

WYROK
z dnia 4 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Kolejowe Przedsiębiorstwo Związkowe Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, ul. Kopernika 17, 42-500 Będzin, J.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „IQ service J.B.”** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających wspólnie udzielających zamówienia: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, Polskie Koleje Państwowe S.A.,**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Kolejowe Przedsiębiorstwo Związkowe Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, ul. Kopernika 17, 42-500 Będzin, J.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „IQ service J.B.”** i 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: **Kolejowe Przedsiębiorstwo Związkowe Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, ul. Kopernika 17, 42-500 Będzin, J.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „IQ service J.B.”**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający wspólnie udzielający zamówienia: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Polskie Koleje Państwowe S.A., prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Świadczenie usług utrzymania czystości w wybranych lokalizacjach zarządzanych przez PKP S.A. i PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.”*.

Dnia 14 czerwca 2018 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 22 czerwca 2018 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Kolejowe Przedsiębiorstwo Związkowe Sp. z o.o., J.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „IQ service J.B.” (dalej „*Odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu – w zakresie zadania nr 17, polegających na:

- 1) unieważnieniu zadania 17,
- 2) zaniechaniu wyboru oferty odwołującego w zakresie zadania nr 17, jako najkorzystniejszej niepodlegającej odrzuceniu,
- 3) zaniechaniu wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo BACA Sp. z o.o., ul. Dworcowa 3, 40-012 Katowice, TTHO M. S. ul. Dworcowa 2, 97-545 Gomunice (dalej: „konsorcjum BACA”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 94 ust. 3 w zw. z art. 2 ust. 7a ustawy Pzp, poprzez unieważnienie przedmiotowego przetargu w zakresie zadania 17 z uwagi na to, że cena z najkorzystniejszej oferty odwołującego przewyższa cenę przeznaczoną przez zamawiającego na wykonanie zadania, pomimo iż zamawiający może zwiększyć kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty,
2. art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie przedmiotowego przetargu w zakresie zadania 17 z uwagi na niewykazanie przez zamawiającego, że nie może zwiększyć środków na wykonanie zadania 17,
3. art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie przedmiotowego przetargu w zakresie zadania 17 z uwagi na to, że cena z najkorzystniejszej oferty odwołującego przewyższa cenę przeznaczoną przez zamawiającego na wykonanie zadania, pomimo iż zamawiający może zwiększyć kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty i posiada na to środki gdyż na zadaniach nr 1, 3, 8, 16, 19, 21, 22, 24 wykonawca wybrał oferty z cenami niższymi niż przewidziane przez zamawiającego na poszczególne części odpowiednio o 255.458,57 zł, 107.315,42 zł,

150,263,78 zł; 316.270,68 zł, 196.995,24 zł, 2.712.916,48 zł, 287.267,88 zł, 858.216,81 zł,

4. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez niezapewnienie przez zamawiającego zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, naruszenie zasad proporcjonalności i przejrzystości poprzez zaniechanie wybrania oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadania 17 i nieprzeznaczenie na ten cel dodatkowych środków, mimo iż zamawiający dla ofert z zadań nr 2, 5, 7 zwiększył kwotę na wykonania zadania do ceny najkorzystniejszej oferty odpowiednio o 826.453,05 zł, 160.422,90 zł, 152.980,28 zł oraz 878.901,53 zł względem ceny pierwotnie przeznaczanej przez zamawiającego,
5. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, poprzez niewykluczenie konsorcjum BACA, pomimo iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, co miało istotny wpływ na decyzje zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu przedmiotowego zamówienia w zakresie zadania 17,
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez konsorcjum BACA,
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności polegającej na wykluczeniu konsorcjum BACA,
- 4) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownej oceny ofert w zakresie zadania 17 przedmiotowego postępowania,
- 5) nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 6) zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia:
 - a) zawiadomienia o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 17 oraz o unieważnieniu zadania nr 17,
 - b) informacji z otwarcia ofert - pismo z dnia 15 maja 2018 roku,
 - c) zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszych ofert w zakresie zadań 1-24 przedmiotowego przetargu, tj. pisma z dnia 6 czerwca 2018 roku, pisma z dnia 8 czerwca 2018 roku oraz pisma z dnia 12 czerwca 2018 roku,
 - d) specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotowego postępowania,- na okoliczność ich treści, posiadania przez zamawiającego środków które może przeznaczyć na wykonanie zadania 17 ponad pierwotnie przeznaczone, przyjęcia przez zamawiającego ofert na inne zadania, których ceny przewyższały nawet o 826.453,05 zł środki jakie zamawiający przeznaczył na wykonanie danego zadania, nierównego

traktowania wykonawców z poszczególnych zadań, niedokonania ponownej oceny ofert w zakresie zadania nr 17 przedmiotowego przetargu,

7) dopuszczenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania, a wymienionych w uzasadnieniu na wskazane okoliczności.

8) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym poniesionych przez odwołującego wydatków związanych z ustanowieniem pełnomocnika w osobie adwokata na podstawie załączonej faktury VAT oraz potwierdzenia przelewu należności objętej fakturą - do wysokości kwoty 3600,00 zł.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że wniesienie odwołania leży w interesie odwołującego, albowiem w przypadku nieunieważnienia przetargu w oparciu o art. 93. ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jego oferta byłaby najkorzystniejszą.

Zamawiający, na posiedzeniu, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem odwołującego, przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, nie daje zamawiającemu pełnej swobody w decydowaniu czy zwiększyć środki na wykonanie zadania. Przeciwna wykładnia byłaby błędna i prowadziłaby do podważenia literalnego brzmienia przepisu prezentującego intencję ustawodawcy. Gdyby wolą ustawodawcy było uzależnienie

unieważnienia przetargu z powodu nieosiągnięcia założonej ceny, to określenie „może” zastąpiono by słowem „chce”, „wyraża wolę” etc. Określenie „może” odnosi się do obiektywnej możliwości przeznaczenia dodatkowych środków na wykonanie zadania, jeśli najkorzystniejsza oferta przewyższa założoną przez zamawiającego cenę. Ponadto, gdyby wykładania art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy prowadziła do przyznania zamawiającemu pełnej swobody w omawianym zakresie, z ustawy wykreślić należałoby art. 7 ust. 1 w zakresie statuującym naczelną zasadę postępowania o udzielenie zamówienia - zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W wyniku takiej wykładni zamawiający na przykład w przetargu podzielonym na części mógłby dowolnie wybierać oferty przewyższające założone przez siebie ceny dla poszczególnych zadań, a dla innych unieważniać postępowanie przetargowe w części bez konsekwencji. Takie pojmowanie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy stałoby w sprzeczności z wykładnią systemową. Byłaby również nie do pogodzenia z wykładnią celowościową. Zamawiający chcąc unieważnić przetarg w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, powinien był wykazać również drugą przesłankę, a zatem to, że nie mógł zwiększyć kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na wykonanie zadania 17. Zdaniem odwołującego, to na zamawiającym leży ciężar udowodnienia tego, że nie może zwiększyć kwoty, którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia zgodnie z najkorzystniejszą ofertą. Wykazanie tej okoliczności musi nastąpić już przy podjęciu decyzji o unieważnieniu zadania.

W ocenie odwołującego mimo, iż ciężar udowodnienia braku środków spoczywał na zamawiającym i to na etapie podejmowania decyzji o unieważnieniu przetargu w zakresie zadania 17, to odwołujący wykaże także bezpodstawność tej decyzji. Zamawiający nie musiał czynić żadnych długotrwałych działań zmierzających do ustalenia, czy posiada środki na zwiększenie ceny dla zadania 17 przedmiotowego przetargu. W tym celu wystarczyło wykonać prostą kalkulację przetargu w zakresie pozostałych zadań analizując kwoty przeznaczone przez zamawiającego z cenami przyjętych ofert. W ten sposób ustalić można, czy zamawiający ma „oszczędności” w wyniku wyboru ofert z cenami niższymi niż założone dla danych zadań. Oszczędności poczynione na innych zadaniach wynoszące łącznie 4.889.702,86 zł pozwalają zamawiającemu na zwiększenie środków na wykonanie zadania 17 o różnicę wynikającą z oferty odwołującego, nawet przy uwzględnieniu zwiększenia ceny na Zadanie nr 2, 5, 7, 15. Decyzja zamawiającego o unieważnieniu przedmiotowego przetargu w zakresie zadania 17 jest bezpodstawna zarówno w odniesieniu do obowiązujących przepisów i okoliczności faktycznych.

W ocenie odwołującego zamawiający unieważniając przetarg w zakresie zadania 17, odmawiając dokonania ponownej oceny ofert, odmawiając wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, dopuścił się naruszenia wszystkich zasad z art. 7 ust. 1 ustawy, a zwłaszcza równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazał, iż na wykonanie zadania nr 17 zamawiający zamierzał przeznaczyć kwotę 5.010.065,00 zł brutto, natomiast oferta odwołującego zawiera cenę brutto 5.755.361,38 zł. Różnica wynosi 745.295,90 zł. Kwota ta jest niższa niż różnica w cenie ofertowej dla zadania nr 2 i 15 względem założeń zamawiającego, a mimo to dla tych zadań zamawiający nie unieważnił przetargu i przeznaczył dodatkowe środki na wykonanie zadania.

Oceniając powyższe przez pryzmat przepisów ustawy w sposób niezbity widać dysproporcję w decyzjach podejmowanych przez zamawiającego, gdzie na wykonanie jednego zadania przeznacza kwotę ponad 800 tysięcy złotych, a przetarg w zakresie zadania 17 unieważnia, mimo iż wymaga on przeznaczenia kwoty 745 tysięcy złotych. Takie postępowanie narusza zasady wskazane w art. 7 ust. 1 ustawy stanowiąc jaskrawy przykład nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Wykazując, że doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 oraz art. 94 ust. 4 ustawy odwołujący wskazał, iż zamawiający powinien był odrzucić ofertę wykonawcy – konsorcjum BACA, wykluczyć go z postępowania i dokonać ponownej oceny ofert. Podstawę do obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy stanowi art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Zdaniem odwołującego, zamawiający nie ma przy tym dowolności i po stwierdzeniu wymienionych w przepisie przesłanek zobligowany był wykluczyć wykonawcę z przetargu. Przesłanki wykluczenia zostały uwidocznione w oświadczeniu wykonawcy z dnia 11 czerwca 2018 roku, w którym podał, że w wyniku *fatalnej pomyłki* (lekkomyślność lub rażące niedbalstwo) *doszło do złożenia błędnej wersji formularza cenowego* (wprowadzenie w błąd zamawiającego), błąd został wykryty i zgłoszony po dokonaniu przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty i wybraniu oferty wykonawcy (wpływ błędu na decyzję zamawiającego). Gdyby zamawiający wykluczył wykonawcę, do czego był zobowiązany, jego ofertę powinien traktować jako odrzuconą.

W skutek uchylenia się przez wykonawcę (konsorcjum BACA) od zawarcia umowy jego oferta powinna zostać potraktowana jako niebyła, a zamawiający winien był dokonać ponownej oceny ofert. W wyniku takiej oceny, przy uwzględnieniu kryteriów s.i.w.z. jakimi zamawiający ma kierować się przy wyborze oferty, stwierdzić należy, że oferta odwołującego uzyskać powinna 95 punktów, co stawia ją w czołówce ofert z pośród poszczególnych zadań. Mimo, iż zamawiający prawidłowo przyjął, że po wykluczeniu wykonawcy oferta odwołującego jest najkorzystniejsza, to zasadne i konieczne było dokonanie ponownej oceny ofert dla zadania nr 17. Być może po dokonaniu oceny zamawiający nie podjąłby wadliwej decyzji unieważnienia przetargu w zakresie zadania 17 i rozpoczął procedurę zmierzającą do podpisania umowy z odwołującym.

Izba zważyła, co następuje.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, stanowi, iż zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena 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 najkorzystniejszej oferty.

W celu stwierdzenia czy zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie ww. przepisu ustawy, zamawiający w pierwszej kolejności zobowiązany jest ustalić, czy cena oferty z najniższą ceną mieści się w kwocie, którą zamawiający przeznaczył na realizację zadania, a następnie w przypadku negatywnej odpowiedzi, zamawiający powinien ustalić czy możliwe jest zwiększenie kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu cena oferty odwołującego przekracza kwotę, którą zamawiający przeznaczył na realizację zadania, wobec czego pozostawała kwestia ustalenia, czy zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny oferty odwołującego. W ocenie Izby rację ma zamawiający, że w związku z całokształtem okoliczności związanych z przedmiotowym zamówieniem, które obejmowało 24 zadania oraz faktem, iż w przypadku niektórych z zadań zamawiający unieważnił postępowanie, również na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, konieczne jest wprowadzenie zabezpieczenia polegającego na zagwarantowaniu środków na realizację – zachowanie ciągłości – wszystkich pozostałych do rozstrzygnięcia zadań. Jak słusznie podniósł zamawiający analiza faktycznych możliwości zamawiającego potwierdziła, że zwiększyć środków do wysokości oferty odwołującego w zadaniu nr 17 zamawiający nie mógł, albowiem musiał zagwarantować środki w zakresie zaciągniętych już uprzednio zobowiązań publicznych (opublikowanie rozstrzygnięć w innych zadaniach). Izba zwraca uwagę, iż wprowadzenie przez ustawodawcę zastrzeżenia dotyczącego możliwości zwiększenia kwoty na realizację zamówienia do ceny oferty najkorzystniejszej, miało na celu jednoznaczne przyznanie zamawiającemu uprawnienia do zwiększenia kwoty, którą przeznaczy na sfinansowanie zamówienia, w porównaniu z kwotą, którą podał bezpośrednio przed otwarciem ofert. Tym samym, to zamawiający będąc dysponentem środków publicznych, znający realia finansowania danego zamówienia, znający wszystkie okoliczności mające wpływ na udzielenie zamówienia, jako jedyny uprawniony jest do podjęcia decyzji w zakresie możliwości zwiększenia środków na realizację danego zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu, w związku z nierozstrzygnięciem wszystkich zadań, zamawiający w ocenie Izby, może mieć uzasadnione wątpliwości, czy przy powtórzeniu przetargu, kwota jaka pozostała mu w wyniku oszczędności na innych zadaniach (ceny były niższe niż zakładane przez

zamawiającego kwoty) wystarczy na pokrycie brakujących części zamówienia. Jak słusznie podniosła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 października 2017 roku, sygn. akt KIO 2032/17 „(...) Zamawiający podejmuje w tym zakresie decyzję w oparciu o różne okoliczności. Jako jednostka odpowiedzialna za dysponowanie środkami publicznymi, zamawiający odpowiada za racjonalne wydatkowanie środków publicznych, a więc zobowiązany jest do ostrożnej oceny, czy zasadne z punktu widzenia oszczędności i racjonalności jest wydatkowanie dodatkowych funduszy. Zamawiający ma możliwość dokonania oceny, z jakich powodów wartość, jaka została przewidziana na realizację zamówienia, jest niewystarczająca. Zamawiający ma także możliwość rewizji swoich przedsięwzięć, ewentualnie możliwość ograniczenia przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim dokonania oceny, czy konieczne i uzasadnione jest wydanie na realizację zamówienia kwoty wyższej niż została przez Zamawiającego przewidziana. Jest to zatem szereg decyzji i analiz, które może dokonać tylko i wyłącznie Zamawiający i w zakresie których posiada swobodę. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO 694/15, zgodnie z którym: "Celem postępowania o zamówienie publiczne nie jest nabycie przez jednostkę przedmiotu postępowania "za wszelką cenę", ale nabycie go w warunkach własnej kalkulacji i założonego budżetu na dany cel, co mieści się autonomii jednostki dokonującej nabycia określonych rzeczy lub praw. Decyzja, wyrażająca zamiar nabycia określonego przedmiotu, tak jak każda decyzja podejmowana w warunkach rynkowych przez podmioty komercyjne, zawiera w sobie wyznaczone przez nabywcę granice, w jakich będzie się poruszał, w tym granice finansowe, do jakich jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia. Nie sposób więc obligować zamawiającego do poddawania każdorazowo, gdy cena oferty przekroczy tak wyznaczony próg, analizie swoich możliwości finansowych, ponad wolę nabycia przedmiotu zamówienia za określoną cenę. Zwiększenie tak założonego budżetu jest każdorazowo odstępstwem od pierwotnego zamiaru, a nie zasadą. Zasadą jest zatem, że zamawiający jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia tylko do kwoty, jaką podał na otwarciu ofert jako ta, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia".

Za słuszne i zasadne należy uznać stanowisko, które w pełni podziela Izba, jakie wyraził Sąd Okręgowy w Koszalinie, który w wyroku z dnia 16 kwietnia 2014 roku, sygn. akt VI Ga 23/14 wskazał, iż „Sąd Okręgowy nie podziela interpretacji art. 93, którą zdaje się lansować skarżący. Istotą uprawnienia zamawiającego wpisanego do art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jest zapobieżenie zaciąganiu przez zamawiających zobowiązań przekraczających ich możliwości finansowe określone w różnego rodzaju planach finansowych konstruowanych przez te jednostki zgodnie z ustawą o finansach publicznych, czy też zgodnie z jakimikolwiek obowiązującymi je przepisami. Zwrócić należy uwagę, iż już z brzmienia art. 93 ust. 2 ustawy Pzp wynika, iż "jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do

unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio". Tym samym ustawodawca odniósł reguły opisane w art. 93 ust. 1, dotyczące zamówienia nie dzielonego na części, odpowiednio do każdego z postępowań o udzielenie zamówienia częściowego z osobna. „Jeśli zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, przesłanki unieważnienia rozpatruje odrębnie dla każdej z części. Oznacza to, że postępowanie może być np. unieważnione tylko w zakresie niektórych jego części, a w pozostałych częściach zostanie udzielone zamówienie” (Włodzimierz Dzierżanowski, Komentarz do art. 93 ustawy - Prawo zamówień publicznych, system Lex). Rozwiązanie to wydaje się logiczne już choćby z tego względu, iż odnoszenie kwoty, jaką zamawiający przeznaczają na sfinansowanie jednego z zamówień częściowych do globalnej kwoty przeznaczonej na sfinansowanie całego zamówienia mogłoby zagrozić zobowiązaniom wynikającym z przetargów na pozostałe wyodrębnione części zamówienia, a tym samym godzić w prawa innych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. Dla ustalenia kwoty, którą zamawiający chce przeznaczyć na realizację zamówienia częściowego bez znaczenia jest wartość zamówienia określona zgodnie z wymogami art. 32 ustawy PZP. Wartość zamówienia ma znaczenie jedynie dla ustalenia reguł, które obowiązują zamawiającego przy wszczęciu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia i pozostaje w luźnym związku z kwotą, którą zamawiający przeznaczają na sfinansowanie zamówienia częściowego. Nakaz sumowania wartości zamówień częściowych wynikający z art. 32 ustawy Pzp ma jedynie stanowić zabezpieczenie przed wadliwymi praktykami zaniżania wartości zamówień (poprzez dzielenie je na części) w celu pominięcia procedur wymaganych przez ustawę. Takie stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 25.10.2013 r. w sprawie KIO 2421/13 stwierdzając: „Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia, ustalana przez zamawiającego w trybie art. 32 i n. p.z.p. istotna jest dla przyjęcia zastosowania do danego zamówienia procedur przyjętych dla zamówień poniżej progów UE, powyżej tych progów, czy też procedur zastrzonych dla maksymalnych wartości progów przyjętych w p.z.p. Wartość ta niezależnie od czasu trwania postępowania jest jedna i nie podlega weryfikacji w toku tego postępowania, bez względu na zmianę sytuacji rynkowej i wyceny rynkowej danego przedmiotu zamówienia”. Zatem dla ustalenia, czy zamawiającemu służy uprawnienie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w odniesieniu do zamówienia częściowego znaczenie ma jedynie kwota podana przez niego przed otwarciem ofert. Tak też w powoływanym powyżej wyniku wypowiedziała się KIO stwierdzając: „Kwota na sfinansowanie zamówienia - zgodnie z art. 86 ust. 3 p.z.p. - podawana przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert ma służyć przede wszystkim wykonawcom jako ich zabezpieczenie przed nieuprawnionym unieważnieniem postępowania o zamówienie przez zamawiającego”. Wobec powyższego Sąd Okręgowy podziela stanowisko tak

zamawiającego Skarbu Państwa, jak i stanowisko wyrażone w zaskarżonym wyroku KIO, że w sytuacji, gdy zamawiający przeznaczył na sfinansowania zadania częściowego nr 2 kwotę 704.977,45 zł, a skarżący, jako wykonawca, złożył ofertę dotyczącą zadania częściowego nr 2 opiewającą na kwotę 882.518,61 zł, zamawiający uprawniony był do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw z art. 93 ust. 2 ustawy Pzp.". Do rozważenia pozostają zatem dwa pozostałe zarzuty skarżącego, a mianowicie, czy zamawiający ma obowiązek zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie danego zadania lub wykazania, iż środków takich nie posiada, a także zarzut nierzetelnego oszacowania przez zamawiającego wartości zadania nr 2. Co do pierwszego z zarzutów za utrwalone uznać należy w orzecznictwie stanowisko, iż zwiększenie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Takie stanowisko zajęła KIO np. w wyrokach z dnia 2.08.2013 r. w sprawach KIO 1748/13; KIO 1750/13 (system Lex przy art. 93 ustawy Pzp) stwierdzając: „Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, podana przy otwarciu ofert, nie wiąże zamawiającego w tym sensie, że nie jest to kwota, której zamawiającemu nie wolno przekroczyć. Zamawiający w toku postępowania może pozyskać dodatkowe środki i z ich pomocą sfinansować zamówienie. Taką możliwość jednoznacznie dopuszcza art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Oceny, czy posiada środki na sfinansowanie zamówienia, dokonuje sam zamawiający. Jest to jego suwerenna decyzja związana z całościową sytuacją finansową zamawiającego, o której wiedzę posiada on sam, nie zaś decyzja i ocena wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zwiększenie kwoty podanej na otwarciu ofert jest uprawnieniem zamawiającego, a nie jego obowiązkiem". Z tym poglądem zgadza się Sąd Okręgowy. Ustawa Pzp zezwala zamawiającemu na zwiększenie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, a tym samym kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia mimo zaistnienia przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 4, jednakże nie nakłada (bo i nałożyć nie może) na niego takiego obowiązku. Tym samym za bezprzedmiotowe uznać należy również zarzuty dotyczące niewykazania przez zamawiającego, iż nie jest on w stanie zwiększyć środków na sfinansowanie zadania częściowego nr 2. W tym zakresie za wystarczające uznać należy oświadczenie zamawiającego, iż nie zamierza on zwiększyć (z jakichkolwiek przyczyn) środków przewidzianych na sfinansowanie tego zadania. Za równie chybiony uznać należy zarzut nienależytego oszacowania przez zamawiającego wysokości środków koniecznych na realizację zadania nr 2, co skutkowało zaniżeniem kwoty przeznaczonej na jego sfinansowanie. Jeżeli nawet zamawiający nie oszacował rzetelnie wartości zamówienia, czy jego części, pozostaje to bez znaczenia istnienia dla uprawnienia z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Błąd zamawiającego w oszacowaniu wartości zamówienia nie może bowiem

skutkować powstaniem obowiązku zaciągnięcia zobowiązania, którego zamawiający nie jest w stanie spełnić.”.

Wobec powyższego, za niezasadne Izba uznała zarzuty kierowane przez odwołującego do zamawiającego w zakresie naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący w treści odwołania podniósł także argumentację, zgodnie z którą zawiadomienie o unieważnieniu postępowania nie zawierało żadnego dodatkowego uzasadnienia. Zdaniem odwołującego, zamawiający powinien wskazać w zawiadomieniu konkretne okoliczności, które uniemożliwiają mu zwiększenie kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

Zdaniem Izby, już samo ustalenie, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, stanowi wystarczające uzasadnienie decyzji zamawiającego. Jak wskazano powyżej, nie jest konieczne dodatkowe wykazywanie możliwości finansowych, a także brak jest jakiegokolwiek podstawy prawnej dla uznania twierdzeń odwołującego za uzasadnione. W ocenie Izby, nie jest także uprawnione stanowisko odwołującego, zgodnie z którym jeżeli w innych zadaniach zamawiający zwiększał środki, również w niniejszym zadaniu powinien je zwiększyć.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zamawiający nie we wszystkich zadaniach zwiększył środki na realizację zamówienia i dokonał czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Ponadto, ponownie należy podkreślić, że treść art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie nakłada na zamawiającego bezwzględnego obowiązku zwiększenia brakującej kwoty dofinansowania, lecz daje zamawiającemu uprawnienie do poszukiwania dodatkowych środków finansowych. Zatem okoliczność, że zamawiający w innych zadaniach zwiększał kwotę na realizację zamówienia, nie oznacza automatycznie, że zamawiający jest zobligowany do zwiększenia takiej kwoty również w zadaniu nr 17. Ponownie Izba podkreśla, że każdorazowo jest to decyzja zamawiającego, podejmowana indywidualnie wobec każdego z postępowań.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania zamawiającego w zakresie nieodrzczenia oferty złożonej przez konsorcjum BACA i nie wykluczenie tego wykonawcy z postępowania, stwierdzić należało, iż odwołujący w żaden dostępny sposób nie udowodnił, że informacje przekazane przez tego wykonawcę wprowadziły zamawiającego w błąd. Okoliczność, iż wykonawca ten (konsorcjum BACA) poprzez własne działania, do którego się przyznał pismem z dnia 11 czerwca 2018 r., iż błędnie wypełnił i załączył formularz cenowy, nie stanowi jeszcze przesłanki skutkującej wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Tym bardziej, że własny błąd wykonawca ten zasygnalizował zamawiającemu samodzielnie w sposób bezpośredni. Ponadto wskazać należy, iż w zakresie tego zarzutu odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania,

albowiem skutek rozstrzygnięcia tego zarzutu pozostaje bez wpływu na sytuację faktyczną i prawną odwołującego. Nadto, jak słusznie podniósł zamawiający „Zaistniała sytuacja faktyczna w postępowaniu, w ocenie Zamawiającego nie może być zakwalifikowana do kategorii podania nieprawdziwych informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd przy podejmowaniu decyzji w postępowaniu. W szczególności, zgodnie ze stanowiskiem SO w Katowicach wyrażonym w wyr. z 11.4.2013 r., XIX Ga 179/13, niepubl.: *„Podkreślenia wymaga, że wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji może nastąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający jest w stanie dokonać weryfikacji nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji, a także w sytuacji jednoznacznego stwierdzenia tej nieprawdziwości. Zatem dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodną z rzeczywistością w sposób niebudzący wątpliwości. Zatem pojęcie „nieprawdziwych informacji” może być odnoszone tylko i wyłącznie do składanych w postępowaniu oświadczeniu wiedzy, a nie do oświadczenia woli. W związku z powyższym, mając na uwadze, że podnoszone przez Odwołującego w tym zakresie zarzuty odnoszą się złożonych przez ww. wykonawcę oświadczeń woli, Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp nie dokonując czynności wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania.”.*

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający w sposób zgodny z zasadą wyrażoną w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, traktował wszystkich wykonawców w sposób równy i niedyskryminujący. Zamawiający transparentnie z zachowaniem przejrzystości postępowania, informował wszystkich uczestników postępowania o środkach jakie zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia w odniesieniu do każdej części zamówienia. Tym samym odwołujący miał jasny i czytelny komunikat płynący od zamawiającego, jakie wartości możliwe są do przyjęcia w zakresie cen ofertowych. Dlatego też zarzut odwołującego uznać należało za bezzasadny.

Dowody zgłoszone przez odwołującego, tj.

1. zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnieniu zadania nr 15 z dnia 29.06.2018 roku,
2. protokół z negocjacji z dnia 27.06.2018 roku, prowadzonych między zamawiającym, a odwołującym w zakresie stawek jakie mają obowiązywać w umowie zawartej na kolejne 2 miesiące,
3. umowa zawarta w dniu 29.06.2018 roku, pomiędzy zamawiającym, a odwołującym na świadczenie usług analogicznych jak w zadaniu nr 17 na kolejne 2 miesiące od 1.07 do 31.08.2018 roku,

Izba uznała za dowody nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania, albowiem dotyczą czynności zamawiającego dokonanych po decyzji

zamawiającego z dnia 14 czerwca 2018 roku, a tym samym nie mogły wpływać na czynności zamawiającego dokonane w tej dacie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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 ze zm.).

Przewodniczący: