

Sygn. akt: KIO 3129/22

WYROK

z dnia 9 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2022 r. przez wykonawcę Z. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z. F. „EKO-OGRÓD” Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych z siedzibą w Tychach , w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejski Zarząd Ulic i Mostów z siedzibą w Tychach

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miejski Zarząd Ulic i Mostów z siedzibą w Tychach, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczanie dróg i obiektów drogowych na terenie miasta Tychy, z podziałem na 5 części.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 września 2022 r. pod numerem 2022/S 184-519740.

W dniu 25 listopada 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Z. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z. F. „EKO-OGRÓD” Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych z siedzibą w Tychach, dalej jako: „Odwołujący”, w zakresie części V postępowania, w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 255 pkt 3) ustawy PZP poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadania V i uznanie, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podczas, gdy zamawiający dysponuje środkami na sfinansowanie zamówienia w kwocie 4 931 548,46 złotych, a ponadto z uwagi na swoje obowiązki ustawowe i statutowe musi zrealizować obowiązki objęte przedmiotowym zamówieniem w zakresie zadania V.

W związku z postawionym zarzutem Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawiony przez siebie zarzut Odwołujący wskazywał, że zaniechano badania możliwości zwiększenia budżetu zamawiającego, w szczególności nie wzięto pod uwagę danych historycznych pokazujących, że zawsze pozostają kwoty niewykorzystane, gdyż mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym oraz nie wzięto pod uwagę okoliczności, że wykonanie zadania stanowi obligatoryjne zadanie Prezydenta miasta Tychy i nie jest możliwe odstąpienie od jego wykonania.

Jak kontynuował Odwołujący szacunkowa wartość wszystkich części wynosi 12 070 039,45 złotych, a kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 13 035 642,61 złotych. Z kolei kwota łączna wszystkich ofert wynosi 14 119 895, 95

złotych, a zatem do całości (wszystkich części zamówienia) Zamawiającemu brakuje 1 084 253,34 złotych.

Z tego powodu Zamawiający podjął decyzję, iż zrealizuje tylko część od 1 do 3, a część 4 i 5 unieważni. Na część od 1 do 3 zamawiający przeznaczy 8 104 094,15 złotych. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wskazał, iż dysponuje kwotą 13 035 642, 61 złotych na realizację tego zamówienia. A zatem Zamawiającemu pozostało jeszcze 4 931 548,46 złotych. Wobec powyższego Zamawiający nie mógł unieważnić postępowania na podstawie przepisu art. 255 pkt 3) ustawy PZP w zakresie obu części 4 i 5 wskazując, iż oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia i Zamawiający nie ma możliwości jej zwiększenia. Powyższe nie jest prawdą, bowiem Zamawiający nadal dysponuje budżetem w wysokości 4 931 548, 46 złotych.

Odwołujący podkreślił, iż w zakresie części 1 i 3 zaistniała sytuacja tożsama, z tą w części V, a mimo to Zamawiający nie zdecydował się na unieważnienie postępowania. Biorąc pod uwagę, iż na część 5 Odwołujący złożył ofertę z ceną - 3 039 406,21 złotych, Zamawiający dysponuje kwotą, która wystarczy na realizację części 5 zamówienia. Tym samym nie jest zgodne z prawem unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3) ustawy PZP.

Odwołujący dodał, że nie ma możliwości, aby MZUiM w Tychach nie zrealizował zadania nr V, bo wynika to z obowiązków ustawowych Prezydenta Miasta Tychy oraz ze statutu MZUiM.

Zamawiający zatem i tak będzie musiał zrealizować ten przedmiot zamówienia, jeśli nie w trybie przetargu nieograniczonego jak obecnie, to może się okazać, że będzie musiał zrealizować w trybie wolnej ręki, co z uwagi na obecne realia na rynku jest niekorzystne dla Zamawiającego. Być może jest to intencją Zamawiającego by powierzyć go innemu wykonawcy w trybie z wolnej ręki, stąd obecne „pozorne” zdaniem Odwołującego unieważnienie.

