

WYROK
z dnia 5 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2016 r. przez wykonawcę

Sweco Consulting Sp. z o.o. ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań

w postępowaniu prowadzonym przez

Związek Miast i Gmin Pojezierza Drawskiego ul. Piaskowa 6, 78-520 Złocieniec

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Sweco Consulting Sp. z o.o. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Sweco Consulting Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Sweco Consulting Sp. z o.o. na rzecz Związku Miast i Gmin Pojezierza Drawskiego kwotę 554 zł 40 gr (słownie: pięćset pięćdziesiąt cztery złote czterdzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu pełnomocników.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 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 Koszalinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Związek Miast i Gmin Pojezierza Drawskiego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad projektami pn. *Modernizacja oczyszczalni ścieków w Złocieńcu-Wodnik, Modernizacja oczyszczalni ścieków w Drawsku Pomorskim-Wodnik, Modernizacja oczyszczalni ścieków w Czaplunku-Wodnik*” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 1 października 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 190-340804. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania

Odwołujący – Sweco Consulting Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 32 ust. 1, art. 35 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuzasadnione unieważnienie postępowania z powodu tego, że cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia,

2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) cofnięcia decyzji o unieważnieniu postępowania,

2) dokonania ponownej analizy finansowej i podjęcia decyzji o zwiększeniu kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do wartości odpowiadającej cenie, jaką zaoferował Odwołujący,

3) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż w postępowaniu złożono 6 ofert, których ceny brutto kształtowały się na poziomie od 821.640,00 PLN do 1.952.010,00 PLN. W dniu

otwarcia ofert Zamawiający podał, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 1.074.002,93 PLN netto, tj. brutto 1.321.023,60 PLN. (W postępowaniu Zamawiający posługuje się cenami i kwotami netto, nie zawierającymi VAT, zatem Odwołujący dalej posługuje się również cenami i kwotami nie zawierającymi VAT.)

Za wyjątkiem jednej oferty, odrzuconej, ceny wszystkich ofert były wyższe niż zadeklarowana przez Zamawiającego kwota, jaką zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia. Cena oferty Odwołującego, drugiej w kolejności, określona została na poziomie 1.175.000,00 PLN. Zamawiający oszacował przedmiot zamówienia na kwotę: 2.706.487,39 PLN, w tym wartość zamówienia podstawowego na kwotę 2.255.406,16 PLN.

Zdaniem Odwołującego, zgadzając się z zarzutem, że cena zaproponowana w odrzuconej ofercie zawierała rażąco niską cenę, Zamawiający potwierdził, że realnymi, rynkowymi cenami za wykonanie przedmiotu zamówienia są wszystkie ceny pozostałe, mieszczące się w przedziale od 1.175.000,00 PLN do 1.587.000 PLN.

Zamawiający, działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, podjął decyzję o unieważnieniu postępowania informując wykonawców, że pozostałe oferty złożone w postępowaniu przewyższają kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. kwotę 1.074.002,93 PLN netto i Zamawiający nie może zwiększyć kwoty na sfinansowanie zamówienia, a następna najkorzystniejsza cena oferty wynosi 1.175.000,00 PLN.

W ocenie Odwołującego decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania jest nieuzasadniona, została podjęta bez przeprowadzenia rachunku ekonomicznego oraz analizy kosztów całego projektu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem, w którym wykonawcy działają w zaufaniu do Zamawiającego, że po pierwsze pragnie on zrealizować zamówienie publiczne, a po drugie, że całe postępowanie o udzielenie tego zamówienia publicznego zostanie przeprowadzone zgodnie z zasadami przejrzystości, również w fazie przed wszczęciem postępowania. Przy szacowaniu tym Zamawiający zobligowany jest dochować należytej staranności. W ocenie Odwołującego należyta staranność odnosi się nie tylko do fazy pierwotnego wyliczenia wartości przyszłego zamówienia publicznego, ale także do korygowania tej wartości w sytuacji, gdy wystąpią jakieś szczególne istotne okoliczności, mające wpływ na wycenę przedmiotu zamówienia. W konsekwencji Zamawiający zobligowany jest również analizować budżet, jakim dysponuje, a wszelkie zmiany powinny być udokumentowane w protokole postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie udźwignął ciężaru dochowania należytej staranności w odniesieniu do wyceny przedmiotu zamówienia, jak i w odniesieniu do przeanalizowania własnych możliwości finansowych pod kątem tego, czy może on przeznaczyć na wykonanie zamówienia kwotę odpowiadającą cenie najkorzystniejszej oferty.

