

Sygn. akt: KIO/UZP 243/09

KIO/UZP 247/09

**WYROK**

**z dnia 13 marca 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Członkowie: Anna Majstrowicz  
Stanisław Sadowy**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu/~~w dniach~~\* **13 marca 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **5 marca 2009 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

**A. konsorcjum firm: TRAKCJA POLSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II nr 11, 00-828 Warszawa (lider konsorcjum); Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych – 7 S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa; Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Kniaziewicza 19, 50-950 Wrocław; Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., ul. Czapińskiego 3, 30-048 Kraków (sygn. akt: KIO/UZP 243/09);**

**B. konsorcjum firm: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa (lider konsorcjum); STRABAG AG, Ortenburgerstrasse 27, A-9800 Spittal/Drau, Austria; Eichholz Rail GmbH, Bahnhofstrasse 17, D-97922 Lauda-Königshofen, Niemcy; STRABAG Építő Zártkörűen Működő Részvénytársaság, Szegedi út 35–37, 1135 Budapest, Węgry; THALES Rail Signalling Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań; TRAKCE a.s., Hlavkova 428/3, Ostrava-Moravska, Ostrava a Přivoz, PSC 702 00, Republika Czeska; Trakce-Tor Sp. z o.o. z siedzibą w Cieszynie, ul. Pokoju 1, 43-400 Cieszyn (sygn. akt: KIO/UZP 247/09);**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** protestów:

**A. konsorcjum firm: TRAKCJA POLSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II nr 11, 00-828 Warszawa (lider konsorcjum); Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych – 7 S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa; Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Kniaziewicza 19, 50-950 Wrocław; Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., ul. Czapińskiego 3, 30-048 Kraków,**

**B. konsorcjum firm: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa (lider konsorcjum); STRABAG AG, Ortenburgerstrasse 27, A-9800 Spittal/Drau, Austria; Eichholz Rail GmbH, Bahnhofstrasse 17, D-97922 Lauda-Königshofen, Niemcy; STRABAG Építő Zártkörűen Működő Részvénytársaság, Szegedi út 35–37, 1135 Budapest, Węgry; THALES Rail Signalling Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań; TRAKCE a.s., Hlavkova 428/3, Ostrava-Moravska, Ostrava a Přivoz, PSČ 702 00, Republika Czeska; Trakce-Tor Sp. z o.o. z siedzibą w Cieszynie, ul. Pokoju 1, 43-400 Cieszyn,**

przy udziale wykonawcy konsorcjum firm: **TRAKCJA POLSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II nr 11, 00-828 Warszawa (lider konsorcjum); Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych – 7 S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa; Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Kniaziewicza 19, 50-950 Wrocław; Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., ul. Czapińskiego 3, 30-048 Kraków,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 247/09 po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala obydwie odwołania,**

**2. kosztami postępowania obciąża:**

**A. konsorcjum firm: TRAKCJA POLSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II nr 11, 00-828 Warszawa (lider konsorcjum); Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych – 7 S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa; Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Kniaziewiczza 19, 50-950 Wrocław; Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., ul. Czapińskiego 3, 30-048 Kraków,**

**B. konsorcjum firm: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa (lider konsorcjum); STRABAG AG, Ortenburgerstrasse 27, A-9800 Spittal/Drau, Austria; Eichholz Rail GmbH, Bahnhofstrasse 17, D-97922 Lauda-Konigshofen, Niemcy; STRABAG Építő Zártkörűen Működő Részvénytársaság, Szegedi út 35–37, 1135 Budapest, Węgry; THALES Rail Signalling Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań; TRAKCE a.s., Hlavkova 428/3, Ostrava-Moravska, Ostrava a Přivoz, PSČ 702 00, Republika Czeska; Trakce-Tor Sp. z o.o. z siedzibą w Cieszynie, ul. Pokoju 1, 43-400 Cieszyn**

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 wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

**A** koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: TRAKCJA POLSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II nr 11, 00-828 Warszawa (lider konsorcjum); Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych – 7 S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa; Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Kniaziewiczza 19, 50-950 Wrocław; Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., ul. Czapińskiego 3, 30-048 Kraków,**

**B** koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa (lider konsorcjum); STRABAG AG, Ortenburgerstrasse 27, A-9800 Spittal/Drau, Austria; Eichholz Rail GmbH, Bahnhofstrasse 17, D-97922 Lauda-Konigshofen, Niemcy; STRABAG Építő Zártkörűen Működő Részvénytársaság, Szegedi út**

**35–37, 1135 Budapest, Węgry; THALES Rail Signalling Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań; TRAKCE a.s., Hlavkova 428/3, Ostrava-Moravska, Ostrava a Přivoz, PSČ 702 00, Republika Czeska; Trakce-Tor Sp. z o.o. z siedzibą w Cieszynie, ul. Pokoju 1, 43-400 Cieszyn,**

2) dokonać zwrotu kwoty **35 426 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

**A** kwoty **17 713 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: TRAKCJA POLSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II nr 11, 00-828 Warszawa (lider konsorcjum); Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych – 7 S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa; Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Kniaziewicza 19, 50-950 Wrocław; Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., ul. Czapińskiego 3, 30-048 Kraków,**

**B** kwoty **17 713 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa (lider konsorcjum); STRABAG AG, Ortenburgerstrasse 27, A-9800 Spittal/Drau, Austria; Eichholz Rail GmbH, Bahnhofstrasse 17, D-97922 Lauda-Königshofen, Niemcy; STRABAG Építő Zártkörűen Működő Részvénytársaság, Szegedi út 35–37, 1135 Budapest, Węgry; THALES Rail Signalling Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań; TRAKCE a.s., Hlavkova 428/3, Ostrava-Moravska, Ostrava a Přivoz, PSČ 702 00, Republika Czeska; Trakce-Tor Sp. z o.o. z siedzibą w Cieszynie, ul. Pokoju 1, 43-400 Cieszyn.**

## **Uzasadnienie**

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęło w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie robót budowlanych dla kompleksowej modernizacji stacji i szlaków w obszarze LCS Działdowo w ramach projektu Nr 2005/PL/16/C/PT/001 „Modernizacja linii kolejowej E-65, odcinek Warszawa-Gdynia, Etap II, przetarg 5A”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 maja 2008 r., nr 2008/S 89-120874.

### **sygn. akt KIO/UZP 243/09**

Zamawiający pismem z dnia 3 lutego 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) poinformował wykonawcę konsorcjum firm: TRAKCJA POLSKA S.A. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych – 7 S.A. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A. z siedzibą w Wrocławiu, Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., zwanego dalej „Odwołującym” o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, iż wszystkie złożone oferty przewyższały kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Pismem z dnia 9 lutego 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 10 lutego 2009 r.) Odwołujący wniósł protest wobec czynności Zamawiającego polegającej na bezpodstawnym unieważnieniu postępowania i zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
2. dokonanie wyboru oferty Protestującego, jako oferty najkorzystniejszej..

W uzasadnieniu Odwołujący m.in. wskazał, iż Zamawiający ograniczył się do porównania cen ofert do kwoty, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, nie przeprowadzając jakichkolwiek badań w zakresie ustalenia kwoty, którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Dopiero, gdyby ceny ofert przewyższały kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, dopuszczalne byłoby unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

Nadto podniósł, iż Zamawiający przed dokonaniem unieważnienia postępowania na podstawie ww. przepisu zobowiązany jest do dokonania czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej. Skoro jednak Zamawiający czynności tej nie dokonał nie może on stwierdzić, że cena zawarta w tej ofercie przewyższa kwotę, którą może on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Pismem z dnia 20 lutego 2009 r. (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, wskazując, iż podana w piśmie z dnia 3 lutego 2009 r. kwota brutto 395.352.740,00 euro stanowi maksymalny dopuszczalny pułap możliwości finansowych Zamawiającego i obecnie nie jest możliwa korekta przyjętego planu finansowego.

Brak dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej nie powoduje nieprawidłowości bądź nieważności czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania. Skoro bowiem od momentu otwarcia ofert wiadomym było, iż ze względu na znaczne przekroczenie przez każdą z ofert kwoty dostępnej zamawiającemu postępowanie faktycznie kwalifikuje się do unieważnienia, zapobiec czemu mogłoby podwyższenie kwoty na realizację zamówienia, a takiej możliwości Zamawiający nie ma. Brak dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie ma wpływu na wynik postępowania, a jej dokonanie stanowiłoby jedynie przykład nadmiernego formalizmu.

