z tytułu opóźnienia w przekazaniu terenu budowy.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego, jaką było unieważnienie postępowania. Oceny tej należało dokonać z uwzględnieniem sytuacji faktycznej, jaka istniała w momencie składania odwołania, a która wynikała z braku wskazania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Nie przesądzając o zasadności zarzutów Izba zobowiązana była przyjąć stan hipotetyczny wynikający z wniosków Odwołującego - o istnienia podstawy do stwierdzenia nieważności decyzji o unieważnieniu postępowania. Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż czynność stanowiąca przedmiot zarzutu prowadziła do braku możliwości zawarcia umowy z Odwołującym. Izba uznała, iż odwołanie służyć ma ochronie interesów wykonawcy w postępowaniu, przede wszystkim przez usunięcie niekorzystnej decyzji o unieważnieniu postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy.

W świetle przedstawionych stanowisk oraz analizy dokumentacji postępowania Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zamawiający prowadzi postępowanie, w którym przedmiot zamówienia podzielony została na część 1 i 2, uwzględniając etapy robót budowlanych, tj. w części 1 uwzględniono konieczność przygotowania Portu Osłonowego, wykonania przekopu przez Mierzeję oraz wykonania sztucznej wyspy z materiału uzyskanego z przekopu. W opisie przedmiotu zamówienia opisana została powierzchnia oraz ilość punktów (anomalii) dla każdego z obszarów. W części 2 prac przyjętych dla tego postępowania zostały ujęte prace konieczne do przygotowania pod roboty budowlane związane z torem przez zalew Wiślany, rzekę Elbląg i port Elbląg. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że wydobycie ferromagnetyków w części lądowej (na Mierzei) zostało włączone do głównego przetargu na wykonanie prac na Mierzei.

Termin realizacji części 1 zamówienia został określony jako maksymalny, tj. do 180 dni kalendarzowych liczonych od dnia zawarcia umowy i mógł być skrócony w ofercie maksymalnie o 120 dni kalendarzowych (pkt IV.1 siwz oraz załącznik 4a do siwz pkt 4).

Na część 1 zamówienia oferty złożyło dwóch Wykonawców, ale ostatecznie jedyną ofertą podlegającą ocenie w przetargu pozostała oferta Odwołującego (oferta PRCiP została odrzucona).

Zamawiający unieważnił postępowanie w części 1 w dniu 12.02.2020 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy wskazując w uzasadnieniu, iż:

.. ofertą z najniższą ceną jest oferta złożona przez UXO Marine S.A. Wykonawca ten zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 8 175 305,70 zł. brutto. Natomiast Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia kwotę 7 937 190,00 PLN brutto (...)Zamawiający nie widzi możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia (podkreślenie własne).

Dodatkowo Zamawiający informuje, iż w trakcie niniejszego postępowania wystąpiła istotna zmiana okoliczności co spowodowało, że prowadzenie postępowania oraz wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Celem niniejszego zamówienia jest usunięcie obiektów ferromagnetycznych dla umożliwienia bezpiecznego wykonywania planowanych robót związanych z budową drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską wraz z ich wydobyciem i utylizacją z obszarów objętych Projektem, tj. obszar Zalewu Wiślanego w granicach Sztucznej Wyspy oraz obszaru Zatoki Gdańskiej w granicach Portu Osłonowego.

Otwarcie ofert w przedmiotowym postępowaniu odbyło się w dniu 19.08.2019 r. Wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany przez Zamawiającego w dniu 13.09.2019 r. Następnie po unieważnieniu czynności wyboru z dnia 13.09.2019 r. przeprowadzone zostało ponowne badanie i ocena ofert i w dniu 18.10.2019 r. nastąpił ponowny wybór oferty najkorzystniejszej, który w wyniku rozstrzygnięcia odwołania wniesionego do KIO został unieważniony w dniu 03.12.2019 r.

Na skutek unieważnienia ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum PRCiP i PIRQMOR s.c., najwyższej sklasyfikowana została oferta złożona przez UXO

Marine S.A. z ceną 8 175 305,70 zł brutto, a zatem ceną przekraczającą kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia o ponad 200 tys. PLN.

Równoległe, w wyniku rozstrzygnięcia innego postępowania przetargowego w dniu 04.10.2019 r. nastąpiło zawarcie umowy dotyczącej realizacji robót budowlanych związanych z budową drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską (przed których rozpoczęciem miały być wykonywane prace związane z oczyszczeniem dna z materiałów ferromagnetycznych). Zgodnie z dokumentacją kontraktową tego postępowania Teren Budowy powinien zostać przekazany Wykonawcy w ciągu 14 dni do zawarcia Kontraktu. Aby możliwa była realizacja robót zgodnie z założeniami Programu, bez uszczerbku dla końcowego terminu realizacji Budowy drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską, niezbędne stało się przekazanie Wykonawcy przez Inwestora części obszaru wodnego, w granicach Portu Osłonowego łącznie z oczyszczeniem dna z materiałów ferromagnetycznych.

W konsekwencji zakres przedmiotowego zamówienia uległ ograniczeniu, a z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia za przedmiot umowy oraz brak przesłanek umownych umożliwiających zmniejszenie wynagrodzenia w przypadku opisanym powyżej, Zamawiający nie ma możliwości zmiany umowy co do zakresu przedmiotu zamówienia.

Powyższe okoliczności skutkują konstatacją, iż w przedmiotowym postępowaniu, niezależnie od podstawy unieważnienia, o której mowa na wstępie, wystąpiła też przesłanka do unieważnienia wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którą Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Z taką też zmianą okoliczności mamy do czynienia ramach przedmiotowego postępowania, albowiem z uwagi na konieczność umożliwienia realizacji robót budowlanych dla strategicznej w naszym Kraju inwestycji Zamawiający podjął działania związane z udostępnieniem Wykonawcy budowy drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską frontu robót, co w efekcie spowodowało ograniczenie zakresu obszaru Zatoki Gdańskiej do oczyszczenia z obiektów ferromagnetycznych w ramach przedmiotowego postępowania.

Wskazanie powyższych okoliczności ma charakter jedynie informacyjny – podstawą unieważnienia postępowania jest art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jako podstawa wystarczająca.

Zamawiający w dniu 13 stycznia 2020r. zawarł na wniosek strony aneks nr 1 do Kontraktu nr TI.372.73.660.1.42.2019.BO z dnia 4 października 2019 roku na budowę drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską – część 1, na mocy którego wykonawcy robót powierzone zostało usunięcie obiektów ferromagnetycznych na obszarze Portu Osłonowego od strony Zatoki Gdańskiej – 90 punktów za cenę jednostkową 2.418,45 zł. Zgodnie z pkt 2 preambuły do aneksu nr 1 – pismem z dnia 31 października 2019 r. Wykonawca powiadomił Zamawiającego o roszczeniu terminowym i finansowym związanym z nie przekazaniem przez Zamawiającego dostępu do części Terenu Budowy w postaci działek wodnych położonych na Zatoce Gdańskiej i Zalewie Wiślanym, co związane jest z nie dokonaniem przez Zamawiającego usunięcia obiektów ferromagnetycznych na tych działkach.

Zamawiający w dniu 14 lutego 2020r. zawarł na wniosek strony aneks nr 2 do Kontraktu nr TI.372.73.660.1.42.2019.BO z dnia 4 października 2019 roku na budowę drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską – część 1, na mocy którego wykonawcy robót powierzone zostało usunięcie obiektów ferromagnetycznych na obszarze Portu Osłonowego

od strony Zatoki Gdańskiej – 46 punktów za cenę jednostkową 2.418,45 zł. Zgodnie z pkt 2 preambuły do aneksu nr 1 – pismem z dnia 31 października 2019 r. Wykonawca powiadomił Zamawiającego o roszczeniu terminowym i finansowym związanym z nie przekazaniem przez Zamawiającego dostępu do części Terenu Budowy w postaci działek wodnych położonych na Zatoce Gdańskiej i Zalewie Wiślanym, co związane jest z nie dokonaniem przez Zamawiającego usunięcia obiektów ferromagnetycznych na tych działkach.

Rozpoznając odwołanie Izba stanęła przed koniecznością rozstrzygnięcia o zasadności zarzutów, które zostały sformułowane w oparciu o naruszenie zasad współżycia społecznego oraz zasady proporcjonalności, do których naruszenia miała doprowadzić czynność unieważnienia postępowania dokonana na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy. Odwołujący przyjmując wytyczne dotyczące stosowania przepisu Ustawy uznał, iż w sprawie wystąpiły szczególne okoliczności mające wskazywać na konieczność oceny czynności Zamawiającego z perspektywy zasady proporcjonalności, którą odnosił do celu Ustawy, jakim jest udzielenie zamówienia w oparciu o ekonomiczną analizę oferty, której cena przekraczała kwotę środków, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w części 1. Ponadto Odwołujący wskazywał na przebieg postępowania, w trakcie, którego Zamawiający miał preferować innego wykonawcę i dążyć do uniemożliwienia powierzenia zamówienia Odwołującemu, który podejmował kroki prawne wnosząc odwołania w toku postępowania.