We wstępnym ogłoszeniu informacyjnym Zamawiający podał, że koszt zamówienia zawiera się w kwocie pomiędzy 1.074.002,93 PLN a 1.574.002,93 PLN, a wyceniając z datą 7 września 2016 r. wartość zamówienia podstawowego określił go na kwotę 2.255.406,16 PLN, a następnie przed otwarciem ofert, 21 października 2016 r., poinformował, że zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia kwotę 1.074.002,93 PLN netto. Fakty te mogą świadczyć o tym, że Zamawiający nie do końca jest zorientowany w zakresie przedmiotu zamówienia, co mogło być podstawą do podjęcia późniejszej błędnej decyzji o unieważnieniu postępowania.

Kolejnym dowodem niedochowania należytej staranności i niedochowania zasady przejrzystości postępowania jest fakt, iż od dnia otwarcia ofert do 13 grudnia 2016 r. Zamawiający nie przeprowadził żadnych ustaleń z sygnatariuszami Związku, czy możliwe jest zwiększenie budżetu do wartości np. oferty z drugą ceną, a takiego zachowania należałoby się spodziewać po profesjonalnym Zamawiającym, który otrzymał 6 ofert cenowych, z których cena najniższa odstawała znacząco w dół w stosunku do cen pozostałych 5-ciu ofert i została uznana przez Zamawiającego jako rażąco niską (na skutek uznania odwołania Odwołującego).

W ocenie Odwołującego istnieje rezerwa finansowa, która umożliwi Zamawiającemu podniesieniu budżetu z zadeklarowanej kwoty 1.074.002,93 PLN do kwoty 1.175.000 PLN (cena netto zaoferowana przez Odwołującego), czyli o ok. 9,4%.

Przede wszystkim kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia, to wartość wyłącznie zamówienia podstawowego, a Zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówień podobnych, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych do wysokości do 20% wartości zamówienia podstawowego. Taki zapis oznacza, że faktycznie Zamawiający ma w budżecie tego zamówienia zarezerwowanych 20% więcej środków finansowych.

Dodatkowo, każdy z trzech projektów jest dofinansowywany ze środków unijnych z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 w wysokości dofinansowania 75%. Kwoty dofinansowania na roboty i usługi w ramach tych projektów oscylują na poziomie kilkunastu milionów złotych. Nie przeprowadzono jeszcze żadnych postępowań przetargowych na roboty budowlane, zatem nie można stwierdzić jednoznacznie, że nie jest możliwe przekroczenie w przypadku każdej oczyszczalni budżetu przeznaczanego na usługi o ok. 33 tys. PLN. 3 i 13 grudnia 2016 r., tj. w okresie, gdy Zamawiający podejmował decyzję o unieważnieniu postępowania, wszczęte zostały przez niego dwa postępowania przetargowe na roboty budowlane dla oczyszczalni w Czaplunku i Drawsku Pomorskim. Zamawiający wyznaczył terminy złożenia ofert odpowiednio na 11 i 19 stycznia 2017 r. Oznacza to, że już w nieodległym czasie Zamawiający będzie dysponował wiedzą na temat zaoferowanych cen na te roboty budowlane oraz będzie mógł stwierdzić, czy dysponuje

rezerwą finansową na zrealizowanie całości projektu. Oznacza to, że najbardziej racjonalnym ekonomicznie rozwiązaniem byłoby wstrzymanie się z ostatecznymi decyzjami kończącymi postępowanie przetargowe co najmniej do dnia otwarcia ofert na roboty budowlane.

Tym samym twierdzenie o nieuprawnionym unieważnieniu przez Zamawiającego postępowania z powodu tego, że kwota najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na wykonanie zamówienia, jest uzasadnione.