Odwołujący podkreślił również, że wynagrodzenie we wzorze umowy zostało określone jako kosztorysowe, co dotyczy również postępowań historycznych. Z analizy poprzednich postępowań wynika, że cena, którą wykonawcy wskazują w swojej ofercie nie jest ceną ostateczną, co oznacza, że na realizację tego zadania wcale nie musi zostać wykorzystana cała kwota. Jak pokazuje praktyka - wręcz za każdym razem pozostają jeszcze Zamawiającemu do wykorzystania pieniądze na realizację tego zadania, zatem unieważnienie postępowania na tej podstawie jest pozorne. Odwołujący przytoczył również przykłady postępowań historycznych, na których oparł swoją analizę.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że ocena możliwości zwiększenia kwoty musi być dokonywana z uwzględnieniem faktu, że są takie zamówienia, które nie mogą nie zostać

udzielone, a ich zakres determinowany jest nałożonymi na zamawiającego z mocy prawa obowiązkami, co powinno skutkować stwierdzeniem, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy PZP unieważniając postępowanie w zakresie części V, a zatem odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 7 grudnia 2022 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której ustosunkował się do twierdzeń odwołania. Należy jednak zauważyć, że zgodnie z dyspozycją art. 521 ustawy PZP odpowiedź na odwołanie może być złożona do czasu otwarcia rozprawy. W związku z powyższym, z uwagi na przekroczenie ustawowego terminu do wniesienia odpowiedzi na odwołanie, nie była ona brana pod uwagę przy wydawaniu rozstrzygnięcia. To samo dotyczy dowodu, który do akt sprawy wpłynął 8 grudnia 2022 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Strony, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. przede wszystkim w oparciu o dokumentację przedmiotowego postępowania, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy.

W ramach postępowania odwoławczego złożone zostały także następujące dowody:

a) Odwołującego:

- i. Zarządzenie Prezydenta Miasta Tychy nr 0050/391/22 na okoliczność obowiązku wykonania przedmiotu zamówienia objętego częścią V postępowania (§ 2 ust. 1 pkt 1 lit. c)

Zdaniem Izby kluczowym dla rozstrzygnięcia sprawy było jednak przyjęcie określonego zapatrywania prawnego na zaistniałe na tle rozpatrywanego stanu faktycznego zagadnienie. Z tego względu złożony przez Odwołującego dowód, zdaniem Izby, nie był przydatny dla wydania rozstrzygnięcia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczanie dróg i obiektów drogowych na terenie miasta Tychy, z podziałem na 5 części.

Wartość szacunkowa zamówienia została określona przez Zamawiającego na kwotę 12.070.039,45 PLN netto, w tym:

- Zadanie I – 2.926.330, 73 PLN netto,
- Zadanie II – 2.453.555, 21 PLN netto,
- Zadanie III – 1.931.667, 16 PLN netto,
- Zadanie IV – 2.367.762, 63 PLN netto,
- Zadanie V – 2.390.723, 72 PLN netto.

Zgodnie z informacją z dnia 25 października 2022 r., Zamawiający na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości:

- Zadanie I: 3.160.437,19 PLN brutto,
- Zadanie II: 2.649.839,63 PLN brutto,
- Zadanie III: 2.086.200,53 PLN brutto,
- Zadanie IV: 2.557.183,64 PLN brutto,
- Zadanie V: 2.581.981,62 PLN brutto.

Do momentu upływu terminu składania ofert, w ramach:

- zadania I: została złożona jedna oferta na kwotę 3.271.546, 07 zł brutto (wykonawca A),
- zadania II: została złożona jedna oferta na kwotę 2.409.387, 34 zł brutto (wykonawca B),
- zadania III: została złożona jedna oferta na kwotę 2.423.160, 81 zł brutto (Odwołujący),
- zadania IV: została złożona jedna oferta na kwotę 2.976.395, 59 zł brutto (wykonawca B),
- zadania V: została złożona jedna oferta na kwotę 3.039.406, 21 zł brutto (Odwołujący).

Jak wskazano w informacji z dnia 16 listopada 2022 r., Zamawiający działając na podstawie art. 260 ust. 1 i 2 ustawy PZP informuje, że w dniu 10.11.2022 r. Zamawiający unieważnił postępowanie na realizację zadania pn. Zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczanie dróg i obiektów drogowych na terenie miasta Tychy – Zadanie 5.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 255 pkt 3 ustawy PZP, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt 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 lub kosztu najkorzystniejszej oferty. W postępowaniu pn. Zimowe utrzymanie oraz

pozimowe oczyszczanie dróg i obiektów drogowych na terenie miasta Tychy – Zadanie 5, do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 25.10.2022 r. godz. 9:00 wpłynęła oferta wykonawcy Z. F. EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych – 3.039.406,21 zł brutto.

Zamawiający poddał ocenie zgodnie z kryterium zawartym w SWZ ofertę złożoną przez ww. wykonawcę, którą uznał za niepodlegającą odrzuceniu, co skutkowało otrzymaniem przez nią 100 pkt w ramach kryteriów oceny ofert.

Jak dodał Zamawiający, oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, tj. 2.581.981,62 zł brutto. Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia tej kwoty.

Z tej samej przyczyny unieważnione zostało zadanie nr IV.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 255 pkt 3 ustawy PZP Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt 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 lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Przepis ten wyraźnie wskazuje na możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, zatem ustawodawca decyzję w tym zakresie pozostawił wyłącznie zamawiającemu. Nie nakłada on również na zamawiającego obowiązku zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Ewentualne zwiększenie kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego (tak również wyrok KIO z 14 marca 2014 r., KIO 392/14 oraz wyrok KIO z 16 sierpnia 2016 r., KIO 1413/16).

Przy czym Zamawiający ma pełną autonomię co do podjęcia decyzji o poszukiwaniu dodatkowych środków na realizację zamówienia. Odmowa zwiększenia kwoty nie może stanowić podstawy jakichkolwiek roszczeń i nie stanowi uzasadnionej podstawy do kwestionowania czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania (wyrok KIO z 22.01.2019 r. sygn. akt KIO 2608/18).

Wobec tak przyjętej interpretacji powyższego przepisu nie można również uznać, że na zamawiającym ciąży jakiś podwyższony rygor dowodowy uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania na tej podstawie. Skoro decyzja o zwiększeniu kwoty jest

suwerenną decyzją zamawiającego, a wykonawca nie może badać jego rzeczywistych możliwości finansowych, dla uzasadnienia dokonania czynności unieważnienia wystarczającym jest powołanie się na okoliczności, o których mowa w przepisie art. 255 pkt 3 ustawy PZP, tj. na wysokość kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz kwoty jaka została wskazana w ofercie wykonawcy najkorzystniejszego lub wykonawcy z najniższą ceną. Proste porównanie tych kwot wraz z informacją, że zamawiający nie podjął decyzji w przedmiocie zwiększenia kwoty jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, jest zdaniem Izby wystarczającym uzasadnieniem dokonania tej czynności.

Powyższe uwagi dotyczą również sytuacji, gdy zamówienie podzielone jest na części (czy też wyodrębnione zadania), co ma miejsce w niniejszej sprawie. Wówczas art. 255 pkt 3 stosowany jest w związku z art. 259 ustawy PZP. Wskazać bowiem należy, że w przypadku gdy zamówienie realizowane jest w częściach, kwota którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, podawana jest oddzielnie dla każdej z części. Ponownie, proste porównanie cen ofert w ramach poszczególnych części z podanymi przez zamawiającego kwotami na ich realizację, pozwala na ustalenie czy podstawa do unieważnienia danej części w oparciu o art. 255 pkt 3 ustawy PZP zachodzi czy też nie. Gdy zamawiający stwierdzi, że podstawa taka zachodzi, ma jeszcze możliwość zwiększenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia i odstąpić od unieważnienia postępowania. Jeśli jednak brak jest woli po stronie zamawiającego do zwiększenia tej kwoty, to postępowanie podlega unieważnieniu. Brak jest przy tym jakichkolwiek podstaw do kwestionowania decyzji zamawiającego o nie podwyższeniu tej kwoty.

Izba podkreśla również, w odniesieniu do argumentacji prezentowanej przez Odwołującego, że należy rozróżnić kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia od szacunkowej wartości zamówienia, ponieważ tylko w sytuacji przekroczenia kwot na sfinansowanie zamówienia możliwe będzie unieważnienie postępowania. Nie ma również znaczenia, w kontekście postępowań częściowych, łączna kwota, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację wszystkich części. To, że hipotetycznie, przy uwzględnieniu kwot pozostałych z części unieważnionych, istniałaby możliwość sfinansowania zadania V, nie ma w sprawie znaczenia. Analiza zaistnienia przesłanek do unieważnienia danej części w oparciu o art. 255 pkt 3 ustawy PZP odbywa się bowiem tylko w oparciu o stan faktyczny zaistniały w ramach danej części.

Zdaniem Izby bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy jest także argument Odwołującego, że Zamawiający ma obowiązek wykonania zadań będących przedmiotem części 5 postępowania, tj. zimowego utrzymania oraz pozimowego oczyszczenia dróg i obiektów drogowych, oraz że nie ma możliwości, by ten przedmiot zamówienia w ogóle nie został

zlecony do realizacji, bowiem w mieście Tychy musi być zapewnione zimowe utrzymanie dróg. Izba zwraca uwagę, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wywiązania się z zadań, które zostały nałożone na niego przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa. Nie jest zadaniem Izby badanie sposobu wywiązywania się przez Zamawiającego z tych obowiązków, a stwierdzenie w ramach postępowania odwoławczego czy zostały naruszone przepisy powoływane w treści zarzutów odwołania. Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę argumenty podniesione w odwołaniu, czynność Zamawiającego nie była sprzeczna z przepisem art. 255 pkt 3 ustawy PZP, a zatem nie było podstaw do uwzględnienia odwołania.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: