

WYROK
z dnia 10 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2017 r. przez wykonawcę **B. S.A., (...)**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., (...)**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego B. S.A., (...) i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego B. S.A., (...) tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od Odwołującego B. S.A., (...) na rzecz Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., (...) kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. 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 PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych związanych z budową stacji W.(1)” w ramach projektu POIiŚ 5.1-13 pn.: „Prace na linii średnicowej w W. na odcinku W.(2) – W.(3).” Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 166457-2017.

Odwołujący B. S.A., wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty — oferty Odwołującego przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji, gdy zamawiający nie wykazał, że nie jest możliwe zwiększenie przez niego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie realizacji zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji, gdy zamawiający dysponuje środkami, które mógłby przeznaczyć na sfinansowanie kosztów realizacji zamówienia w oparciu o ofertę Odwołującego. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania, dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert w Postępowaniu (z dnia 14 lipca 2017 r.), Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę wynoszącą 69.000.000,00 zł netto, tj. 84.870.000,00 zł brutto. Odwołujący zaoferował Zamawiającemu wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 96.422.757,19 zł netto (tj. 118.599.991,35 zł brutto). Oferta Odwołującego przedstawiała najkorzystniejszy bilans ceny oraz pozostałych kryteriów oceny ofert. W toku badania i oceny ofert, komisja przetargowa Zamawiającego stwierdziła, że oferta Odwołującego spełnia wymagania określone w SIWZ.

Dnia 18 września 2017 r., Dyrektor Regionu Centralnego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. zatwierdził wniosek komisji przetargowej w sprawie unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Podstawą wniosku komisji przetargowej była okoliczność niepodjęcia przez zarząd Zamawiającego uchwały ws. zwiększenia kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, do ceny

najkorzystniejszej oferty (posiedzenie zarządu Zamawiającego w tej sprawie odbyło się dnia 12 września 2017 r.). W ocenie Zamawiającego koniecznym stało się unieważnienie Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Odwołujący wskazał na brak dodatkowego uzasadnienia tej decyzji.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał prostego zestawienia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia i ceny oferty, a w ślad za tym niejako automatycznie unieważnił postępowanie. Z treści Zawiadomienia nie wynika, by Zamawiający prowadził pogłębioną analizę swoich możliwości finansowych i poszukiwał możliwości pozyskania (przesunięcia) środków finansowych niezbędnych do wykonania zamówienia. Dopiero podjęcie takich działań i zakończenie ich niepowodzeniem, mogłoby uzasadniać unieważnienie niniejszego postępowania. Zdaniem Odwołującego, samo wystąpienie przez komisję przetargową do organów spółki z prośbą o wyrażenie zgody na zwiększenie środków przeznaczonych na sfinansowanie realizacji zamówienia, należy uznać za niewystarczające. Decyzja zarządu Zamawiającego co do odmowny zwiększenia środków przeznaczonych na realizację tego zamówienia miała charakter automatyczny i nie była poprzedzona oceną, czy Zamawiający posiada środki, które mógłby przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Gdyby bowiem analiza taka została przeprowadzona, wniosek musiałby być taki, że Zamawiający, wobec istotnych oszczędności uzyskiwanych dotychczas w realizowanych przez siebie zamówieniach, dysponuje dodatkowymi środkami.

W ocenie Odwołującego, brak właściwego uzasadniania decyzji o unieważnieniu postępowania skutkuje nieprawidłowością tej czynności. Zamawiający, nie wskazując żadnej okoliczności faktycznej na potwierdzenie, że przeprowadził proces badania swoich możliwości finansowych i że proces ten doprowadził do wniosków, że nie dysponuje odpowiednimi środkami finansowymi, skutkuje także i tym, że Zamawiający nie wykazał, iż w niniejszej sprawie zaszyły podstawy do unieważnienia postępowania.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający jest zobowiązany do realizacji zadania publicznego będącego przedmiotem niniejszego postępowania i w przyszłości będzie zmuszony do powtórzenia postępowania. Postępowanie obejmuje bowiem zaprojektowanie i wykonanie zamówienia, stanowiącego element większego projektu, które zostało wpisane do Krajowego Programu Kolejowego i które jest dofinansowywane ze środków pochodzących z Unii Europejskiej.

Na powiązanie zamówienia z innymi zamówieniami udzielanymi przez Zamawiającego wskazuje sam Zamawiający w pkt. 2.2 protokołu postępowania, uzasadniając brak podziału zamówienia na części. Uzasadnienie wskazuje na istotny element - czas. Przebudowana w ramach niniejszego zamówienia stacja W.(1) ma zostać oddana do użytkowania przed

rozpoczęciem robót budowlanych na linii średnicowej, a więc m. in. przed przystąpieniem do przebudowy m. in. stacji W.(2).