W opinii Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego w trakcie Postępowania przywołanych w treści niniejszego odwołania przepisów ustawy Pzp oznacza, że czynność unieważnienia Postępowania nastąpiła niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Zamawiający powinien dokonać oceny ofert i wybrać jako ofertę najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Odwołującego.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający podtrzymał dotychczasowe stanowisko odnośnie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający oświadczył, że w dniu otwarcia ofert wskazał, iż na realizację zamówienia objętego postępowaniem zamierza przeznaczyć kwotę 1.074.002,93 zł netto, tj. brutto 1.321.023,60 zł, zaś wszczynając postępowanie oszacował przedmiot zamówienia na kwotę 2.706.487,39 zł, którą ustalił w oparciu o cennik „BISTYP-CONSULTING”. Zamawiający podkreślił, że kwota określona zgodnie z przesłankami określonymi w art. 32 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest tylko zabiegiem ustawodawcy i odnosi się do „progów”, od których stosuje się procedurę „unijną”, czy też uproszczoną. Nie odnosi się natomiast do wysokości posiadanych środków finansowych (zresztą jak i sama szacunkowa wartość zamówienia).

Stosownie do treści art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednocześnie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nałożenie na zamawiającego ustawowego obowiązku podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia rodzi istotne skutki prawne. Rozwiązanie to zwiększa bowiem jawność postępowania oraz uniemożliwia zamawiającym arbitralne unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Jak wskazuje orzecznictwo kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia stanowi jedynie o środkach finansowych zabezpieczonych w budżecie danej jednostki zamawiającej na sfinansowanie konkretnego przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Cel podawania tej kwoty tuż przed otwarciem ofert, kiedy jeszcze zamawiający nie mógł zapoznać się z konkretnymi wycenami ofertowymi dokonanymi przez wykonawców w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, związany jest z zabezpieczeniem interesów wykonawców, aby nie dochodziło do nieuprawnionych działań po stronie zamawiającego związanych z unieważnianiem postępowania o zamówienia publiczne z powodu braku środków na sfinansowanie danego zamówienia. Kwota ta w praktyce najczęściej stanowi odzwierciedlenie ceny szacunkowej przedmiotu zamówienia dokonanej zgodnie z art. 32 i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych powiększonej o wartość podatku VAT, ale nie zawsze musi to być faktycznie ta kwota.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w dniu otwarcia ofert podał kwotę na sfinansowanie zamówienia inną (niższą), niż wynikało to z wyceny szacunkowej wartości zamówienia. Kwota ta wynikała z następujących okoliczności: Zamawiający jest związkiem międzygminnym, którego uczestnikami jest dziesięć gmin. Celem działalności Zamawiającego jest m.in. innymi budowa kanalizacji sanitarnych i deszczowych, a także sieci wodociągowych. Zamawiający utrzymuje się ze składek członkowskich gmin oraz składek-udziałów płaconych przez gminy w przypadku realizacji wspólnych inwestycji. Zamawiający ma możliwość występowania jako beneficjent w projektach, które są dofinansowywane ze środków unijnych. W 2014 r. zostało podpisane porozumienie w sprawie ponoszenia wydatków kwalifikowalnych w ramach realizowanych projektów „Modernizacja oczyszczalni ścieków w Złocięncu-Wodnik”, „Modernizacja oczyszczalni ścieków w Drawsku Pomorskim-Wodnik” oraz „Modernizacja oczyszczalni ścieków w Czaplunku-Wodnik” z Zakładem Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Złocięncu (którego właścicielem jest gmina Złocieniec), z Zakładem Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Drawsku Pomorskim (właścicielem jest gmina Drawsko Pomorskie) oraz gminą Czaplunek. Na mocy tych porozumień Zamawiający upoważnił ww. podmioty do ponoszenia wydatków kwalifikowalnych w ramach projektów oraz zobowiązał podmioty upoważnione do ponoszenia kosztów niekwalifikowalnych wynikłych w trakcie realizacji projektów. Jednocześnie podmioty upoważnione powierzyły Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie w ich imieniu postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z właściwymi przepisami. W rozdziale IV porozumienia określono wzajemne rozliczenia pomiędzy stronami porozumienia. Środki na realizację projektu miał zapewnić podmiot upoważniony ze środków własnych lub pożyczek. Zasady ponoszenia kosztów wynagrodzenia Inżyniera Kontraktu, wybranego w prowadzonym postępowaniu, określone

zostały w projekcie umowy stanowiącej załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wynagrodzenie to miało być ponoszone w całości przez podmioty upoważnione. Na mocy ww. porozumień, Zamawiający wystąpił z wnioskiem o dofinansowanie projektów do Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Warszawie.

