

Sygn. akt KIO/UZP 498/09

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Jankowska

Członkowie: Marek Koleśnikow
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Tabor Kolejowy Opole Spółka Akcyjna, ul. Rejtana 7, 45-332 Opole** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **„PKP Przewozy Regionalne” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa** protestu z dnia 2 kwietnia 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - „PKP Przewozy Regionalne” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa unieważnienie czynności unieważnienia postępowania

2. Kosztami postępowania obciąża „PKP Przewozy Regionalne” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Tabor Kolejowy Opole Spółka Akcyjna ul. Rejtana 7, 45-332 Opole,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez „**PKP Przewozy Regionalne**” **Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa** na rzecz **Tabor Kolejowy Opole Spółka Akcyjna, ul. Rejtana 7, 45-332 Opole** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Tabor Kolejowy Opole Spółki Akcyjnej, ul. Rejtana 7, 45-332 Opole.**

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Przewozy Regionalne Spółka z o.o. w Warszawie, ul. Grójecka 17 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie napraw rewizyjnych wagonów osobowych do przewozów regionalnych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101), zwanej dalej ustawą – Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2008/S 245-326680 z dnia 17 grudnia 2008 roku.

W dniu 2 kwietnia 2009 roku wykonawca – „Tabor Szynowy” Opole Spółka Akcyjna, ul. Rejtana 7, 45-332 w Opolu, zwany dalej Odwołującym się, wniósł protest na czynność zamawiającego polegającą na zawiadomieniu protestującego o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 1.

Wobec powyższego Odwołujący się wniósł o unieważnienie czynności zawiadomienia protestującego o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania 1 i o powtórzenie czynności oceny ofert.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisów art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp w ten sposób, iż – wbrew twierdzeniom Zamawiającego – cena najkorzystniejszej oferty nie przewyższa kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,
- 2) naruszenie przepisów art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w ten sposób, że - wbrew twierdzeniom zamawiającego – nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

W uzasadnieniu Odwołujący się podniósł, iż Zamawiający jest obowiązany unieważnić postępowanie wyłącznie wtedy, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę, którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wspomniana kwota różni się od wartości zamówienia m.in. wielkością, która stanowi podatek VAT, jaki musi być uwzględniony w kwocie na finansowanie zamówienia, a nie jest uwzględniany przy ustalaniu wartości zamówienia. Wartość zamówienia (ustalona z należytą starannością) odzwierciedla rynkową cenę przedmiotu, który jest objęty postępowaniem, kwota przeznaczona zaś na

finansowanie może być np. znacząco wyższa, jeśli Zamawiający dysponuje odpowiednimi środkami. Tym samym nawet wówczas, gdy cena najkorzystniejszej oferty przekracza wartość szacunkową zamówienia, ale jednocześnie nie przekracza wysokości kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, nie ma podstaw do unieważnienia postępowania - wniosek z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący się wskazał, iż argument Zamawiającego, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest nieprawdziwy.

Na poparcie ww. tezy wskazał, iż podczas otwarcia ofert w dniu 28.01.2009 r. o godz. 12:30 komisja przetargowa podała do publicznej wiadomości kwoty brutto, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie poszczególnych części zamówienia. W części I obejmującej 55 szt. wagonów typu 120A kwota ta wynosiła brutto 7 671 726,00 zł, natomiast kwota brutto wynikająca z oferty Odwołującego się wynosiła 7 574 310,40 zł. W części II obejmującej 45 szt. wagonów typu Bdhpumn odczytana przez Zamawiającego kwota brutto wynosiła 13 780 144,00 zł, a kwota brutto oferowana przez Odwołującego się wynosiła 13 720 031,55 zł. Tym samym argument odnośnie przekroczenia kwot zaplanowanych na realizację jest niezasadny, a Zamawiający jest związany kwotą podaną zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jej nie przekracza.

Odwołujący się powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 9 czerwca 2006 roku, UZP/ZO/0-1627/06, zgodnie z którym art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp daje Zamawiającemu podstawę do unieważnienia postępowania w przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Najczęściej kwota ta jest tożsama z sumą, jaką podaje przed otwarciem ofert (art. 86 ust. 3 ustawy Pzp). Zamawiający nie może unieważnić postępowania, jeśli cena najkorzystniejszej oferty mieści się w kwocie podanej przed otwarciem ofert. Na podkreślenie zasługuje okoliczność, że zamawiający może dokonać unieważnienia postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp po dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający musi najpierw dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty, a później porównać jej cenę z kwotą, którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia".

W ślad za doktryną prawa Odwołujący się podniósł, iż "kwoty, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie należy również w pełni utożsamiać z podawaną bezpośrednio przed otwarciem ofert kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 ustawy Pzp). Ustawodawca celowo użył w tych przypadkach pojęcia ("zamierza przeznaczyć" - "może przeznaczyć"), Podana zgodnie z art. 86 ust. 3 kwota wiąże natomiast zamawiającego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jej nie przekracza. Wówczas unieważnienie postępowania na podstawie przesłanki z ust. 4 jest niemożliwe. Kwota, podana zgodnie z art. 86 ust. 3, nie

wiąże natomiast zamawiającego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty ją przekracza. Wówczas, jeśli po dokonaniu odpowiednich korekt w budżecie Zamawiający zabezpieczy wyższe środki na finansowanie zamówienia, nie będzie zobowiązany do unieważnienia postępowania" (tak: Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz, LEX 2007, wyd. III).

Ponadto Odwołujący się wskazał, iż zgodnie z doktryną prawa zamówień publicznych "unieważnienie postępowania może nastąpić ze względu na interes publiczny, który sprawia, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia byłoby wbrew temu interesowi. Aby Zamawiający mógł powołać się na tę przesłankę, musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż zmienią się okoliczności, a w wyniku ich zmiany kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym. Zmiana okoliczności musi mieć przy tym charakter istotny, a więc znaczący i niebagatelny. Powołanie się na powyższą przesłankę unieważnienia wymaga od Zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem "interes publiczny", który nie musi być tożsamy z interesem Zamawiającego. Powołując się na komentowaną przesłankę unieważnienia, Zamawiający powinien wskazać, jaki interes publiczny wymaga dokonania przez niego unieważnienia postępowania. Tylko w ten sposób będzie bowiem w stanie udowodnić, że przesłanka ta rzeczywiście wystąpiła. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 10 lipca 2002 r. (VCa 960/02) uznał, że nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym a brakiem środków na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia. Należy więc przyjąć, że inne niż wynikające z ogłoszonego postępowania potrzeby Zamawiającego i zachodząca w związku z tym konieczność ograniczenia wydatków na nabycie przedmiotu zamówienia nie może być samoistną przyczyną unieważnienia postępowania. Dopiero wykazanie, że wykonanie zamówienia będzie godzić w interes publiczny, może powodować, iż środki nań przeznaczone nie powinny być wydane, a zamówienie nie powinno być udzielone. Ponadto nie zawsze interes publiczny musi przeważać nad interesem indywidualnym. Aby taka sytuacja miała miejsce, interes publiczny musi być na tyle istotny, że niezbędne jest jego postawienie przed indywidualnym interesem uczestników postępowania.

W ocenie Odwołującego się okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania z przyczyn określonych w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp muszą mieć charakter trwały oraz nieprzewidywalny dla zamawiającego w chwili otwarcia postępowania o zamówienie publiczne. W szczególności za takie można uznać zdarzenia zaistniałe na skutek siły wyższej (wojny, pożaru, powodzi i innych zdarzeń losowych), strajku, ograniczeń nałożonych przez władze państwowe lub samorządowe albo zmiany w przepisach prawa uniemożliwiających zamówienie. Interes publiczny w tych przypadkach nie może być jednak

utożsamiany wyłącznie z interesem zamawiającego. Ocena, czy nadrzędność interesu ogólnego nad interesem indywidualnym uprawnia Zamawiającego do unieważnienia postępowania, podlega kontroli w toku postępowania odwoławczego. Dlatego zarówno istnienie takiego interesu, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność unieważnienia postępowania wymagają społecznego uzasadnienia ze strony Zamawiającego.

Odwołujący się wskazał, iż zamawiający, powołując się na przesłankę unieważnienia postępowania w postaci wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, w istocie nie wykazał i nie udowodnił, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Zamawiający w tym zakresie podnosi argument o zmianie struktury organizacyjnej Spółki. Postępowanie zostało wszczęte 15 grudnia 2008 r. natomiast 22 grudnia 2008r. udziały w kapitale zakładowym Spółki PKP PR zostały przekazane województwom samorządowym. Pomiędzy wszczęciem postępowania a przekazaniem udziałów minęło 7 dni kalendarzowych. Twierdzenie, że zarząd Spółki PKP PR nie wiedział o planowanych zmianach organizacyjnych jest nie prawdziwe, ponieważ zmiany te były od miesięcy szeroko komentowane w prasie branżowej. Zmiany te i formy finansowania Spółki można więc było bardzo dokładnie przewidzieć i nie wpłynęły one na rozpoczęcie procedury przetargowej.

Odwołujący się nie zgadza się z zamawiającym, jakoby na pogorszenie się sytuacji zamawiającego miała wpływ recesja. Wskazuje na treść informacji prasowej PKP Centrala z dn. 12 lutego 2009 r. opisującej sytuację w przewozach pasażerskich, gdzie wyraźnie stwierdza się, że w ostatnich trzech latach nastąpił bardzo wyraźny wzrost liczby przewożonych pasażerów, w tym o jeden milion pasażerów Spółki zamawiającego między 2007-2008 rokiem.

Odnosząc się do podnoszonego przez zamawiającego faktu nasilającego się braku środków finansowych Odwołujący się zauważa, że Zamawiający nie unieważnił całego przetargu, a jedynie część dotyczącą wagonów typu 120A. Wagony tego typu są szczególnie przystosowane do przewozów pasażerskich w przewozach regionalnych, a koszt ich naprawy jest według cen przetargowych 2,2 raza mniejszy niż wagonów typu Bdhpumn, na które przetarg nie został unieważniony. Odwołujący się zauważył, że ilość pasażerów jaką może przewieźć na miejscach siedzących wagon typu 120A jest jedynie 1,47 raza mniejsza od wagonu typu Bdhpumn. Z ekonomicznego punktu widzenia korzystniej jest naprawić większą liczbę wagonów typu 120A niż Bdhpumn. Zwrócił uwagę, że wagony z unieważnionej części zamówienia nadal planowane są do naprawy, ale już w zakładach

zaplecza Spółki zamawiającego, których poziom napraw jest znacznie niższy niż w specjalistycznych zakładach naprawczych, a koszty napraw wynikające z kosztów funkcjonowania tych zakładów są trudne do oszacowania i na pewno znacznie wyższe niż koszty napraw w systemie przetargowym. Zarzucił zamawiającemu, że podjął decyzję o unieważnieniu części zamówienia powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 4 i 6, które do aktualnej sytuacji Zamawiającego nie mają żadnego zastosowania.

Pismem z dnia 7 kwietnia 2009 roku, które Odwołujący się otrzymał w dniu 7 kwietnia 2009 roku, Zamawiający oddalił protest.

W uzasadnieniu wskazał, że podana na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert kwota, była kwotą, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia. Kwota ta odpowiadała wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT. Określenie „zamierzał przeznaczyć” oznaczało, że taką kwotę zamawiający zarezerwował w planie finansowym spółki na rok 2009 na sfinansowanie usługi „wykonanie napraw wagonów osobowych do przewozów regionalnych”. Kwota ta została oszacowana i zarezerwowana w październiku 2008 roku, a więc w okresie, kiedy nie było jeszcze wiadomo na pewno, że przekształcenia własnościowe nastąpią. W dniu otwarcia ofert – 28 stycznia 2009 roku zamawiający nie posiadał jeszcze pełnej wiedzy o sytuacji finansowej spółki. Ogólnoświatowy kryzys finansowy jeszcze nie wpłynął na sytuację gospodarczą Polski, a w tym na zamawiającego. Oznaki recesji dotyczące zamawiającego zaczynały pojawiać się w lutym i marcu br., a więc w czasie, w którym komisja przetargowa powołana przez zamawiającego poddawała złożone oferty badaniom i ocenie. Zamawiający wystąpił nawet do wykonawców postępowania z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą.

Analizy przeprowadzone przez zamawiającego potwierdzały jednoznacznie, że zaciągnięcie zobowiązania poprzez zawarcie umowy na wykonanie 55 napraw wagonów typu 120A oznaczałoby powiększanie wielkości zobowiązań niemożliwych do uregulowania. Dodatkowo narastałyby odsetki od niezapłaconych w terminie kwot. Według zamawiającego pojawiły się wystarczające przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy – Pzp, t.j. cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Ponadto z racji nieprzewidywalnych posunięć gospodarczych innych przewoźników zaistniała możliwość naprawy wagonów typu 120A w zapleczach naprawczych zamawiającego. Wykonywanie napraw we własnych zapleczach naprawczych daje możliwość wykonania zamówienia taniej oraz w ilości i zakresie możliwym dla zamawiającego.

Dodatkowo zaszła sytuacja, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Przekształcenia własnościowe, jakim poddano zamawiającego, tj. przekazanie udziałów w kapitale zakładowym województwom samorządowym, spowodowały, że wynikające z

pogarszającej się sytuacji finansowej narastanie zadłużenia obciążałoby środki publiczne, którymi nowy właściciel musiałby pokryć straty zamawiającego. Zamawiający prowadząc działalność przewozową mającą na celu zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym, czyli publicznym, zobowiązany był do wykonywania napraw taboru wagonowego ze względu na obowiązujące przepisy nakazujące ze względu na bezpieczeństwo ruchu określone terminy i zakres napraw. Jednak zawarcie umowy na wykonanie usługi, której zamawiający nie mógłby później sfinansować nie leżałoby w interesie publicznym.

W dniu 16 kwietnia 2009 roku pismem złożonym w placówce pocztowej operatora publicznego zamawiający wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu odwołujący się podtrzymał zarzuty, wnioski i argumenty wyrażone w proteście.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – PKP Przewozy Regionalne Spółka z o.o. w Warszawie, ul. Grójecka 17 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie napraw rewizyjnych wagonów osobowych do przewozów regionalnych. Część I zamówienia dotyczy wykonania 55 napraw rewizyjnych wagonów osobowych typu 120A, część II natomiast – wykonanie 45 napraw rewizyjnych wagonów osobowych typu Bdfpumn.

Wartość zamówienia ustalona została na kwotę 17 583 500,00 zł, co stanowi równowartość 4 535 219, 62 euro.

Ustalenie wartości zamówienia dokonano w dniu 27 października 2008 roku na podstawie kosztów, jakie były ponoszone przy realizacji poprzedniego zamówienia, z uwzględnieniem procesów gospodarczych, jakie zaszły od tego czasu.

Otwarcie ofert dotyczących części I zamówienia nastąpiło w dniu 28 stycznia 2009 roku. Do upływu terminu składania ofert złożono dwie oferty.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia w wysokości 7 671 726 zł brutto.

Zamawiający ustalił, iż wymagane warunki udziału w postępowaniu spełnia 1 wykonawca – „Tabor szynowy” Opole Spółka Akcyjna, ul. Rejtana 7, 45-332 Opole. Drugiego wykonawcę – Gorzów Wagony Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim - wykluczono i odrzucono jego ofertę.

Zawarta w ofercie wykonawcy „Tabor Szynowy” Opole S.A. cena na wykonanie zadania w części I wynosiła 7 574 310,40 zł brutto (6 208 451,15 netto).

Pismem z dnia 24 marca 2009 roku zamawiający zawiadomił Odwołującego się o unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp postępowania w zakresie zadania 1.

