

Sygn. akt 1453/08

WYROK
z dnia 29 grudnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

Członkowie: **Ewa Jankowska**
Marek Koleśnikow

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01 – 518 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Dolnośląskie - Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50 – 425 Wrocław** protestu z dnia 25 listopada 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01 – 518 Warszawa

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01 – 518 Warszawa**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł XXX gr** (słownie: **XXX** przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu **XXX**
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z tytułu rozliczenia wpisu od odwołania oraz kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z tytułu nadpłaty kwoty wpisu, z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01 – 518 Warszawa**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę połączenia drogowego pomiędzy miastami Zittau i Radek nad Nisou wraz z włączeniem do polskiej sieci drogowej w ramach zadania „budowa połączenia drogowego w Euroregionie Nysa”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE 2008/S 85 - 115028 z 2.05.2008), w dniu 25 listopada 2008 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez SKANSKA SA z Warszawy. Przyczyną złożenia protestu było powiadomienie wykonawców w dniu 18 listopada 2008r. o unieważnieniu postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu Województwu Dolnośląskiemu – Dolnośląskiej Służbie Dróg i Kolei we Wrocławiu naruszenie przepisów art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) przez bezpodstawne unieważnienie prowadzonego postępowania z powodu przekroczenia przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą kwoty jaką Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia. Odwołujący w uzasadnieniu protestu, podniósł, że nieprawdą jest, iż obowiązek zabezpieczenia środków na realizację zamówienia zachodzi dopiero w chwili zawarcia

umowy z wybranym wykonawcą. Powinnością Zamawiającego jest zapewnienie kwoty potrzebnej do wykonania zamówienia już na etapie przygotowania postępowania. Zamawiający winien zabezpieczyć środki finansowe na realizację zadania, przynajmniej w przybliżonej wartości, ustalonej na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Odwołujący podał, że według jego wiedzy kosztorys inwestorski służący do obliczenia szacunkowej wartości zamówienia opiewał na około 125 000 000,00 zł. Natomiast przed otwarciem ofert Zamawiający ogłosił, iż jest w stanie przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 60 000 000,00 zł. Odwołujący złożył ofertę z ceną 94 601 760,31 zł., która została wybrana jako najkorzystniejsza. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien uzyskać akceptację dla zwiększonego finansowania przedmiotowej inwestycji, zamiast unieważnić postępowanie.

Pismem z dnia 4 grudnia 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie. Podniósł, że miał obowiązek unieważnić postępowanie, gdyż nie może przeznaczyć na wykonanie tej inwestycji tylu środków, na które opiewa oferta Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego, kwota kosztorysu inwestorskiego, nie jest miarodajna dla oceny możliwości finansowania inwestycji.

Na powyższe rozstrzygnięcie w dniu 9 grudnia 2008 r. zostało złożone odwołanie, z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, w którym zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o uchylenie decyzji Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania oraz utrzymanie dotychczasowego wyboru oferty SKANSKA SA, a w konsekwencji realizacji przedmiotowego zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowodowy: z dokumentacji akt postępowania, protokołu postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty Odwołującego.

Postępowanie zostało wszczęte w dacie publikacji ogłoszenia w dniu 2 maja 2008 r., zatem zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) w brzmieniu sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 4 września 2008 o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), z uwzględnieniem postanowień art. 4 ust. 2 ustawy nowelizacyjnej, który stanowi, że do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy działu VI ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

W postępowaniu zostało złożonych 10 ofert. (druk ZP-12), obecnie pozostały dwie oferty – Odwołującego oraz Budimex Dromex SA ceną brutto 121 190 967,74 zł. (druk ZP– 18, ZP– 19). Oferta Odwołującego zawierająca cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia 94 601 760,00 zł. brutto, jest najkorzystniejsza w tym jedynym kryterium. Okres związania ofertą wynosił 90 dni od dnia składania ofert, to jest od 3 lipca 2008 r. Według wyjaśnień Zamawiającego, okres związania ofertą był przedłużany o 60 dni do 29 listopada 2008 r. i nie upłynął, w związku z zawieszeniem w dniu 25 listopada 2008 r. skutkiem wniesienia protestu. Według oświadczenia stron, oferty nadal pozostają zabezpieczone wadium. Zamawiający ustalił szacunkową wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 101 586 881,21 zł. netto (druk ZP-1). Z protokołu otwarcia ofert z dnia 3 lipca 2008 r. wynika, że Zamawiający bezpośrednio przed tą czynnością, na podstawie art. 86 ust. 3 Pzp, poinformował wykonawców, iż na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 75 000 000,00 zł. brutto. Szacunkową wartość zamówienia stosownie do postanowień art. 33 ust. 1 Pzp, Zamawiający ustalał na podstawie kosztorysu inwestorskiego, sporządzonego na etapie opracowania dokumentacji projektowej, zgodnie ze szczegółowymi zasadami określonymi w przepisach rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno – użytkowym (Dz. U. Nr 130, poz. 1389). Zamawiający wyjaśnił, że posiadał zabezpieczone środki w planie finansowym na rok 2008 w kwocie 75 000 000,00 zł brutto, o takiej też kwocie poinformował wykonawców przed otwarciem ofert. Zamówienie w części miało zostać sfinansowane ze środków zagranicznych, na podstawie umowy zawartej pomiędzy Rzeczpospolitą Polską, Republiką Czeską i Republiką Federalną Niemiec, w ramach zawartej umowy z dnia 5 kwietnia 2004 r. o budowę połączenia drogowego w Euroregionie Nysa. Środki zagraniczne wynosiły Republika Czeska – 2,5 mln euro, Republika Federalna Niemiec 13 mln euro. Resztę stanowiły środki własne RP na zrealizowanie przedmiotowej inwestycji. Samorząd Województwa Dolnośląskiego został inwestorem zastępczym tego przedsięwzięcia, w ramach czego przygotował dokumentację projektową i wszczął procedurę o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający wyjaśnił również, iż starania o zwiększenie finansowania, które czynił w Ministerstwie Infrastruktury oraz w Ministerstwie Rozwoju Regionalnego (pisma Marszałka Województwa Dolnośląskiego z dnia 28 i 29 sierpnia 2008r.), nie przyniosły rezultatu. Z tych względów, na

podstawie wniosku z dnia 17 listopada 2008 r. podpisanego przez Głównego Księgowego jednostki oraz Z-cę Dyrektora do spraw Inwestycji, w dniu 18 listopada 2008 r. Zamawiający zmuszony był podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania na budowę połączenia drogowego pomiędzy miastami Zittau i Radek nad Nisou, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdyż cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę jaką mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje.

Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, wynika z planu finansowego jednostki, i stanowi sumę jaka ma być przeznaczona na pokrycie wydatków na dany cel. Nie musi to być jednak kwota tożsama z tą, jaką Zamawiający może przeznaczyć na wykonanie inwestycji. Zamawiający może bowiem dokonać przeniesień wydatków w trybie przepisów art. 96 ustawy z 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 ze zm.). Postępowanie dowodowe wykazało, iż Zamawiający czynił starania o zwiększenie środków na sfinansowanie zamówienia, które jednak okazały się bezskuteczne. Nie miał też możliwości dokonania przeniesień środków, w ramach uchwalonego planu finansowego. Obowiązkiem Zamawiającego jest zgodnie z art. 32 ust 1 Pzp ustalenie szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia w kwocie netto, z należytą starannością, dokonywane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania – w przypadku robót budowlanych. Zamawiający tych formalności dopełnił. Za podstawę kosztorysowania przyjmując ceny jednostkowe robót, ustalone na podstawie danych rynkowych, umów zawieranych w poprzednim okresie i danych cennikowych. Biorąc pod uwagę przesunięcie w czasie, dotyczące danych wyjściowych do kosztorysowania i terminu składania ofert oraz zmiany cen produkcji budowlano - montażowej, wynikającej z aktualnej koniunktury rynkowej, konkurencji w danym segmencie gospodarki, należy stwierdzić, wbrew stanowisku Odwołującego, że szacunkowa wartość zamówienia nie jest jedynym wyznacznikiem dla zabezpieczenia finansowania inwestycji, którą Zamawiający zamierza przeprowadzić. W praktyce zdarzają się też przypadki, że ceny ofert są znacznie niższe niż szacunkowa wartość zamówienia. Podstawową kwestię stanowiła okoliczność, iż Zamawiający Województwo Dolnośląskie jest jedynie inwestorem zastępczym dla danej inwestycji. Strona Polska zobowiązała się do zaprojektowania i wybudowania na terytorium RP tej nowej drogi, według prawa obowiązującego w Polsce. Z tego względu Zamawiający, jako inwestor zastępczy może zawrzeć umowę oraz przeznaczyć na realizację inwestycji tylko taką kwotę jaką uzyska od inwestora bezpośredniego na ten cel. W tym stanie rzeczy

Izba uznała, że Zamawiający miał podstawy do unieważnienia postępowania, gdyż postępowanie dowodowe wykazało, że cena najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Odwołującego przewyższa kwotę jaką Zamawiający może przeznaczyć na zrealizowanie tego zamówienia. Zatem zachodziły podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający nie może zaciągać zobowiązań, na które nie ma pokrycia w środkach, którymi dysponuje zgodnie z planem finansowym, albowiem stanowiło by to naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Przyczyny unieważnienia postępowania leżą jednak po stronie Zamawiającego. W takim przypadku art. 93 ust 4 Pzp przyznaje wykonawcy, który złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu, roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust 6 i 7 Pzp.

Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z 10.10.2008r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U.Nr. 182, poz. 1122); § 1 ust. 2 pkt 2 wysokość wpisu odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, którego wartość jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane, wynosi 20.000 zł. Odwołujący wpłacił kwotę 40.000 zł., zatem kwota 20.000 zł. podlega zwrotowi jako nadpłata ponad wymagany wpis od odwołania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....