Zdaniem Odwołującego, jeśli postępowanie miało być unieważnione, w kolejnym postępowaniu Zamawiający by zrealizować powyżej wskazany cel będzie musiał jeszcze bardziej skrócić termin wykonania zamówienia, o ile w ogóle skrócenie takie będzie możliwe. Bardziej prawdopodobne wydaje się, że w razie unieważnienia Postępowania i konieczności powtórzenia postępowania (co zajmie ok. 6 kolejnych miesięcy) wszystkie prace będą musiały być wykonywane na linii równoległej (w tym samym czasie - vide załączony do niniejszego odwołania Harmonogram). Spowoduje to ogromne utrudnienia, przede wszystkim dla pasażerów, co z kolei może ich zniechęcić do korzystania z usług Zamawiającego. Straty z tym związane mogą przewyższyć kwotę, jaką obecnie Zamawiający musiałby dopłacić. Nie sposób oczekiwać by w kolejnym postępowaniu, wobec krótszych terminów wykonania lub większych utrudnień w realizacji związanych z wykonywaniem robót jednocześnie na kilku stacjach, jak również z uwagi na obserwowany na rynku wzrost cen, istniała szansa na uzyskanie niższych cen.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający dysponuje obecnie ogromnymi środkami na realizację zamówień — projektów ujętych w Krajowym Programie Kolejowym. W ogłoszonych dotychczas postępowaniach o udzielenie zamówień, uzyskał on istotne oszczędności względem swoich założeń (oszacowanych wartości zamówień). Prace na linii średnicowej w W. na odcinku W.(2) – W.(3) mają kosztować według Krajowego Planu Kolejowego 1 000 mln zł (tyle środków Zamawiający ma zabezpieczonych na ten cel). Na chwilę obecną Zamawiający wybrał wykonawców pierwszych dwóch zamówień uzyskując oszczędności na poziomie 13,7 mln zł. Wskazane oszczędności dotyczą tylko jednego projektu, natomiast w skali całego Programu są one dużo wyższe. W postępowaniach organizowanych przez Zamawiającego, w których termin składania ofert przypadał od stycznia 2016r. do połowy 2017r. oszczędności Zamawiającego sięgają 2689,30 mln zł (oszczędności na poziomie prawie 20%). Jeszcze większe oszczędności - oszczędności sięgające 30% - Zamawiający poczynił w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ogłaszanych w 2015r. (w przeliczeniu na kwoty daje to oszczędność rzędu ponad 4 000 mln zł).

Odwołujący zauważył, że powyższe argumenty znajdują potwierdzenie w wypowiedziach przedstawicieli Zamawiającego.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dysponuje odpowiednimi środkami by zwiększyć budżet na realizację niniejszego zamówienia i dotychczasową jego praktyką było dokonywanie takich zwiększeń.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych wymienione zostały sytuacje, w których zamawiający unieważnia postępowanie. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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.

Z powyższego wynika, że zasadą jest unieważnienie postępowania, w sytuacji, gdy cena oferty przewyższa cenę, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. Jednocześnie przepis ten zawiera wyjątek, tj. przewiduje możliwość zwiększenia przez zamawiającego kwoty, jaką przeznaczy na realizację zamówienia. Użyte w powołanym przepisie ustawy słowo „może” oznacza taką możliwość, a zatem jest to uprawnienie, nie zaś obowiązek Zamawiającego. Decyzja o ewentualnym zwiększeniu kwoty na sfinansowanie zamówienia jest suwerenną decyzją Zamawiającego.

Badanie takiej decyzji nie podlega kognicji Izby. Po pierwsze z tego względu, że żaden przepis prawa nie przyznaje Izbie kompetencji do badania możliwości finansowych Zamawiającego. Po drugie dlatego, że finanse Zamawiającego i sposób wydatkowania przez niego środków podlega regulacjom innych ustaw i to Zamawiający (nie zaś Izba) jako jednostka jest zobowiązany do podejmowania decyzji w zakresie wydatkowania środków.

Trafnie zauważył pełnomocnik Zamawiającego, że 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”.

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, a także oświadczenie Zamawiającego, że nie zamierza przeznaczyć dodatkowych środków na realizację zamówienia, stanowi wystarczające uzasadnienie decyzji Zamawiającego. Jak wskazano powyżej, nie jest konieczne dodatkowe wykazywanie możliwości finansowych lub przedstawianie dokumentacji audytowej – jak oczekuje tego Odwołujący. Brak jest jakiegokolwiek podstawy prawnej dla uznania twierdzeń Odwołującego za uzasadnione.

W ocenie Izby, nie jest także uprawnione stanowisko Odwołującego wyrażone w trakcie rozprawy, zgodnie z którym jeżeli w innych postępowaniach Zamawiający zwiększał środki, również w niniejszym postępowaniu powinien je zwiększyć.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie przytoczył przykłady postępowań, w których nie zwiększył środków na realizację zamówienia i dokonał czynności umorzenia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto, ponownie należy podkreślić, że treść art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych 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 postępowaniach zwiększał kwotę na realizację zamówienia, nie oznacza automatycznie, że Zamawiający jest zobligowany do zwiększenia takiej kwoty również w niniejszym postępowaniu. Ponownie Izba podkreśla, że każdorazowo jest to decyzja Zamawiającego, podejmowana indywidualnie wobec każdego z postępowań.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający dokonując unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie naruszył ww. przepisu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....