W uzasadnieniu wskazał, iż już po wszczęciu postępowania zmienił się właściciel spółki „PKP Przewozy Regionalne” Sp. z o.o. W dniu 22 grudnia 2008 roku realizując postanowienia rozdziału 4c ustawy z dnia 8 września 2000 roku o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego „Polskie Koleje Państwowe” (Dz. U. Nr 84, poz. 940 ze zmianami) wszystkie udziały w kapitale zakładowym spółki zostały przekazane województwom samorządowym. Ponadto doszło do podziału Spółki, wydzielenia z niej znacznej części działalności wraz z majątkiem, skutkującego diametralną zmianą sytuacji finansowej zamawiającego.

Pojawiła się też nowa okoliczność, którą jest recesja wpływająca w coraz większym stopniu na pogorszenie sytuacji finansowej zamawiającego. Ponadto, z racji nieprzewidywalnych posunięć gospodarczych innych przewoźników, zaistniała możliwość naprawy wagonów typu 120A w zapleczach spółki zamawiającego.

Zaciągnięcie zobowiązania poprzez zawarcie umowy w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia w wyżej wymienionej sytuacji nie leży w interesie publicznym.

Z uwagi na nasilający się brak środków finansowych zamawiający nie byłby w stanie wywiązać się z zobowiązań wynikających z wykonywania umowy. Nie wykonywanie płatności w terminie powodowałoby powiększanie długu spółki z narastających odsetek od niezapłaconych kwot. Pokrycie strat musiałoby nastąpić ze środków publicznych, współników, którymi są województwa samorządowe, a których dochody w znacznej części pochodzą z udziału w podatkach.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym złożonej oferty Odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący się posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp.

Stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Unieważnienie postępowania spowodowało bowiem po stronie odwołującego się, który złożył ofertę najkorzystniejszą, niemożliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Podstawą unieważnienia postępowania przez zamawiającego był przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy Pzp

Stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wynika ona z możliwości finansowych zamawiającego, określonych w jego planie finansowym lub innym spełniającym podobne funkcje dokumencie.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy koreluje z przepisem art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota ta nie należy utożsamiać. Podana zgodnie z art. 86 ust. 3 kwota wiąże jednak zamawiającego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jej nie przekracza. Wówczas unieważnienie postępowania na podstawie przesłanki z ust. 4 jest niemożliwe, chyba że zamawiający udowodni, iż od momentu podania kwoty zamierzonej do wyboru najkorzystniejszej oferty zaszły nieprzewidywalne okoliczności, które zasadniczo zmieniły jego możliwości finansowe.

W niniejszym przypadku cena najkorzystniejszej oferty nie przekroczyła kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i w ocenie Izby zamawiający nie udowodnił zaistnienia nieprzewidzianych okoliczności, które zmieniły jego możliwości finansowe w sposób uniemożliwiający udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, iż kwota, którą podał bezpośrednio przed otwarciem ofert, była kwotą, jaką zarezerwował w planie finansowym spółki na rok 2009 na sfinansowanie usługi „wykonanie napraw wagonów osobowych do przewozów regionalnych”. Kwota ta została oszacowana i zarezerwowana w październiku 2008 roku.

Stosownie do art. 6 Kodeksu cywilnego, stosowanego – na podstawie art. 14 ustawy Pzp – do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Z kolei z art. 188 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp wynika, że strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowodami, w myśl ust. 3, są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron.

Wskazana w art. 6 k.c. "ogólna zasada rozkładu ciężaru dowodu", jest regułą w znaczeniu materialnym wskazującą, kto poniesie skutki nieudowodnienia faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, natomiast przepis art. 188 ust. 1 zd. 1. wskazuje, kto ponosi ciężar dowodu w znaczeniu formalnym "kto powinien przedstawiać dowody".

Zamawiający co prawda podnosił, że uległa pogorszeniu jego sytuacja finansowa, w szczególności poprzez zmianę właściciela, ale jego oświadczenia nie zostały poparte żadnymi dowodami. Żaden zaś z przepisów ustawy nie nakazuje sądowi orzekającemu dążyć do ustalenia prawdy materialnej. Wręcz przeciwnie, obowiązkiem prowadzenia dowodów umożliwiającym stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne, obarczone są strony postępowania odwoławczego.