Kwota, jaka została wskazana przez Zamawiającego w dniu otwarcia ofert wynikała z uzgodnień czynionych z podmiotami upoważnionymi mającymi ponosić w całości koszty projektów, w tym wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu i została ustalona w oparciu o dane wynikające z treści załączników nr 3 do umów: a) umowy o dofinansowanie nr POIS.02.03.00-00-0061/16-00 z 30 czerwca 2016 r. projektu „Modernizacja oczyszczalni ścieków w Złocieńcu-Wodnik” zawartej pomiędzy Zamawiającym a Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, w której przewidziano kwotę finansowania wynagrodzenia Inżyniera Kontraktu w wysokości netto 459.486,68 zł (344.614,81 + 114.871,87 = 459.486,68), b) umowy o dofinansowanie nr POIS.02.03.00-00-0060/16-00 z 19 września 2016 r. projektu „Modernizacja oczyszczalni ścieków w Drawsku Pomorskim-Wodnik” zawartej pomiędzy Zamawiającym a Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, w której przewidziano kwotę finansowania wynagrodzenia Inżyniera Kontraktu 343.438,22 zł (257.578,66 + 85.859,56 = 343.438,22), c) umowy o dofinansowanie nr POIS.02.03.00-00-0062/16-00 z 29 lipca 2016 r. projektu „Modernizacja oczyszczalni ścieków w Czaplunku-Wodnik” zawartej pomiędzy Zamawiającym a Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, w której przewidziano kwotę finansowania wynagrodzenia Inżyniera Kontraktu 271.078,57 zł (203.308,73 + 67.769,57 = 271.078,30), tj. łącznie 1.074.003,20 zł netto, co odpowiadało kwocie, jaką Zamawiający wskazał w dniu otwarcia ofert. Od momentu podpisania ww. umów Zamawiający jest związany postanowieniami tych umów co do harmonogramu realizacji inwestycji oraz kwotami w nich zawartymi.

Po umorzeniu postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2238/16 i ponownym podjęciu czynności w postępowaniu, wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu najtańszej oferty, Zamawiający podjął decyzję o tym, że postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego zostanie unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, że pozostałe oferty przewyższały kwotę 1.074.002,93 zł. Zamawiający wskazał, że nie miał możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia do kwoty 1.175.000,00 netto, czyli kwoty kolejnej oferty. Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia, albowiem nie wyraziły na to zgody podmioty upoważnione, które w całości będą finansować zamówienie. Brak zgody podmiotów upoważnionych na zwiększenie kwoty zamówienia nie jest korzystny dla Zamawiającego, który odpowiada za terminową realizację projektów, ale Zamawiający,

w zakresie finansowania zamówienia jest od tych podmiotów uzależniony. W ww. umowach o dofinansowanie wskazano, że wydatki wykraczające poza maksymalną kwotę wydatków kwalifikowalnych są ponoszone przez beneficjenta i są wydatkami niekwalifikowalnymi, zatem Zamawiający nie otrzyma też dodatkowego dofinansowania.

W skład komisji przetargowej wchodziły osoby będące przedstawicielami podmiotów upoważnionych, stąd przy podejmowaniu decyzji o propozycji unieważnienia postępowania i braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia decydowały również przez swoich przedstawicieli podmioty upoważnione. Decyzje podmiotów upoważnionych przekazane były zarówno przez przedstawicieli działających w ich imieniu w pracach komisji przetargowych, jak również w rozmowach telefonicznych prowadzonych pomiędzy członkami zarządu związku a przedstawicielami podmiotów upoważnionych. Burmistrz Gminy Czaplinek przekazał Zarządowi Związku, że nie ma możliwości dokonania zmian w budżecie gminy w celu zwiększenia kwoty przypadającej na gminę Czaplinek. Prezes Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Złocieńcu przekazał, że również nie ma możliwości zwiększenia tej kwoty, z uwagi na fakt, że spółka będzie pokrywała wydatki związane z wynagrodzeniem Inżyniera Kontraktu z pożyczki, o którą spółka już wystąpiła do Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej. Prezes Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Drawsku Pomorskim wskazał, że również nie widzi możliwości zwiększania kwoty zamówienia, które miało być realizowane ze środków własnych spółki. Z uwagi na fakt, że wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu nie miało być finansowane z budżetu Zamawiającego, nie było konieczności zwoływania Zgromadzenia Związku, które w tym przypadku nie mogło podejmować decyzji o zwiększeniu kwoty zamówienia.

Poza tym Zamawiający uznał, że w dalszym ciągu istnieje możliwość wykonania zamówienia po cenie określonej przez Zamawiającego, z uwagi na fakt, że znalazł się wykonawca, który przedstawił ofertę poniżej wskazanej kwoty, jednakże wykonawca ten został wykluczony, a jego oferta odrzucona. Dodatkowym argumentem przemawiającym za niezwiększeniem kwoty był fakt, że w przedmiocie zamówienia wskazano, że czynności Inżyniera Kontraktu będą podzielone na etapy. M.in. etap I miał polegać na przeprowadzeniu procedury przetargowej na wybór wykonawcy robót budowlanych i przygotowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia na wybór wykonawcy. Z uwagi na fakt przedłużania się procedury związanej z wyborem Inżyniera Kontraktu i związania Zamawiającego harmonogramem realizacji zadań stanowiącym załącznik do umów z Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, Zamawiający zmuszony został do samodzielnego opracowania tych specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wszczęcia dwóch postępowań na wyłonienie wykonawcy robót. Tym samym, już z tego powodu zakres prac Inżyniera Kontraktu ulegnie zmianie, a tym samym obniżeniu ulegnie jego wynagrodzenie.

W orzecznictwie wskazuje się, że decyzja o ewentualnym zwiększeniu kwoty na sfinansowanie zamówienia jest suwerenną decyzją zamawiającego i nie można mu jej narzucić. Dlatego też kontrola gospodarowania środkami finansowymi przez zamawiającego nie należy do uprawnień uczestników postępowania. W obowiązujących przepisach nie znajduje także oparcia badanie przez KIO budżetu zamawiającego, nakazywanie mu w jego ramach przesunięć, dokonania jednych zakupów kosztem drugich albo wydania na dane zamówienie kwoty, która zamierzał wydać na inne zamówienie. Dlatego też przesunięcie kwot w przypadku przeprowadzania kilku osobnych zamówień zależy od decyzji podjętej przez zamawiającego, albowiem sprawą zamawiającego pozostaje, czy kwoty oszczędzone faktycznie na innych zamówieniach, zechciał przeznaczyć na podniesienie kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakazuje zamawiającemu dokonywać prób zwiększenia kwoty, którą mógłby przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. To w gestii zamawiającego musi pozostawać decyzja, czy podejmować próbę zwiększenia kwoty, która zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, czy też od razu unieważnić postępowanie.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ocenie Izby podlegał fakt, czy Zamawiający w sposób uprawniony unieważnił postępowanie wskazując na zaistnienie przesłanki opisanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek, czy też – daje mu możliwość – unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. *Ratio legis* tego przepisu jest oczywiste: zamawiający nie może zaciągnąć zobowiązania, na które go nie stać.

Przepis ten funkcjonalnie powiązany jest z art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający zobowiązany jest podać kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przyjmuje się, że kwota podawana przed otwarciem ofert, jest kwotą, którą zamawiający realnie posiada lub będzie posiadał – kwotą, którą zamawiający na pewno może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – i tym samym, oprócz wystąpienia nadzwyczajnych okoliczności – poniżej której nie zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Obowiązek podawania tej kwoty przed otwarciem ofert rzeczywiście wynika z zamiaru ustawodawcy ukrócenia arbitralnego unieważnienia postępowań na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie ustawodawca wziął pod uwagę fakt, że zamawiający, po otrzymaniu ofert przekraczających kwotę, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, może zdecydować się na zwiększenie swojego dotychczasowego budżetu do wartości najkorzystniejszej oferty.

