

Sygn. akt: KIO 392/14

## WYROK

z dnia 14 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **K..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K..... P..... Usługi Transportowe, Biechów 93B, 28-133 Pacanów, A..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K..... A..... „P.P.U.H. KŁOSOK”, ul. Gajowa 62, 44-240 Żory, A 21 sp. z o.o. w Rybniku (44-207), ul. Podmiejska oraz PKS Południe sp. z o.o., ul. Główna 71A, 42-622 Świerklaniec** w postępowaniu prowadzonym przez **Międzygminny Związek Komunikacyjny w Jastrzębiu-Zdroju (44-335), ul. Przemysłowa 1**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **K..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K..... P..... Usługi Transportowe, A..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K..... A..... „P.P.U.H. KŁOSOK”, A 21 sp. z o.o. w Rybniku oraz PKS Południe 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 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **K..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K..... P..... Usługi Transportowe, A..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą**

pod firmą K..... A..... „P.P.U.H. KŁOSOK”, A 21 sp. z o.o. w Rybniku  
oraz PKS Południe sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:  
K..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą  
K..... P..... Usługi Transportowe, A..... K..... prowadzącego  
działalność gospodarczą pod firmą K..... A..... „P.P.U.H. KŁOSOK”,  
A 21 sp. z o.o. w Rybniku oraz PKS Południe sp. z o.o. na rzecz zamawiającego:  
**Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w Jastrzębiu-Zdroju** kwotę  
**3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą  
koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Świadczenie usług przewozowych w systemie komunikacji miejskiej na liniach wchodzących w skład sieci komunikacyjnej obejmującej obszar miasta Jastrzębie - i gmin ościennych” zostało wszczęte przez Międzygminny Związek Komunikacyjny w Jastrzębiu-Zdroju, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2013/S 220-383373) w dniu 13 listopada 2013 r.

W dniu 28 lutego 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w formie pisemnej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Krzysztof Pawelec Usługi Transportowe, A..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K..... A..... „P.P.U.H. KŁOSOK”, A 21 sp. z o.o. w Rybniku oraz PKS Południe sp. z o.o., zwanych dalej łącznie Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec:

1. „Czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wynikającej z uprzedniej czynności wskazania kwoty jaką Zamawiający przeznaczyć na sfinansowanie Zamówienia, w oparciu o treść art. 86 ust. 3 Ustawy, w sposób świadomie zaniżony w odniesieniu do rzeczywistego budżetu jakim dysponuje Zamawiający, co uniemożliwiło uzyskanie zamówienia innemu podmiotowi niż PKM sp. z o.o., a co stanowi naruszenie treści art. 86 ust. 3 Ustawy w związku z art. 7 Ustawy, oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy,
2. Czynności Zamawiającego, polegającej na unieważnieniu postępowania, pomimo tego, że Zamawiający może zwiększyć kwotę na sfinansowanie Zamówienia, czym naruszono art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy”.

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

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a w szczególności powoływana przez Zamawiającego przesłanka z art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. W ocenie Izby, wobec faktu, iż Odwołujący w podniesionym przez siebie odwołaniu podnosił zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, o której to czynności Zamawiający powiadomił go w dniu 19 lutego 2014 r. za pośrednictwem faksu, a także uwzględniając fakt, że wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, nie sposób było go uznać, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie – termin ten, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp wynosił 10 dni i upływał w dniu 1 marca 2014 r., zaś odwołanie doręczono Prezesowi Izby w dniu 28 lutego 2014 r.

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

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

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, a także, jako znaną jej z urzędu, dokumentację przedstawioną w sprawach o sygn. akt KIO 2692/13, KIO 2699/13 oraz KIO 32/14, jak również dokumenty przedstawione przez Strony w toku postępowania odwoławczego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z protokołem postępowania (pkt 8.1), a także protokołem nr 1 komisji przetargowej z dnia 23 grudnia 2013 r., otwarcie ofert złożonych Zamawiającemu miało miejsce w dniu 23 grudnia 2013 r. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował wykonawców, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 203 700 000,00 zł brutto.

Przed upływem terminu Zamawiającemu złożono trzy oferty. Jedną z nich (oferta nr 2) złożył Odwołujący – zaoferował on realizację zamówienia za cenę 208 290 160,80 zł. Niższą cenę zaoferowali wykonawcy, którzy złożyli ofertę nr 3 – była to kwota 197 816 202,00 zł.

Zamawiający, wykonując wyrok Izby zapadły w sprawie KIO 32/14, odrzucił ofertę nr 3, a następnie powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia uznając, iż oferta z najniższą ceną (oferta Odwołującego) przewyższa kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ponieważ nie może on zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie.

Twierdził on, iż kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia została zaniżona w stosunku do rzeczywistej kwoty, jaką dysponuje on w oparciu o budżet na rok 2014 oraz plan finansowy na lata 2014-2017. Na potwierdzenie tej tezy powołał on zapisy uchwał w przedmiocie założeń do budżetu na rok 2014 oraz w przedmiocie budżetu na rok 2014, a także planu wykonawczego tego właśnie budżetu. Odnosząc się do kwot ujawnionych w powołanych uchwałach, a także przedstawiając zestawienie umów zawartych przez Zamawiającego w celu realizacji zadania organizacji komunikacji na terenie innych gmin, wywodził on, iż kwota, której nie rozdysponował on na pozostałe zawarte już umowy, przekracza kwotę, jaką Zamawiający wskazał bezpośrednio przed otwarciem ofert. Kierując się tym przekonaniem, Odwołujący twierdził, iż Zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania.

Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez Odwołującego. W ocenie Izby określenie przez Zamawiającego kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na realizację zamówienia mieści się w jego dyskrecyjnej władzy, a przepisy art. 86 ust. 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w żaden sposób tej władzy nie ograniczają. W tym zakresie skład orzekający podzielił opinię wyrażoną w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 1645/11, gdzie Izba wyjaśniła, że: *„Przepisy te ustanawiają proceduralne ograniczenie arbitralności zamawiającego w określeniu kwoty, którą chce/zamierza wydać na sfinansowanie zamówienia na etapie oceny ofert i unieważnienia postępowania w odniesieniu do tej kwoty. Zamawiający jest związany kwotą, którą zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp podał przed otwarciem ofert tylko niejako «od dołu», tzn. nie może w celu uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp wskazać innej, niższej kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i tym samym zobowiązany jest udzielić zamówienia wykonawcy, który zaoferował cenę mieszczącą się w kwocie pierwotnie podanej. Może natomiast dowolnie, co najwyższej ograniczany przez odrębne przepisy*

*dotyczące jego działalności, podnosić wskazaną przez siebie kwotę i nie unieważniać w takiej sytuacji postępowania. Zastrzeżenie poczynione w ww. przepisie: «chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty», należy interpretować jak okres warunkowy odnoszący się nie do hipotetycznych możliwości finansowych zamawiającego, ale do jego decyzji w przedmiocie zwiększenia środków, które chce wydać na sfinansowanie zamówienia». Pamiętać należy, że przepisy te nie umożliwiają wykonawcy, na etapie w jakim obecnie znajduje się postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone przez Zamawiającego w rozpoznawanej sprawie, badania rzeczywistych możliwości finansowych Zamawiającego, czy też podejmowania próby nakazania Zamawiającemu wydania na dane zamówienie kwoty wyższej niż pierwotnie zaplanowana. Taką właśnie próbę podjął Odwołujący – działanie to nie znajduje podstaw w ustawie Pzp. Uznanie zarzutów podnoszonych przez Odwołującego prowadziłoby do podważenia celowości ogłaszania bezpośrednio przed otwarciem złożonych Zamawiającemu ofert kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, tak jak to nakazuje art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. Do tej właśnie kwoty odnosi się przepis art. 94 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, stąd na tym etapie postępowania nie jest właściwym ustalanie i dowodzenie rzeczywistych możliwości finansowych Zamawiającego.*

*Pamiętając o powyższym, Izba uznała, iż wobec faktu, że otwarcie ofert miało miejsce w dniu 23 grudnia 2013 r., przyjęć należało, że twierdzenia o podaniu przez Zamawiającego zaniżonej kwoty w stosunku do rzeczywistej kwoty, jaką on dysponuje zostały sformułowane po upływie terminów określonych w art. 182 ustawy Pzp. W tym kontekście Izba, ponownie odwołując się do orzeczenia KIO 1645/11, pragnie wskazać, że: „Wykonawcy mogą ewentualnie, w stosownych terminach zakwestionować jedynie kwotę, którą zamawiający podał przed otwarciem ofert jako rażąco zaniżoną w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Kwota taka co prawda nie musi być identyczna z wartością szacunkową zamówienia, którą zamawiający przed wszczęciem postępowania ustalił (plus VAT) – zamawiający może spodziewać się, iż na skutek działania rynkowych mechanizmów konkurencyjnych uzyska zamówienie za kwotę niższą. Jak już wskazano sprawą zamawiającego pozostaje ile na dane zamówienie może/chce wydać. Jednakże kwota ta równocześnie nie może być zaniżona w stosunku do realnej wartości zamówienia jedynie w celu wykreowania sytuacji, w której przesłanka unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 3 [faktycznie ust. 1] pkt 4 Pzp praktycznie zawsze się ziści, a zamawiający będzie miał możliwość dowolnego unieważniania postępowania o udzielenie zamówienia. Tego typu działanie zamawiającego praktycznie uniemożliwiałoby i przekreślałoby opisany wyżej cel podawania kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i jako takie na zasadzie art. 5 K.c. nie mogłoby być uznane za korzystanie z przysługującego prawa i*

*nie korzystałoby z ochrony.”* Na marginesie zauważyć należy, iż dla uznania zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 86 ust. 3 ustawy Pzp za spóźniony nie miało wpływu to, że ujawnione w dniu otwarcia ofert zaoferowane Zamawiającemu ceny klasyfikowały ofertę Odwołującego na drugiej pozycji. Samo odrzucenie przez Zamawiającego w terminie późniejszym oferty najtańszej nie oddziaływało w żaden sposób na kwotę ujawnioną w dniu otwarcia ofert. Kwota ta, od chwili jej upublicznienia, pozostaje bowiem niezmienną.

Mając to na uwadze, oraz uznając, iż termin na wniesienie odwołania wobec określenia przez Zamawiającego kwoty, jaką zamierzał on przeznaczyć na realizację zamówienia upłynął przed dniem wniesienia rozpoznawanego odwołania, Izba uznała za podniesiony w terminie jedynie zarzut niezasadnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Porównanie kwot do których odwołał się Zamawiający, tj. wartości ujawnionej zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp oraz ceny zaoferowanej przez Odwołującego, pozwoliło Izbie uznać, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp ocenić należy jako niezasadny.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....