Okoliczności, jakie miały przekonać o braku proporcjonalności czynności unieważnienia postępowania dotyczyły zaniechania przeprowadzenia analizy ekonomicznej decyzji o braku możliwości zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia, dla którego wysokość budżetu przewidzianego wspólnie na obie części pozwalała rozstrzygnąć postępowanie w części nr 1. W szczególności, w ocenie Odwołującego, w zaistniałej sytuacji Zamawiający powinien był przeprowadzić rachunek ekonomiczny unieważnienia przetargu, obejmujący porównanie kosztów ogłoszenia przetargu lub zawarcia umowy o zamówienie publiczne w innym trybie, jeśli koszty te miałyby być wyższe od kwoty stanowiącej różnicę pomiędzy wartością oferty, a zadeklarowaną przez Zamawiającego kwotą oraz zweryfikować, czy na podstawie przepisów regulujących status finansowy Zamawiającego jest możliwe uzyskanie takich środków w celu sfinansowania zamówienia i nie doprowadzenia do sytuacji, w której zamówienie wykonywać będzie podmiot wykluczony z przedmiotowego przetargu.

Odnosząc się do tak postawionego zarzutu Izba uznała, iż w świetle okoliczności wykazanych dowodami, w szczególności aneksami zawartymi do kontraktu głównego na budowę drogi wodnej (Kontrakt nr TI.372.73.660.1.42.2019.BO), nie ma podstaw do

przyjęcia wniosków Odwołującego, iż decyzja o unieważnieniu postępowania miała być podjęta bez analizy ekonomicznej. Odwołujący sprowadzał tą analizę praktycznie do zestawienia kwoty środków przewidzianych łącznie na część 1 i 2 oraz różnicy, jakiej pokrycia wymagałby wybór jego oferty w części 1. W ocenie składu orzekającego, Zamawiający na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy miał uprawnienie do podjęcia w szerszej perspektywie decyzji, czy słusznym i uzasadnionym z punktu interesów Zamawiającego, jest przesunięcie środków na sfinansowanie zamówienia w części 1. Analiza ta w okolicznościach dotyczących zawartych już umów na wykonanie prac budowlanych, oznaczała również konieczność uwzględnienia możliwości ponoszenia wysokich kar umownych, jakie realnie zagrażały Zamawiającemu za brak wywiązania się z obowiązku przekazania wykonawcy robót oczyszczonego obszaru wodnego, co uniemożliwiało rozpoczęcie prac budowlanych na Mierzei. Ponadto, uwzględniając wysokość ceny ustalonej w aneksie z wykonawcą (Konosrcjum NDI), któremu Zamawiający zlecił oczyszczenie akwenu wodnego, decyzja o unieważnieniu postępowania na prace związane z usunięciem ferromagnetyków była korzystniejsza ekonomicznie. Odwołujący zaoferował bowiem stawkę jednostkową ok. 3000 zł.

Na zakończenie należy również zaznaczyć, co przyznał również Odwołujący, że dla ziszczenia się przesłanki opisanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy, do unieważnienia postępowania wystarczające jest zaistnienie sytuacji, w której oferta najkorzystniejsza/z najniższą ceną, przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Skład orzekający w całości podziela pogląd prezentowany w części orzeczeń, iż możliwość zwiększenia kwoty środków na sfinansowania zamówienia dotyczy sfery dyspozycyjnej pozostawionej zamawiającemu. Decyzja ta wymaga zachowania przejrzystości, stąd dla odstąpienia od obowiązku unieważnienia postępowania zamawiający zobowiązany jest wykazać w protokole, iż taka możliwość wystąpiła. Nie jest natomiast prawidłowe, wywodzenie z tego przepisu obowiązku wykazania przez zamawiającego braku możliwości zwiększenia kwoty ponad podaną przy otwarciu ofert wysokość środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia. Skoro obowiązkiem zamawiającego jest wskazanie przy otwarciu ofert kwoty środków, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to należy uznać, iż środki te jako zabezpieczone w budżecie na realizację inwestycji, pozwolą na udzielenie zamówienia. Zamawiający nie może dowolnie ograniczać tej kwoty, co mogłoby spotkać się z zarzutem działania naruszającego zasady postępowania. Ustawodawca nie nałożył przy tym na zamawiającego obowiązku „poszukiwania” dodatkowych środków, gdyby te zabezpieczone w momencie wszczęcia postępowania okazały się niedostateczne. W tej sytuacji nie ma podstaw do formułowania nakazu uzasadnienia przyczyn, które uniemożliwiają zamawiającemu przeznaczenie dodatkowych