Pismem z dnia 2 marca 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego w tej samej dacie) podtrzymując zarzuty, argumenty i żądania zawarte w proteście, dodatkowo wnosząc o zasądzenie kosztów postępowania według rachunku przedłożonego na rozprawie. Dodatkowo podniósł, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp ma wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a odwołanie powinno zostać uwzględnione na podstawie art. 191 ust. 1a ustawy Pzp.

### **sygn. akt KIO/UZP 247/09**

Zamawiający pismem z dnia 3 lutego 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) poinformował wykonawcę konsorcjum firm: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum), STRABAG AG - Austria, Eichholz Rail GmbH - Niemcy, STRABAG Építő Zártkörűen Működő Részvénytársaság – Budapeszt, THALES Rail Signalling Solutionns Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, TRAKCE a.s. – Republika Czeska, Trakce-Tor Sp. z o.o. z siedzibą w Cieszynie, zwanego dalej „Odwołującym” o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, iż wszystkie złożone oferty przewyższały kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Pismem z dnia 13 lutego 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na czynności oraz zaniechania Zamawiającego polegające na:

- 1) unieważnieniu postępowania przetargowego,
- 2) zaniechaniu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, oraz w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia z postępowania wykonawcy: Konsorcjum firm: TRAKCJA POLSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych -7 S.A z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A. z siedzibą we Wrocławiu, Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., zwanego dalej „TRAKCJA POLSKA”, którego oferta jest niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, a w szczególności:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 86 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez ich wadliwą interpretację oraz niewłaściwe zastosowanie,
- 2) art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie dokonanie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy TRAKCJA POLSKA, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
- 4) art. 7 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia,
- 2) dokonanie czynności bezprawnie zaniechanych, tj. przeprowadzenia badania i oceny ofert, odrzucenie oferty wykonawcy TRAKCJA POLSKA, jako oferty niezgodnej z SIWZ oraz dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., że:

- 1) Zamawiający podał, iż kwota brutto, którą przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia wynosi 395.352.740,90 euro, natomiast oferty złożone przez trzech wykonawców przewyższają kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Nadto podkreślił, iż Zamawiający jest upoważniony do unieważnienia postępowania jedynie w sytuacji, gdy nie ma środków na jego sfinansowanie, a nie wtedy, gdy jego wyobrażenie o możliwości uzyskania korzystniejszej rynkowo oferty nie odpowiada realiom rynku. Wskazał także, że w sytuacji gdy cena najkorzystniejszej oferty jest wyższa od kwoty jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowania zamówienia, zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę wyższą od podanej przed otwarciem ofert i udzielić

zamówienia. Wówczas kwota jaką zamawiający przeznacza na udzielenie zamówienia będzie przekraczała kwotę określoną w art. 86 ust. 3 ustawy.

- 2) Przed unieważnieniem postępowania Zamawiający zobowiązany był do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż zgodnie z art. 93 ustawy Pzp Zamawiający może unieważnić postępowanie jeżeli cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie danej inwestycji, a której to czynności zaniechał.
- 3) Zamawiający zaniechał czynności odrzucenia oferty wykonawcy TRAKCJA POLSKA, mimo iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ. Zgodnie z SIWZ, każdy z oferentów zobowiązany był wskazać termin zakończenia inwestycji, przy czym termin ten nie mógł być krótszy niż 30 czerwca 2010 roku. Wykonawca TRAKCJA POLSKA wskazał w swej ofercie, że prace na przedmiotowym zamówieniu wykonana do dnia 30 czerwca 2009 roku (strona 2 formularza oferty). Wykonawca ten nie podał także przewidywanej daty zakończenia swoich robót. W oparciu o powyższe oferta wykonawcy TRAKCJA POLSKA jest sprzeczna z warunkami SIWZ i podlega odrzuceniu, tym bardziej, że nie ma możliwości dokonania poprawienia błędów w ofercie tego wykonawcy, gdyż termin zakończenia robót stanowi element oceny oferty i ma wpływ na badanie i ocenę ofert. Dlatego też niedopuszczalne jest poprawienie błędów w ofercie wykonawcy TRAKCJA POLSKA.

Zamawiający pismem z dnia 16 lutego 2009 r. (przedmiotowe pismo wykonawca konsorcjum firm: TRAKCJA POLSKA S.A. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych – 7 S.A. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A. z siedzibą we Wrocławiu, Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., zwane dalej „Konsorcjum Trakcja Polska” otrzymał faksem w tej samej dacie) poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu, jednocześnie wzywając wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 19 lutego 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) wykonawca Konsorcjum Trakcja Polska przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 20 lutego 2009 r. (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, wskazując, iż podana w piśmie z dnia 3 lutego 2009 r. kwota brutto 395.352.740,90 euro stanowi maksymalny dopuszczalny pułap możliwości finansowych Zamawiającego i obecnie nie jest możliwa korekta przyjętego planu finansowego.

Brak dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej nie powoduje nieprawidłowości bądź nieważności czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania. Skoro bowiem



od momentu otwarcia ofert wiadomym było , iż ze względu na znaczne przekroczenie przez każdą z ofert kwoty dostępnej zamawiającemu postępowanie faktycznie kwalifikuje się do unieważnienia, zapobiec czemu mogłoby podwyższenie kwoty na realizację zamówienia, a takiej możliwości Zamawiający nie ma. Brak dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie ma wpływu na wynik postępowania, a jej dokonanie stanowiłoby jedynie przykład nadmiernego formalizmu.

Pismem z dnia 2 marca 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego i Prezesa UZP w tej samej dacie) podtrzymując zarzuty, argumenty i żądania zawarte w proteście.

Pismem z dnia 3 marca 2009 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W 12 marca 2008 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Konsorcjum Trakcja Polska przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 247/09 złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 16 stycznia 2009 r. do godz.12:30 złożono trzy oferty. Oferty opiewały na następujące kwoty:

1. oferta Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 247/09 (Konsorcjum STRABAG) – 405.045.076,55 euro netto, **494.154.993,39 euro brutto**;
2. oferta Konsorcjum FEROCO S.A. – 358.992.502,43 euro netto, **437.970.852,96 euro brutto**;
3. oferta Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 243/09 (Konsorcjum Trakcja Polska) – 430.421.828,56 euro netto, **525.114.630,84 euro brutto**.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę w wysokości **395.352.740,90 euro brutto**, jako kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (protokół postępowania o udzielenie zamówienia s. 9).

Pismem z dnia 3 lutego 2009 r. Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jednocześnie wskazując, iż „wszystkie oferty, które wpłynęły, w tym również oferta najkorzystniejsza, przewyższyły kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia”.

Czynność tę zaskarżyli: w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 243/09 Odwołujący (Konsorcjum Trakcja Polska) oraz w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 247/09 Odwołujący (Konsorcjum STRABAG), żądając jej unieważnienia oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Nadto Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 247/09 (Konsorcjum STRABAG) wniósł o odrzucenie oferty Konsorcjum Trakcja Polska ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ww. przepisu, nie dokonując wcześniej nie tylko wyboru najkorzystniejszej oferty, ale i czynności badania i oceny ofert. Istotnie jest to niezgodne z treścią art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który bezwzględnie wymaga, aby czynność unieważnienia postępowania była poprzedzona wyborem najkorzystniejszej oferty, tym samym po wcześniejszym dokonaniu czynności badania i oceny ofert. Zamawiający zobowiązany jest bowiem do bezwzględnego stosowania przepisów ustawy Pzp, a nie ich swobodnej interpretacji i pomijania niewygodnych dla siebie przepisów.

Niemniej jednak wskazane uchybienia nie mogą być rozpatrywane w oderwaniu od art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, który wskazuje, iż Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

Z treści art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wynika, iż Zamawiający zobowiązany jest unieważnić postępowanie, jeśli cena oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia będąca przesłanką unieważnienia postępowania o jego udzielenie powinna mieć swoją obiektywną podstawę, wynikającą z dokumentów Zamawiającego. Kwota ta „powinna być znana przed rozpoczęciem postępowania, a niewątpliwie najdalej w chwili unieważnienia przetargu zamawiający powinien dysponować dokumentem finansowym, który wskazywałby tę kwotę” (wyrok SO w Warszawie, sygn. akt V Ca 29/03). Dokumentem takim jest nie tylko plan finansowy Zamawiającego, ale również każdy inny dokument, z którego treści wynika jaka kwota została zaplanowana na jego realizację. W niniejszym postępowaniu Zamawiający dysponował dokumentami, które określały kwotę jego maksymalnego zobowiązania z tytułu

realizacji przedmiotowego zamówienia. Jak podkreślił Zamawiający na rozprawie powyższe wynika z Uchwały Nr 251/2008 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 6 maja 2008 r. w sprawie zawarcia umowy FS Nr 2005/PL/16/C/PT/001-05 A na wykonanie robót budowlanych dla kompleksowej modernizacji stacji i szlaków w obszarze LCS Działdowo w ramach projektu Nr 2005/PL/16/C/PT/001 „Modernizacja linii kolejowej E-65, odcinek Warszawa-Gdynia, Etap II” w Polsce, określającej „zobowiązanie do świadczenia pieniężnego spółki, którego wartość nie przekroczy kwoty 338.059.623,69 euro netto, co stanowi (...) kwotę 412.432.740,90 euro brutto, która uwzględnia: szacowaną wartość zamówienia na wykonanie robót budowlanych w wysokości 324.059.623,69 euro netto (395.352.740,90 euro brutto) oraz szacowaną wartość przeznaczoną na zamówienia uzupełniające do kwoty 14.000.000,00 euro netto (17.080.000,00 euro brutto)”. Kwoty te pozytywnie zaopiniowała Rada Nadzorcza PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (uchwała Nr 64/2008 Rady Nadzorczej PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 12 maja 2008 r.), a na zaciągnięcie przedmiotowego zobowiązania wyraziło zgodę Walne Zgromadzenie akcjonariuszy PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., o ile jego wartość „nie przekroczy kwoty 338.059.623,69 euro netto, co stanowi (...) kwotę 412.432.740,90 euro brutto” (uchwała nr 13/2008 z dnia 29 maja 2008 r.).

Zamawiający przed otwarciem ofert podał, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 395.352.740,90 euro brutto, ceny złożonych ofert opiewały zaś na kwoty wyższe niż podana kwota i znacznie przekraczały sumę, jaką Zamawiający zamierzał wydatkować na sfinansowanie zamówienia. Kwota jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w tym konkretnym przypadku, to ta sama kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podana przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. Kwota ta wynika – jak podkreślił Zamawiający na rozprawie – z jego planu finansowego, jak i dokumentów organów spółki, a dokonana analiza finansowa pozwoliła na stwierdzenie, iż nie jest on w stanie przesunąć tak wysokich kwot (około 30.000.000,00 euro) z innych źródeł. Tym samym nie ma on możliwości przeznaczenia dodatkowych środków finansowych na realizację przedmiotowego zamówienia.

Istotnie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp daje Zamawiającemu możliwość przeznaczenia na realizację zamówienia większej kwoty niż podana przed otwarciem ofert. Jest to jednak suwerenna decyzja Zamawiającego, a wykonawcy nie mogą w przypadku unieważnienia postępowania na skutek braku środków finansowych na realizację zamówienia, występować z roszczeniami o pozytywne rozstrzygnięcie postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający nie tylko, że nie dysponuje kwotą konieczną na realizację

zamówienia, ale nie ma możliwości dokonania ewentualnych przesunięć takich środków finansowych.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż uchybienia jakich dopuścił się Zamawiający w toku przedmiotowego postępowania, nie mają i nie mogą mieć wpływu na wynik przedmiotowego postępowania. Bezsprzeczne jest bowiem, iż wszystkie złożone oferty opiewały na kwoty wyższe niż kwota, jaką Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia. Bezsprzeczne jest także, iż statutowe organy Spółki Zamawiającego określiły maksymalną kwotę zobowiązania i kwota ta jest tożsama z kwotą, jaką Zamawiający nie tylko zamierzał, ale i może przeznaczyć na realizację zamówienia. Oznacza to, iż ewentualne przeprowadzenie procedury w sposób prawidłowy i zgodny z obowiązującymi przepisami, w konsekwencji doprowadzi do dokonania ponownie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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/ ~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....