Przez fakt należy tu rozumieć prawdziwość twierdzenia o fakcie, zdolnego uzasadnić żądanie lub zarzut strony. Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza.

Za poparciem zamawiającego nie przemawiają również wskazane w odpowiedzi na odwołanie wskaźniki finansowe. Wykazywanie przez zamawiającego straty za 2008 roku nie dowodzi jeszcze braku środków finansowych uniemożliwiających udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosząc się do drugiej przesłanki unieważnienia postępowania przez zamawiającego, Izba stwierdziła, iż w niniejszej sprawie nie zaszły okoliczności wskazane w art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp.

W myśl wzmiankowanego przepisu zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Z powyższego przepisu wynika, że: a) zmiana okoliczności faktycznie wystąpiła, b) jest to istotna, a więc znacząca zmiana okoliczności, zmiana powodująca, że zarówno dalsze prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym, przy czym wystąpienia tej zmiany okoliczności nie można było, patrząc w kategoriach zobiektywizowanych, wcześniej przewidzieć, czyli była ona obiektywnie, a nie tylko dla zamawiającego nieprzewidywalna. Zważywszy, że praktycznie każdy ze wskazanych elementów tej przesłanki ma charakter uznaniowy, zamawiający jest

zobowiązany do przedstawienia szczegółowego uzasadnienia swej czynności, w tym wskazania, że wszystkie te elementy, a muszą wystąpić łącznie, rzeczywiście zaistniały.

W ocenie Izby zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W szczególności Izba uznała za nieuzasadnione twierdzenie zamawiającego, iż (cyt.): „wykonywanie napraw we własnych zapleczach naprawczych dałoby możliwość wykonania zamówienia taniej oraz w ilości i zakresie możliwym dla zamawiającego”. Zamawiający nie przedstawił tu żadnej analizy finansowej na poparcie swojego stanowiska, w związku z czym nie mogło ono być zweryfikowane.

Nie jest również uzasadnieniem stanowiska zamawiającego fakt przeprowadzenia przekształceń własnościowych i struktury organizacyjnej zamawiającego. Objęcie przez samorządy województw udziałów Skarbu Państwa w kapitale zakładowym zamawiającego nastąpiło na podstawie art. 33u ust. 1 ustawy z dnia 8 września 2000 roku o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego „Polskie Koleje Państwowe” (Dz. U. Nr 84, poz. 948 ze zmianami), który to przepis wszedł w życie w dniu 21 czerwca 2008 roku. Od tego dnia zamawiający nie może zasłaniać się brakiem świadomości co do planowanych zmian własnego przedsiębiorstwa.

Zamawiający nie wykazał również, by dokonane zmiany wpłynęły na jego sytuację finansową w stopniu uniemożliwiającym udzielenie przedmiotowego zamówienia. Poprzestał jedynie na gołosłownych stwierdzeniach, iż sytuacja taka miała miejsce. Nie wskazał również, dlaczego zaistniałe zmiany spowodowały, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Powołanie się na powyższą przesłankę unieważnienia wymaga od zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem "interes publiczny", który nie musi być tożsamy z interesem zamawiającego. Powołując się na komentowaną przesłankę unieważnienia, zamawiający powinien wskazać, jaki interes publiczny wymaga dokonania przez niego unieważnienia postępowania. Tylko w ten sposób będzie bowiem w stanie udowodnić, że przesłanka ta rzeczywiście wystąpiła. Skład orzekający Izby w pełni popiera stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażone w wyroku z dnia 10 lipca 2002 r. (V Ca 960/02), który uznał, że nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym a brakiem środków na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia. Należy więc przyjąć, że inne niż wynikające z ogłoszonego postępowania potrzeby zamawiającego i zachodząca w związku z tym konieczność ograniczenia wydatków na nabycie przedmiotu zamówienia nie może być samoistną przyczyną unieważnienia postępowania. Dopiero wykazanie, że wykonanie zamówienia będzie godzić w interes

publiczny, może powodować, iż środki nań przeznaczone nie powinny być wydane, a zamówienie nie powinno być udzielone.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 i ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....