kwot na zakup przedmiotu zamówienia. Nie można również pozostawić bez komentarza stwierdzenia, iż to Zamawiający ma prawo do ustalenia, czy przy danych warunkach rynkowych wybór oferty droższej okaże się korzystny. Zamawiający zobowiązany jest przestrzegać zasad wydatkowania środków publicznych, tak aby nie narazić się na zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Założenie Odwołującego, iż Zamawiający powinien wykorzystać środki zaoszczędzone w ramach części 2 zamówienia, pomija istotną kwestię racjonalności decyzji o wyborze oferty droższej, niż zakładany próg wydatków przewidzianych w momencie ogłoszenia o zamówieniu. Ostatecznie decyzji Zamawiającego pozostawiono możliwość pozyskania (przesunięcia) środków, jeżeli decyzja ta ma racjonalne podstawy. W okolicznościach niniejszej sprawy nie zostało wykazane przez Odwołującego, że kontynuowanie procedury będzie racjonalne, w szczególności przy uwzględnieniu, że część prac została już wykonana, a tym samym wybór oferty Odwołującego tracił sens dla Zamawiającego. Mając na uwadze powyższe Izba uznała tezy Odwołującego o braku właściwej analizy ekonomicznej, za gołosłowne.

Odnosząc się natomiast do rzekomego ukrytego celu działań Zamawiającego, jakim miało być pozaprawne wyeliminowanie Odwołującego z udziału w wykonaniu prac oraz zapewnienie zlecenia ich wykonania wykonawcy CRPiC, Izba uznała, iż na taki cel nie wskazują czynności podjęte w postępowaniu. Wprawdzie Zamawiający unieważnił postępowanie zasadniczo na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy, to nie można tracić z oczu również faktu, że Zamawiający stanął w sytuacji, gdy zagrożone były terminy przekazania terenów do rozpoczęcia prac budowlanych. Informacje te zostały szczegółowo przedstawione w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania i wpływały na optykę czynności podjętych w postępowaniu. W ramach podniesionych zarzutów, Izba nie jest uprawniona do oceny zgodności z przepisami Ustawy zawartych aneksów, stąd na potrzeby rozstrzygnięcia sporu należało przyjąć, jako fakt istniejący w dacie podejmowania czynności w postępowaniu – zlecenie wykonania części prac wykonawcy robót głównych. Ponadto, przedstawione przez Zamawiającego dowody z innych postępowań wskazują, iż Odwołujący nie jest podmiotem wyeliminowanym z rynku, czy też podmiotem, któremu stawiane są przeszkody formalne. Oceny zarzutu należało dokonać z perspektywy realiów, w jakich Zamawiający uznał, iż nie może przesunąć dodatkowych środków, celem rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, co zostało omówione wcześniej. Kwestia udziału CRPiC, jako podwykonawcy prac nie jest jednoznaczna dla oceny motywów decyzji o unieważnieniu postępowania. Nie można tracić z oczu tego, że to Konsorcjum NDI miało powierzyć wykonanie prac CRPiC, a zatem nie można wprost przypisać Zamawiającemu odpowiedzialności za podjętą decyzję. Odwołujący wprawdzie podjął próbę wykazania, iż Zamawiający miał działać z taką intencją, to jednak zgłoszony wniosek o dopuszczenie

dowodu z zeznań świadka nie został pozytywnie rozpoznany, gdyż wskazana osoba nie była świadkiem rozmów, jakie miały toczyć się z przedstawicielami Zamawiającego, a jej wiedza miała wynikać z przekazów ustnych rzekomych świadków rozmów. Samo zestawienie czasowe czynności podejmowanych w postępowaniu oraz decyzji o potrzebie zawarcia aneksów nie daje pełnego obrazu sytuacji, w jakiej znalazł się Zamawiający. Nie można zapominać, iż wstrzymanie prac budowlanych spowodowane było zwłoką z przekazaniem oczyszczonego terenu, co mogło narażać Zamawiającego na wysokie kary umowne. W tej sytuacji wnioskowanie o celowym utrudnianiu Odwołującemu uzyskania zamówienia nie znajdowało mocnych podstaw, które czyniłyby je przekonującym.

W świetle powyższego, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy oddaliła odwołanie w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....