W każdym wypadku jednak jest to decyzja zamawiającego o charakterze przede wszystkim ekonomicznym, która powinna być oparta na racjonalnych, ekonomicznych lub faktycznych przesłankach („czy zamawiającemu opłaca się zwiększyć tę kwotę”), np. jest to stosunkowo niewielka kwota, a zamawiający posiada wolne środki albo zamawiający jest zmuszony do jak najszybszej realizacji zamówienia, więc jest skłonny wyasygnować większą kwotę, albo po analizie sytuacji na danym rynku zamawiający uzna, że nie uzyska korzystniejszych cenowo ofert.

Wiadomo bowiem, że zamawiający co do zasady posiadają budżety ogólne na realizację swoich zadań, które w sposób oczywisty przewyższają wartość jednego konkretnego zamówienia, ale jednocześnie są przeznaczone na realizację wielu zadań i – co też jest faktem powszechnie wiadomym – najczęściej są niewystarczające dla zaspokojenia wszystkich potencjalnych potrzeb zamawiającego lub potrzeb publicznych.

Izba zatem (jak również sąd) nie jest uprawniona decydować za zamawiającego, by zrezygnował lub ograniczył inne zadania w celu realizacji tego konkretnego albo też zaciągnął wyższą pożyczkę na jego sfinansowanie.

W przypadku tego konkretnego Zamawiającego zachodzi jeszcze dodatkowa sytuacja, że zwiększenie wydatków na finansowanie zadania odnosiłoby się nie tyle do samego Zamawiającego, co do gmin wchodzących w skład Związku oraz ich spółek wodno-kanalizacyjnych.

Przy tym należy zwrócić uwagę, że zaskarżenie unieważnienia postępowania w oparciu o okoliczności opisane w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jest o tyle odmienne od innych możliwych podstaw odwołania, że nie odnosi się do samych technicznych czy prawnych błędów w trakcie trwania procedury przetargowej, ale bardzo realnej kwestii wygospodarowania środków finansowych. Samo odwołanie zaś, jak wskazuje treść art. 180 ust. 1 oraz art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczy czynności podjętej lub zaniechanej niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli legalności działania zamawiającego, a nie jego celowości czy gospodarności.

Tym samym w ramach zaskarżenia unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawą nakazania przez Izbę unieważnienia czynności unieważnienia postępowania mogłoby być raczej ustalenie, że zamawiający celowo zaniżył i w sposób nierzetelny czy wręcz kłamliwy podał kwotę, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, aby potencjalnie móc arbitralnie unieważnić postępowanie, choć posiada na realizację danego zadania specjalnie wyznaczone środki (np. w danym punkcie planu rzeczowo-finansowego).

W niniejszej sprawie Izba takiej okoliczności nie stwierdziła, nawet pomimo zaistnienia dużej różnicy pomiędzy wysokością kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia a oszacowaną wartością wynagrodzenia wykonawcy (szacunkową wartością zamówienia).

W niniejszym postępowaniu Zamawiający otrzymał 6 ofert, których ceny brutto kształtowały się na poziomie od 821.640,00 PLN do 1.952.010,00 PLN brutto. W wyniku uwzględnienia wniesionego przez Odwołującego odwołania oferta najtańsza została odrzucona. Pozostałe oferty opiewały na kwoty od 1.175.000,00 PLN do 1.587.000 PLN netto. Zamawiający wskazał, że na realizację zamówienia przeznaczył kwotę 1.074.002,93 PLN netto.

Wartość zamówienia została oszacowana na kwotę: 2.706.487,39 PLN, w tym wartość zamówienia podstawowego na kwotę 2.255.406,16 PLN netto.

Jak słusznie zauważył Zamawiający, orzecznictwo wyjaśnia, że kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. kwota, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowi informację o środkach finansowych zabezpieczonych lub przewidzianych w teraźniejszości lub przyszłości w budżecie danego zamawiającego na sfinansowanie konkretnego przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Kwota ta w praktyce najczęściej stanowi odzwierciedlenie ceny szacunkowej przedmiotu zamówienia dokonanej zgodnie z art. 32

i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych powiększonej o wartość podatku VAT, ale nie zawsze musi to być faktycznie ta kwota.

Nie do końca jednak można zgodzić się z Zamawiającym co do roli szacunkowej wartości zamówienia w postępowaniu. Owszem, z proceduralnego punktu widzenia odnosi się ona do wyznaczania procedury poniżej lub powyżej „progów unijnych”, lecz nie jest to jej jedyna funkcja. Wartość szacunkowa ma także znaczenie ekonomiczne. Jak wskazano w art. 32 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w rzeczywistości jest to (a przynajmniej powinno być) przewidywane wynagrodzenie wykonawcy, czyli kwota, którą zamawiający potencjalnie zapłaci. Tym samym z ekonomicznego i praktycznego punktu widzenia ma wskazać zamawiającemu, czy stać go na realizację zamówienia. Owszem, bezpośrednio nie odnosi się ona do wysokości realnie posiadanych środków finansowych – zamawiający musi te środki posiadać lub mieć zagwarantowane w przyszłości dopiero zaciągając zobowiązanie (podpisując umowę) – lecz nieracjonalne jest wszczynanie postępowania przetargowego z wiedzą, że zamawiający w ogóle nie będzie w stanie podpisać umowy.

Przy czym należy zwrócić uwagę, że inną kwestią jest to, czy Zamawiający prawidłowo oszacował wartość zamówienia i prawidłowo porównał ją z własnymi możliwościami finansowymi, a inną, czy rzeczywiście na realizację zamówienia może przeznaczyć kwotę większą niż zadeklarował podczas otwarcia ofert.

W niniejszym przypadku Zamawiający znacznie przeszacował wartość zamówienia (co wynika jasno z porównania cen ofert oraz wartości zamówienia podstawowego), z czego, jak oświadczył podczas rozprawy, zdawał sobie sprawę. Jednak ta kwestia nie podlega obecnie ocenie Izby i nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, bowiem nie wpływa na realne zwiększenie środków na realizację przedmiotowego zadania w stosunku do zadeklarowanych.

Z drugiej strony Izba zauważyła, że dysproporcja pomiędzy kwotą oszacowaną a zadeklarowaną jest bardzo duża i w związku z powyższym Zamawiający być może powinien przewidzieć kwotę wyższą i ubiegać się o dofinansowanie usług Inżyniera Kontraktu w wyższej kwocie. Jednak ta kwestia – jakimi konkretnie przesłankami ekonomicznymi Zamawiający się kierował wskazując akurat 1.074.002,93 zł netto – również nie podlega ocenie Izby.

Z punktu widzenia Izby istotne jest, że jest to rzeczywista kwota (nie zmanipulowana dla potrzeb postępowania), na co wskazują okazane przez Zamawiającego umowy o dofinansowanie. Tym samym nie zachodzi okoliczność, o której mowa powyżej, wskazująca na zamiar obejścia przepisu art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak Izba wskazała powyżej i wskazywała wcześniej wielokrotnie w swoich wyrokach – decyzja o zwiększeniu finansowania zamówienia jest decyzją Zamawiającego. W obecnym postępowaniu Zamawiający wskazał na okoliczności, które wskazują, że takie zwiększenie ze swojego punktu widzenia uznał za nieekonomiczne, gdyż uważa, że w dalszym ciągu istnieje możliwość wykonania zamówienia po cenie określonej przez Zamawiającego (w ramach dotychczasowego budżetu) z uwagi na fakt, że w przyszłym postępowaniu oczekuje ofert poniżej tej kwoty, ewentualnie poprzez zmniejszenie zakresu usługi Inżyniera.

Zamawiający wykazał też, że nie posiada bezpośrednio zaplanowanych dodatkowych środków. Pomoc techniczna, o której mowa we wniosku o dofinansowanie projektu, w kwocie ponad 1.900.000 PLN, na którą powoływał się Odwołujący, jak oświadczył Zamawiający, nie została mu przez NFOŚ przyznana – i nie wskazano Izbie w zawartych już umowach istnienia takiej kwoty. Podział budżetu projektu zawarty w załącznikach do ww. umów o dofinansowanie wskazuje co prawda na dodatkowe, ponad kwotę 1.074.002,93 PLN netto, środki przyznane Zamawiającemu jako JRP (Jednostce Realizującej Projekt), jednak jednocześnie wskazano na ich przeznaczenie, tj. cele osobowe i administracyjne. Nie można zatem założyć, że Zamawiający w celu zwiększenia wynagrodzenia Inżyniera może wstrzymać lub zmniejszyć wynagrodzenie pracowników lub nie opłacić rachunków bieżących.

Powyższe okoliczności z punktu widzenia regulacji art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych są wystarczające dla stwierdzenia legalności działania Zamawiającego.

Co zaś do dalszej argumentacji Odwołującego, ze względu na to, że Zamawiający nie ma obowiązku zwiększyć budżetu, jedynie na marginesie można stwierdzić, co następuje.

Po pierwsze – Odwołujący wskazał, iż po otwarciu ofert Zamawiający nie przeprowadził żadnych ustaleń z sygnatariuszami Związku, czy możliwe jest zwiększenie budżetu do wartości oferty Odwołującego – rzeczywiście Zamawiający nie przedstawił na tę okoliczność dowodów w postaci pisemnej, a jedynie oparł się na własnym oświadczeniu, że podmioty te nie zgodziły się na zwiększenie finansowania. Jakkolwiek z praktycznego punktu widzenia wskazane by było, aby Zamawiający posiadał takie oświadczenia na piśmie dla celów dowodowych, to twierdzenie Zamawiającego nie przeczy doświadczeniu życiowemu – taka forma kontaktów jest powszechna, jak również znana jest niechęć tego typu podmiotów do zwiększania wydatków, tym bardziej, że, jak wynika ze stanowiska Zamawiającego, liczy on na uzyskanie w przyszłości ofert mieszczących się w jego dotychczasowym budżecie, a samo udzielenie zamówienia nie jest pilne, gdyż roboty budowlane, które mają być

nadzorowane, nad którymi nadzór stanowi główną część usługi, jeszcze się nie rozpoczęły i przez kolejne tygodnie nie rozpoczną (zostały dopiero wszczęte postępowania przetargowe).

Należy też zwrócić uwagę, że nie ma przeszkód, by to sam Zamawiający (Związek) jako dysponent środków uznał, że nie widzi potrzeby zwracania się do gmin o zwiększenie budżetu, gdyż byłoby to nieekonomiczne.

Po drugie – rzeczywiście, Zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, w wysokości do 20% wartości zamówienia podstawowego, ale wbrew poglądom Odwołującego nie oznacza to, że Zamawiający obecnie na ten cel środki w takiej kwocie (czy w ogóle jakiegokolwiek kwocie wyższej niż deklarowana) w swoim budżecie posiada lub będzie posiadał. Zamawiający bowiem na zamówienia dodatkowe nie musi mieć zabezpieczonych środków – na tym etapie nie stanowią one jego zobowiązania, a Zamawiający w ogóle nie musi takich zamówień udzielić. Poza tym z założenia dotyczą one przyszłości, więc środki może znaleźć i zapewnić dopiero w przyszłości, po trzecie zaś – z założenia są to zamówienia inne, dodatkowe w stosunku do podstawowych, dlatego są dodatkowo płatne, co nie jest tym samym, co zapłacenie większej kwoty za ten sam zakres usługi. W praktyce deklaracja taka najczęściej jest proceduralnym zabezpieczeniem Zamawiającego na wypadek konieczności zlecenia usług w szerszym zakresie niż początkowo przewidziany – w przypadku usług Inżyniera Kontraktu jest to najczęściej związane z przedłużeniem okresu nadzoru nad robotami budowlanymi w związku z przedłużeniem okresu wykonywania tych robót.

Odwołujący wskazał też na możliwość zmniejszenia ceny jego oferty poprzez zawarcie umowy na kwotę o ok. 130.000 zł niższą poprzez rezygnację z części usług związanych z przeprowadzeniem postępowań przetargowych. Jednak nie istnieją ku temu podstawy formalne, a wartość tych usług nie została odrębnie wyceniona w ofercie (nie ma takiej pozycji formularza cenowego).

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: