Sygn. akt: KIO 718/22

WYROK

z dnia 29 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca Danuta Dziubińska

Członkowie:

Emilia Garbala

Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Mag-Train Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Compremum Spółka Akcyjna z siedzibą lidera w Piasecznie, ul. Kościuszki 24B, 05-500 Piaseczno w postępowaniu prowadzonym przez „PKP Intercity" Spółka Akcyjna siedzibą w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Mag-Train Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Compremum Spółka Akcyjna z siedzibą lidera w Piasecznie, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok

w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 718/22

PKP Intercity S.A. (dalej: „Zamawiający") prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm. - dalej: „Pzp2004"), w podziale na 3 części, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie naprawy okresowej P5 z zachowaniem zasadniczych parametrów eksploatacyjnych oraz przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania 40 wagonów osobowych typu Z1A/Z1B PRM", nr referencyjny: 20/WNP-000695/3/TUT. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 242-599802.

Zamawiający 4 marca 2022 r. przekazał wykonawcom informację o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp z 2004 r. W terminie ustawowym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: MagTrain sp. z o.o. oraz Compremum S.A. (dalej wspólnie: „Odwołujący") wnieśli odwołanie wobec tej czynności w zakresie wszystkich części, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 7 i art. 93 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 9 ust. 1 Pzp2004 poprzez unieważnienie postępowania bez ziszczenia się wszystkich przesłanek materialnych, warunkujących zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp2004 oraz z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, a także zasady przejrzystości i pisemności postępowania w związku z zaniechaniem podania szczegółowego uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania, z którego to uzasadnienia wynikałoby pełne zmaterializowanie się przesłanek, warunkujących unieważnienie postępowania na ww. podstawie prawnej (możliwość zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej w postępowaniu).

Z uwagi na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przeprowadzoną oceną ofert ewentualnie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz przedstawienia szczegółowego uzasadnienia faktycznego wystąpienia przesłanek, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp2004.

Odwołujący wskazał m.in., że w uzasadnieniu unieważnienia postępowania w zakresie wszystkich 3-ech części Zamawiający wskazał jako podstawę prawną przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp2004, podając, że (...) ceny najkorzystniejszej oferty, zarówno łącznie jak i w poszczególnych częściach, przewyższają kwoty, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całego zamówienia, jak i poszczególnych jego części. Z uzasadnienia unieważnienia postępowania wynikało również, że Zamawiający przed unieważnieniem postępowania zdążył dokonać pełnej oceny ofert, przyznając poszczególnym ofertom, niepodlegającym odrzuceniu, punktację w każdej części postępowania, co znalazło swoje odzwierciedlenie w treści informacji z 4.03.2022 r.

Odwołujący przywołał przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp2004 i zaznaczył, że zdaje sobie sprawę, że to zamawiający - jako gospodarz każdego postępowania o udzielenie zamówienia - dokonuje oceny w zakresie wystąpienia przesłanek unieważnienia postępowania i na tej podstawie podejmuje decyzje. Czynność ta nie może nosić znamion decyzji arbitralnej, nie popartej ze strony Zamawiającego głęboką analizą podstaw faktycznych, uzasadniających konieczność unieważnienia postępowania. Ze względu na daleko idące skutki unieważnienia postępowania, związane z udaremnieniem pracy, wysiłków i kosztów nie tylko Zamawiającego, ale przede wszystkim wykonawców biorących udział w postępowaniu, unieważnienie postępowania powinno być traktowane jako czynność ostateczna. Wycofanie się Zamawiającego z prowadzonego postępowania na skutek jego unieważnienia jest również swego rodzaju zerwaniem przyrzeczenia publicznego, skutkującym powstaniem szkody po stronie wykonawców, którzy podjęli szereg działań i zaangażowali różnego rodzaju środki w celu pozyskania zamówienia. Dlatego też czynność

unieważnienia postępowania nie może być traktowana przez zamawiających instrumentalnie, jako narzędzie wpływu na sposób rozstrzygnięcia postępowania.

Powołując się na orzecznictwo Izby Odwołujący stwierdził, że nie jest to bowiem niczym nieograniczone uprawnienie zamawiającego i każdorazowo musi mieć swoje ścisłe uzasadnienie w obowiązujących przepisach, nadto z brzmienia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp2004 wynika konieczność kumulatywnego wystąpienia dwóch przesłanek w nim wskazanych: (i) brak wystarczających środków dla sfinansowania zamówienia oraz (ii) brak możliwości zwiększenia tych środków do ceny najkorzystniejszej oferty. Wyrażenie „nie może" nie odnosi się do woli zamawiającego (chcę/nie chcę), lecz do faktycznych i obiektywnych możliwości w zakresie dobra, jakie chce pozyskać. Aby jednak móc zweryfikować te faktyczne możliwości zwiększenia budżetu zamówienia (a zatem by móc wykazać wystąpienie drugiej przesłanki unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp2004) zamawiający obowiązany jest podjąć konkretne czynności, zmierzające do zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia. Z kolei dla zweryfikowania kwestii podjęcia przez zamawiającego ww. czynności związanych ze zwiększeniem budżetu zamówienia, istotna jest norma wyrażona w art. 93 ust. 3 pkt 2 Pzp2004, która nakazuje zamawiającym - przy dokonywaniu zawiadomienia o unieważnieniu postępowania - podać uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający nie może poprzestać na podaniu podstawy prawnej swojej decyzji i na przytoczeniu brzmienia przywołanego przepisu prawa.

Szczegółowe przytoczenie okoliczności faktycznych, które legły u podstaw decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, jest tym bardziej istotne na gruncie postępowań unieważnianych nie w oparciu o przesłanki jednoznaczne, wynikające wprost z przebiegu postępowania, lecz w oparciu o przesłanki, które wymagają subiektywnej oceny Zamawiającego. W tym zakresie można wymienić chociażby przesłankę istotnej zmiany okoliczności, powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia przestało leżeć w interesie publicznym. Jednak w ocenie Odwołującego taką przesłanką jest również kwestia możliwości zwiększenia budżetu zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wykonawcy nie dysponują w tym zakresie prawie żadnymi instrumentami kontroli, dlatego też mają oni pełne prawo - zgodnie z zasadą przejrzystości i pisemności postępowania - powziąć wiedzę, czy na gruncie danego postępowania rzeczywiście nie było możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. Powyższe potwierdza wyrok KIO z dnia 4.03.2014 r. (KIO 294/14), gdzie wskazano: Podanie spójnego i rzeczowego uzasadnienia jest szczególnie istotne, gdy podstawa unieważnienia odnosi się do okoliczności nie mających charakteru dających się wyczytać z przebiegu postępowania, jak np. brak nie podlegających odrzuceniu ofert, ale dotyka sfery, o której wyłączną wiedzę ma Zamawiający. Tymczasem na gruncie niniejszej sprawy Zamawiający ograniczył uzasadnienie swojej decyzji o unieważnieniu postępowania de facto do ustawowego brzmienia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp2004, wskazując, że unieważnia postępowanie „ze względu na okoliczność, iż ceny najkorzystniejszej oferty, zarówno łącznie, jak i w poszczególnych częściach przewyższają kwoty, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całego zamówienia, jak i poszczególnych części zamówienia". Dalej Zamawiający ograniczył się jedynie do procentowego wskazania, o ile kwoty najkorzystniejszej oferty przewyższają kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Bez żadnego wyjaśnienia pozostawił Zamawiający kwestię podjętych czynności, zmierzających do zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia. Zamawiający w treści informacji o unieważnieniu postępowania nie tylko nie wykazał, że nie może zwiększyć budżetu, ale nawet nie powołał się na ww. przesłankę. Z treści dokumentu nie wynika, by Zamawiający przeprowadził jakąkolwiek (nie mówiąc o pogłębionej) analizę swoich możliwości finansowych i podjął czynności, mające na celu znalezienie możliwości pozyskania środków finansowych niezbędnych do wykonania zamówienia, a dopiero niepowodzenie takich działań mogłoby uzasadniać unieważnienie postępowania. Wskazując na przywołane w odwołaniu orzeczenie Izby Odwołujący zauważył, że ma Wyczerpujące i szczegółowe uzasadnienie faktyczne jest szczególnie istotne przy tak doniosłej czynności jak unieważnienie postępowania nie tylko ze względu na zasadę zachowania uczciwej konkurencji, ale również ze względu na zasadę pisemności i jawności postępowania.

W ocenie Odwołującego zastosowanie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp2004 nastąpiło nie tylko wobec zupełnego pominięcia w uzasadnieniu unieważnienia postępowania kwestii, dotyczącej możliwości zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia, ale również ze względu na szereg innych okoliczności, które jego zdaniem przemawiają za tym, że zastosowanie ww. przepisu nastąpiło bez zmaterializowania się ustawowych przesłanek. W pierwszej kolejności Odwołujący podkreślił czas trwania postępowania i przeprowadzenie przez Zamawiającego czynności oceny ofert do momentu unieważnienia postępowania. Postępowanie procedowane jest od grudnia 2020 r. W tym czasie Zamawiający podejmował szereg czynności, związanych z badaniem i oceną ofert, z których można było wnioskować o realnych możliwościach zwiększenia budżetu

Zamawiającego na sfinansowanie tego zamówienia (kierowanie do wykonawców wezwań do składania/uzupełnienia dokumentów, przedłużanie terminu związania ofertą i ważności wadiów itp.). W sytuacji, kiedy środki przeznaczone na sfinansowanie zamówienia pochodzą bezpośrednio z budżetu Zamawiającego, jako samodzielnego budżetowo podmiotu, zazwyczaj już niezwłocznie po otwarciu ofert jest wiadome, czy będzie możliwe podjęcie starań o dodatkowe środki, czy też konieczne jest unieważnienie postępowania. Zazwyczaj też nie dochodzi do przyznania punktów ofertom wykonawców w sytuacji, kiedy wątpliwe jest pozyskanie dodatkowych środków. Skoro zatem Zamawiający nie tylko kontynuował postępowanie pomimo braku środków i nie tylko przystąpił do badania i oceny ofert, ale też etap ten zakończył (wskazując ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą w każdej części postępowania), to tym samym dla wykonawców, biorących udział w postępowaniu, oczywistym było, że Zamawiający ewidentnie zmierza do udzielenia zamówienia (a tym samym zdołał zwiększyć budżet na jego sfinansowanie). Takie działanie Zamawiającego utwierdziło wykonawców w przekonaniu, że jest zabezpieczona sfera finansowa postępowania, a tym samym, że ich czynności w toku postępowania odniosą zamierzone skutki prawne (zwłaszcza czynności wiążące się z wysokimi kosztami, jak utrzymanie wadium). Wobec unieważnienia postępowania po upływie prawie półtora roku od jego wszczęcia, wykonawcy mają pełne prawo wymagać od Zamawiającego szczegółowych informacji dotyczących tego, czy było możliwe zwiększenie środków na sfinansowanie zamówienia i jakie działania w tym zakresie zostały podjęte. Tylko w ten bowiem sposób wykonawcy mogą ocenić, czy wystąpiły wszystkie przesłanki warunkujące unieważnienie postępowania, czy też ze strony Zamawiającego nie doszło do nieuprawnionego wykorzystania ww. instytucji prawnej. Brak tego uzasadnienia powoduje, że Odwołujący kwestionuje możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Po drugie, zauważenia wymaga, że podana przez Zamawiającego podstawa prawna unieważnienia postępowania, dotycząca braku środków na sfinansowanie zamówienia, stoi w sprzeczności z powszechnie dostępnymi informacjami, umieszczanymi przez samego Zamawiającego na swojej stronie internetowej, a odnoszącymi się do środków, jakimi dysponuje Zamawiający na cele związane z modernizacją taboru kolejowego, a więc na cele związane z tym postępowaniem. W listopadzie 2021 r. Zamawiający informował o podpisaniu z Ministerstwem Infrastruktury nowej 10-letniej umowy dotyczącej świadczenia usług publicznych w zakresie międzywojewódzkich kolejowych przewozów pasażerskich w latach 2021-2030, co miało stanowić gwarancję dla pozyskania finansowania zewnętrznego dla dalszych inwestycji z perspektywą do 2030 r. W grudniu 2021 r. Zamawiający informował o dodatkowym wzmocnieniu sektora kolejowego dzięki znaczącemu wsparciu z Europejskiego Banku Inwestycyjnego (umowa kredytu na kwotę ok. 2 mld zł, tj. ok. 434 mln euro). Miała być to jednocześnie pierwsza część szerszego zobowiązania kredytowego na kwotę 4,5 mld zł (blisko 1 mld euro), zatwierdzonego przez Radę Dyrektorów EBI na rzecz PKP. Zamawiający podkreślił przy tym swój dobry rating finansowy, a więc szeroko rozumianą wiarygodność finansową. W styczniu 2022 r. Zamawiający podał, że zwiększył środki na nowy i modernizowany tabor o dodatkowe 8 mld złotych (z 19 do 27 mld złotych). (Dowody: komunikaty z oficjalnej strony internetowej Zamawiającego z 13.01.2022 r., 05.01.2022 r., 22.11.2021 r., 10.12.2021 r., wyciągi nr 1-5). Informacje przekazywane przez Zamawiającego wskazywały, że posiada on zabezpieczone finansowanie na planowane

inwestycje, i to inwestycje w zakresie naprawy i modernizacji taboru kolejowego, a kondycja

finansowa spółki jest na tyle dobra, że zapewnia skuteczną realizację wszelkich newralgicznych i istotnych dla interesu publicznego inwestycji w sektorze kolejowym. Za taką należy uznać również inwestycję, objętą niniejszym zamówieniem, która przedmiotowo odpowiada celowi, na które zostało pozyskane i zabezpieczone finansowanie przez Zamawiającego. Co istotne - Zamawiający nie unieważnił niniejszego postępowania ze względu na zmianę okoliczności, która miałaby powodować, że dalsze jego prowadzenie lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Wnioskować zatem można, że zamówienie pozostaje nadal istotne z punktu widzenia interesu publicznego i będzie musiało być zrealizowane. Tym samym, w świetle ww. informacji o zwiększeniu środków na inwestycje kolejowe, publikowanych na swoich stronach internetowych niezrozumiałe pozostaje, dlaczego Zamawiający zrezygnował z udzielenia zamówienia, zwłaszcza że wszystkie powyższe komunikaty zostały zamieszczone między otwarciem ofert a informacją o unieważnieniu postępowania.

W związku z powyższym Odwołujący kwestionuje, by podana przez Zamawiającego podstawa unieważnienia postępowania, dotycząca braku środków na jego sfinansowanie, znajdowała pokrycie w rzeczywistości. Informacje, które przedstawiał na swoich stronach internetowych Zamawiający, wskazują, że sektor kolejowy został finansowo istotnie wzmocniony w czasie prowadzenia niniejszego postępowania i że Zamawiający posiada odpowiednie fundusze na inwestycje kolejowe. Nawet gdyby uznać, że wsparcie finansowe, jakie Zamawiający pozyskał w ostatnim czasie na nowy i modernizowany tabor, przeznaczone ma być na inną kategorię inwestycji kolejowych, niż objęte niniejszym postępowaniem, to w świetle przywołanych wyżej informacji nie powinno budzić wątpliwości, że Zamawiający miał przynajmniej możliwość takiego rozłożenia środków (takich przesunięć

budżetowych lub wykorzystania w pełni puli budżetu przeznaczonej już na modernizację), aby móc sfinansować w pierwszej kolejności już wszczęte (a więc te wymagające możliwie najszybszej realizacji) postępowania o udzielenie zamówienia, jako te najbardziej priorytetowe (w tym inwestycję objętą niniejszym zamówieniem). Dodatkowo zauważenia wymaga, że sprzeczność powszechnie dostępnych informacji o posiadanych środkach na inwestycje kolejowe (których źródłem jest sam Zamawiający) a podaną podstawą unieważnienia postępowania tym bardziej potwierdza słuszność zarzutu, dotyczącego braku zmaterializowania się na gruncie niniejszego postępowania wszystkich przesłanek, o których

mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp2004 z jednoczesnym zaniechaniem przedstawienia przez

Zamawiającego szczegółowego uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania, z którego to uzasadnienia wynikałoby spełnienie ww. przesłanek (tj. możliwość zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej

oferty.

Odwołujący powołując się na przywołane orzeczenie Izby i podał, że celem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego udzielenie, czyli podpisanie umowy z wybranym w warunkach określonych ustawą i dokumentacją danego postępowania wykonawcą. Ustawodawca podkreśla ten cel - w zasadzie niewyartykułowaną w ustawie zasadę - zakreślając enumeratywny katalog przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które nie mogą być samodzielnie i dowolnie rozszerzane przez organizatora postępowania o udzielnie zamówienia publicznego czyli Zamawiającego. Podobne stanowisko w tej kwestii prezentuje również doktryna: (...) instytucja unieważnienia postępowania nie może być jedynie „wytrychem" używanym do zakończenia postępowania, które nie ułożyło się po myśli zamawiającego. Odwołujący podniósł dodatkowo, że równolegle do niniejszego postępowania Zamawiający prowadził znacznie większe postępowanie, obejmujące modernizację 90 wagonów osobowych (postępowanie na wykonanie naprawy okresowej na 5-tym poziomie wraz z modernizacją i przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania 90 wagonów osobowych typu 141A/111A, znak

sprawy: 19/WNP - 001957). W postępowaniu tym Zamawiający zdecydował się udzielić zamówienia wybranemu wykonawcy (H. C. Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu), chociaż w tym postępowaniu Zamawiający pierwotnie przeznaczył na sfinansowanie zamówienia środki aż o 70.294.500,00 zł mniejsze niż cena najkorzystniejszej oferty. (Dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 11.03.2022 r. (załącznik nr 8 do odwołania).

Następnie Odwołujący przedstawił porównanie ofert 40 wagonów vs 90 wagonów, podając: budżet Kontraktu -176 874 000,00 zł /424 534 500,00 zł; najkorzystniejsza oferta - 207 985 128,00 zł /494 829 000,00 zł; Różnica - 31 111 128,00 zł /70 294 500,00 zł; Ilość wagonów - 40 /90; dodatkowy koszt wagonu - 777 778,20 zł /781 050,00 zł oraz stwierdził, że w niniejszym postępowaniu we wszystkich łącznie częściach postępowania przekroczenie budżetu względem najkorzystniejszych ofert wynosiło 31 111 128,00 zł brutto. W części 1 zamówienia najkorzystniejsza oferta Odwołującego wynosiła 41.524.800,00 zł brutto, podczas gdy Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie niniejszej części 34.587.600,00 zł brutto (20,06% przekroczenia budżetu, tj. 6.937.200 zł brutto). W części 2 zamówienia najkorzystniejsza oferta Odwołującego wyniosła 132.560.298,00 zł brutto, podczas gdy Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie niniejszej części 115.607.700,00 zł brutto (14,66% przekroczenia budżetu, tj. 16.952.598,00 zł brutto). Z kolei w części 3 zamówienia najkorzystniejsza oferta Odwołującego wyniosła 33.900.030,00 zł brutto, podczas gdy Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie tej części zamówienia 26.678.700,00 zł brutto (27,07% przekroczenia budżetu, tj. 7.221.330,00 zł). Tym samym niezrozumiałe pozostają przyczyny, dla których Zamawiającemu udało się zwiększyć środki o ponad 70 mln zł w równoległym postępowaniu na modernizację 90 wagonów, natomiast nie został zwiększony budżet zamówienia na 40 wagonów o ponad 31 mln zł. Co istotne: koszt zwiększenia budżetu w przeliczeniu na 1 wagon jest porównywalny w obu postępowaniach, a nawet mniejszy w niniejszym postępowaniu. Działania Zamawiającego budzą tym większe wątpliwości, że niniejsze postępowania obejmuje 3 części, które rozpatrywane były oddzielnie, i tym samym przy brakującym budżecie w każdej części postępowania (od 14,66% do 27,07%), wystarczające dla zaniechania unieważnienia całego postępowania mogłoby się okazać unieważnienie postępowania w jednej lub dwóch częściach, przy jednoczesnym realizowaniu chociażby jednej części. Tymczasem z uzasadnienia unieważnienia postępowania nie wynika, by Zamawiający w ogóle rozważał taki scenariusz, co tym samym wzmacnia zarzut niespełnienia się przesłanek unieważnienia postępowania i zaniedbań Zamawiającego w zakresie przedstawienia pełnego uzasadnienia podjętej przez siebie czynności.

W dalszej kolejności Odwołujący zauważył, że skoro postępowanie zostało wszczęte

w grudniu 2020 r. to oznacza, że Zamawiający dokonywał ustalenia wartości szacunkowej zamówienia najpewniej w połowie 2020 r. lub nawet w pierwszym półroczu 2020 r. W związku z tym, że najprawdopodobniej kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, jest pochodną wartości szacunkowej zamówienia, oznacza to, że wartość tzw. „budżetu" jest wartością sprzed około 2 lat. Powyższe czyni niniejszą sprawę szczególną i niestandardową, albowiem tak znaczny upływ czasu oznacza, że Zamawiający, podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania, powinien był podjąć działania, które pozwolą na podjęcie takiej decyzji, która jest zgodna z interesem Zamawiającego i nie narusza dyscypliny finansów publicznych. W szczególności decyzja taka powinna uwzględniać wszystkie te czynniki, które mogą powodować, że unieważnienie postępowania może wywołać powstanie szkody wielkich rozmiarów po stronie Zamawiającego. W konsekwencji Zamawiający powinien zbadać, czy wskutek unieważnienia postępowania jest w stanie uzyskać oferty o niższej lub choćby porównywalnej cenie jak w niniejszym postępowaniu, czy wskutek unieważnienia postępowania nie stanie się tak, że nowe oferty będą ofertami znacznie droższymi. Co więcej, Zamawiający powinien był zweryfikować, czy istotne opóźnienie w remoncie taboru także nie powoduje dodatkowych strat. Inaczej rzecz ujmując, Zamawiający powinien podejmując taką decyzję przeprowadzić swoisty rachunek zysków i strat, i dopiero wtedy podjąć racjonalną i zgodną z dyscypliną finansów publicznych decyzję w zakresie możliwości pozyskania dodatkowych środków na realizację tego konkretnego zamówienia. W ocenie Odwołującego konsekwencją unieważnienia postępowania będzie to, że Zamawiający poniesie bardzo wysokie szkody, albowiem w nowym postępowaniu oferty, jakie uzyska Zamawiający, będą znacznie wyższe od tych ofert, które zostały złożone w niniejszym postępowaniu. Oczywistym jest bowiem to, że otoczenie makroekonomiczne uległo w ostatnim czasie bardzo dużym, i co najważniejsze niespotykanym od początku lat 90-tych ubiegłego wieku zmianom. Zmiany te wystąpiły zarówno w 2020 r. (od III kwartału tego roku), a także w 2021 r., a co więcej będą się nasilać w 2022 r., a wiele wskazuje na to, że także w 2023 r. i nawet 2024 r. Dodatkowo, zmiany te, choć rozpoczęły się w II kwartale 2020 r., to istotnie nasiliły się w 2021 r., a w świetle ostatnich wydarzeń geopolitycznych (wojna w Ukrainie) nabrały znacznej dynamiki w 2022 r. i należy się spodziewać kontynuacji tego trendu w dalszej części 2022 r. i 2023 r. Zmiany te dotyczą przede wszystkim niespotykanego od blisko 30 lat wzrostu cen towarów i usług (w każdej dziedzinie, w tym w zakresie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia), istotnego wzrostu kosztów pracowniczych, jak i znacznego spadku kursu złotego. Odwołujący zaznaczy, że Zamawiający ma tego świadomość, bowiem w treści komunikatu ze stycznia 2022 r. powołał się na coraz wyższe koszty prowadzenia działalności - wzrost cen energii trakcyjnej, modernizacji taboru i zapleczy technicznych - Od ostatniej aktualizacji cen biletów istotnie zwiększyły się koszty działalności spółki - pomiędzy 2014 a 2020 rokiem wzrost w tym zakresie wyniósł ponad 30% w przeliczeniu na pasażera. O ponad 140% wzrosły koszty związane z remontami taboru kolejowego oraz stacji postojowych. Znacząco wzrosły ceny energii trakcyjnej - o ok. 65% (komunikaty nr 1-5, załącznik nr 7 do odwołania). Istotne przy tym pozostaje, że największe natężenie zmian rynkowych i najwyższy wzrost cen nastąpił w związku z epidemią COVID-19, z czego pierwsze skutki były zauważalne już w drugiej połowie 2020 r., który to okres przypadał na wszczęcie postępowania. Odwołujący przedstawił swoje przypuszczenie, że Zamawiający, przy szacowaniu wartości zamówienia (a jednocześnie zabezpieczaniu środków na sfinansowanie zamówienia) nie uwzględnił wszystkich czynników, wpływających na wzrost cen w wyniku pandemii, czego efektem było niewystarczające zabezpieczenie środków. Niemniej jednak istotne pozostaje, że zmiany gospodarcze związane z pandemią zapoczątkowały tendencją wzrostową cen i przez cały czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia (do dnia złożenia niniejszego odwołania) nie wystąpiły żadne mechanizmy, które spowodowałyby skuteczne zahamowanie tej tendencji. Powyższe oznacza, że przy ewentualnym ponownym przeprowadzeniu postępowania przez Zamawiającego, a takie założenie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia, wymagającym pilnych działań Zamawiającego zgodnie z interesem publicznym, nie będzie możliwe uzyskanie ofert choćby zbliżonych cenowo do poziomu z marca 2021 r., kiedy nastąpiło otwarcie ofert. Odmienne prognozowanie zdaniem Odwołującego byłoby nieracjonalne, wręcz oderwane od rzeczywistości i całkowicie sprzeczne ze wskaźnikami makroekonomicznymi, które są efektem nie tylko epidemii COVID, ale również aktualnej sytuacji w Ukrainie począwszy od 24.02.2022 r. Odwołujący wskazał również na rekordowy wzrost wskaźnika inflacji w bieżącym roku, stwierdzając zgodnie z informacjami GUS, że o ile w marcu 2021 r. wskaźnik wzrostu cen towarów i usług (rok do roku) wyniósł 3,2% w porównaniu z analogicznym miesiącem roku poprzedniego, o tyle w styczniu 2022 r. ceny towarów i usług wzrosły (r/r) już o 9,2% w porównaniu z analogicznym miesiącem roku ubiegłego. Był to najwyższy wzrost cen od listopada 2000 r., a prognozy wskazują, że spodziewany szczyt inflacyjny ma nastąpić w maju/czerwcu 2022 r. z jednoczesnym utrzymaniem się bardzo wysokiego wskaźnika inflacji, aż do roku 2023. (Dowód: załącznik graficzny rys. 1 i rys. 2). Powyższe oznacza, że w okresie od marca 2021 r. do ostatniego III 2022 r. (najwcześniejszy możliwy okres składania ofert w powtórzonym zamówieniu) inflacja może wynieść nawet ok. 15%, a może nawet więcej wskutek wojny w Ukrainie). Dodatkowo jeżeli weźmie się pod uwagę okres od II kw. 2020 r. (czyli okresu, w którym nastąpiło ustalenie wartości szacunkowej zamówienia) do III kwartału 2022 r. wzrost tego wskaźnika wyznacza dwucyfrowa liczba (ok. 11%). To pokazuje skalę zmian w tym zakresie. Kolejnym

elementem jest znaczny wzrost kosztów płacy. W bieżącym roku minimalne wynagrodzenie za pracę zostało podniesione do kwoty 3.010,00 zł brutto. Łącznie zatem przy minimalnym wynagrodzeniu za pracę, całkowity koszt pracodawcy wyniesie 3.626,46 zł. Oznacza to wzrost ww. kosztów o 253,00 zł w porównaniu z rokiem ubiegłym. (Dowód: załącznik graficzny rys. 3 i rys. 4). Duże znaczenie ma także wzrost kursów strategicznych gospodarczo walut: euro i dolara na przestrzeni ostatniego roku, co obrazują wykresy zamieszczone w zestawieniu tabelarycznym stanowiącym załącznik do niniejszego odwołania. (Dowód: załącznik graficzny (rys. 5 i rys. 6). Powyższe zmiany kursów spowodowały stale pogłębiający się spadek wartości złotego (rekordowy w historii ostatnich 20 lat), co w sposób oczywisty ma wpływ na przyjęte wskaźniki kosztotwórcze dla wyceny zamówienia, albowiem wykonawcy dla jego realizacji muszą również korzystać z towarów nabywanych w walutach obcych. Ponadto spadek wartości złotego ma bardzo istotne znaczenie dla wzrostu cen paliw, a także energii i gazu. Nie bez znaczenia są także dodatkowe obciążenia fiskalne przedsiębiorców i pracodawców, związanych z wprowadzeniem Polskiego Ładu. Wszystkie powyższe elementy w sposób istotny mają wpływ na kalkulację oferty cenowej dla niniejszego zamówienia, jednak najważniejsze dla prawidłowego skalkulowania oferty są wzrosty cen konkretnych elementów kosztotwórczych dla realizacji zamówienia, a w szczególności takich jak: transportu, paliwa, surowców i materiałów. Dla zobrazowania powyższego Odwołujący zamieścił w formie tabelarycznej wykaz najistotniejszych materiałów i surowców, niezbędnych w zakresie realizacji zamówienia w części 1 i 2 (wagony typu Z1A oraz Z1B) wraz z informacją o wzroście ich cen względem 2021 r. (Dowód: zestawienie tabelaryczne), stwierdzając, że analiza informacji zawartych w załączonych tabelach pokazuje, że względem roku 2021 ceny niezbędnych podzespołów do realizacji zamówienia wzrosły ok. 16%, natomiast ceny surowców (mające oczywisty wpływ na przyjęte wskaźniki cenotwórcze) począwszy od listopada 2020 r. w niektórych przypadkach wzrosły nawet o ponad 583% (węgiel). Istotny jest również wzrost

cen ropy (ponad 220%), benzyny (ponad 215%), stali (ponad 35%). Tym samym oczywistym

pozostaje, że kolejne przeprowadzenie postępowania przez Zamawiającego (w perspektywie najbliższych lat) wiązać się będzie z koniecznością zabezpieczenia znacznie wyższego budżetu na sfinansowanie zamówienia, aniżeli dotychczas. Nie bez znaczenia przy tym pozostają również istotne koszty po stronie Zamawiającego, związane z odwlekaniem w czasie realizacji zamówienia, objętego zamówieniem, w tym koszty przechowania podlegających naprawie wagonów, ich dalszej degradacji.

W ocenie Odwołującego zaniechanie realizacji zamówienia jest niezrozumiałe również z tego powodu, że w rzeczywistości pocovidowej (z uwzględnieniem aktualnej politycznej) należy spodziewać się wzmożenia ruchu kolejowego i zapotrzebowania społecznego w tym zakresie. Istnieje zatem społeczna potrzeba sprawnego i zmodernizowanego transportu. Biorąc pod uwagę powyższe, za sprzeczną z zasadami oszczędnego, celowego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych uznać należy sytuację, w której: istnieje podyktowana interesem publicznym potrzeba realizacji niniejszego zamówienia, Zamawiający dysponuje ofertą cenową Odwołującego, uznaną w niniejszym postępowaniu za najkorzystniejszą, skalkulowaną w oparciu o wskaźniki makroekonomiczne obowiązujące sprzed roku, czyli sprzed okresu największego wzrostu cenowego, Zamawiający deklaruje dysponowanie największymi w historii kolejnictwa funduszami z przeznaczeniem na remont i modernizację taboru kolejowego, Zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp2004 ze względu na brak środków bez podania jakichkolwiek informacji o możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, jednocześnie Zamawiający nie wskazuje w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, by przestała leżeć w interesie publicznym potrzeba realizacji zamówienia, co oznacza świadomą rezygnację Zamawiającego z zamówienia przy przyjęciu oferty skalkulowanej po możliwie najniższym poziomie cenowym, który to poziom nie jest w stanie się powtórzyć w przypadku ponownego przeprowadzenia postępowania.

Zdaniem Odwołującego opisane wyżej okoliczności powodują zupełną dezorientację wykonawców, co do celowości i racjonalności działań Zamawiającego, przede wszystkim zaś wywołują zastrzeżenia, co do zmaterializowania się faktycznych przesłanek, warunkujących zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp2004. Brak szczegółowego uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania jedynie potęguje wątpliwości, czy instytucja ta rzeczywiście była na gruncie niniejszego postępowania tą „ostatecznością”, względem której Zamawiający podjął wszelkie możliwe środki zapobiegawcze, czy też została ona wykorzystana instrumentalnie przez Zamawiającego jako środek wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 17 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania lub konkursu. Poza konsekwencjami

związanymi z naruszeniem dyscypliny finansów publicznych (z zakazem pełnienia funkcji związanej z dysponowaniem środkami publicznym) odrębną kwestią są ewentualne konsekwencje prawnokarne z tytułu działania na szkodę spółki, na co mogą wskazywać nielogiczne, niekonsekwentne i nieracjonalne działania, podjęte przez Zamawiającego w postępowaniu. Zadośćuczynienie przez Zamawiającego swoim obowiązkom informacyjnym na gruncie niniejszego postępowania powinno być egzekwowane tym bardziej, że Zamawiający prowadził to postępowanie przez prawie półtora roku, a wykonawcy ponieśli z tego tytułu bardzo wysokie koszty chociażby związane z zabezpieczeniem wadium (w przypadku Odwołującego łącznie 73.361,14 zł). Składając ofertę w niniejszym postępowaniu, Odwołujący zagwarantował sobie stałość cen materiałów, zespołów i podzespołów kolejowych oraz usług niezbędnych do wykonania modernizacji. Jest to efekt wieloletniej współpracy z kontrahentami i wynegocjowania odpowiednich porozumień. Dlatego też Odwołujący nadal posiada możliwość wykonania zadania publicznego na warunkach wynikających ze złożonej oferty. Co istotne jednak nie będzie to możliwe w nowym postępowaniu, albowiem oferty, które posiada Odwołujący, wygasną wraz z ostatecznym unieważnieniem tego postępowania.

Na koniec Odwołujący zwrócił uwagę na element ryzyka wykonawców i ich wycenę w ofertach. Aktualna sytuacja geopolityczna powoduje, że po stronie wykonawców pojawia się coraz więcej ryzyk (np. dalszego i trudno „wycenialnego" wzrostu cen surowców, przerwania łańcucha dostaw, zmian kursowych walut). W nowym postępowaniu wykonawcy te ryzyka najpewniej wycenią na wysokim poziomie, co dodatkowo istotnie zwiększy ceny ofertowe. Tym samym zarówno po stronie Odwołującego, jak i Zamawiającego, powstaną korzyści w przypadku udzielenia temu pierwszemu zamówienia. Odwołujący osiągnie bowiem zysk na godziwym poziomie (choć niższym niż pierwotnie zakładał), natomiast Zamawiający zaoszczędzi znaczne środki, które musiałby zabezpieczyć i przeznaczyć na sfinansowanie kolejnego zamówienia. Oferty skalkulowane z uwzględnieniem aktualnych wskaźników makroekonomicznych mogą być nawet o kilkadziesiąt procent wyższe od poziomu cenowego ofert złożonych w niniejszym postępowaniu.

Do odwołania zostały załączone wskazane w jego treści: komunikaty Zamawiającego (1-5), informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 11.03.2022 r., załącznik graficzny, zestawienie tabelaryczne.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., że Odwołujący nieprawidłowo interpretuje przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Powołując się na przywołane orzecznictwo Zamawiający stwierdził, że użyte w nim sformułowanie „chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty" oznacza, że zamawiający może nie unieważniać postępowania mimo ziszczenia się przesłanki „cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia", jeśli może zwiększyć środki finansowe na to konkretne zamówienie. Nie oznacza natomiast, jak chciałby tego Odwołujący, że zamawiający mają obowiązek poszukiwania środków finansowych na pokrycie różnicy między ceną oferty, a środkami przeznaczonymi na realizację zamówienia. „Może" oznacza możliwość, a nie obowiązek. Wobec powyższego, zarzut Odwołującego, że Zamawiający nie wykazał braku możliwości zwiększenia budżetu przeznaczonego na niniejsze zamówienie, jest nieuzasadniony, a wynika z nadinterpretacji przesłanki unieważnienia z art. 93 ust. 1 pkt 4

Pzp2004.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących wadliwości uzasadnienia unieważnienia postępowania, Zamawiający stwierdził m.in., że nie miał obowiązku ujawniania przed wykonawcami swojej sytuacji finansowej. Materiały marketingowe spółki PKP Intercity S.A. same w sobie nie świadczą o tym, że Zamawiający powinien był zwiększyć budżet akurat tego zamówienia. Brak uzasadnienia sytuacji finansowej Zamawiającego (gdyż do tego sprowadzałoby się tłumaczenie „niemożliwości" zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia) nie jest naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Nawet jeśliby był (czysto formalnie), to nie miałby wpływu na wynik postępowania, gdyż wykonawcy nie mieliby możliwości oceny tego uzasadnienia. Trudno bowiem wyobrazić sobie, że wykonawcy kwestionują brak prób uzyskania dodatkowych środków pieniężnych np. z kredytu albo wskazują, że zamawiający powinien zrezygnować z innego zamówienia.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący upatruje nierównego traktowania wykonawców w tym, że Zamawiający zwiększył budżet w postępowaniu na „Wykonanie naprawy okresowej na 5-tym poziomie wraz z modernizacją i przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania 90 wagonów osobowych typu 141A/111A, znak sprawy: 19/WNP - 001957", na

dowód czego załączył informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu na 90 wagonów z dnia 14.03.2022 r., gdy tymczasem informację o unieważnieniu niniejszego postępowania opublikował w dniu 04.03.2022 r. Zamawiający wskazuje, że proces decyzyjny przy zawieraniu umów tej wielkości, jest w spółce PKP Intercity S.A. dość złożony i długotrwały, zwłaszcza w przypadku przekroczenia pierwotnego budżetu zamówienia. Jest tak dlatego, że Statut Spółki wymaga zgody Walnego Zgromadzenia Spółki, poprzedzonej opinią Rady Nadzorczej i uchwałą Zarządu w przypadku zaciągania zobowiązania o wartości równej lub przekraczającej kwotę 20 mln zł. W postępowaniu na 90 wagonów Zarząd Spółki podjął uchwałę o zwiększeniu wartości zobowiązania oraz o wystąpieniu po zgodę do Walnego Zgromadzenia i Rady Nadzorczej w dniu 17.02.2022 r. Zamawiający przedstawił kalendarium zgód korporacyjnych, z którego wynika, że w niniejszym postępowaniu Zarząd Spółki 03.03.2022 r., a więc już po podjęciu uchwały o dofinansowaniu zamówienia na 90 wagonów, podjął decyzję o unieważnieniu postępowania na 40 wagonów. Zdaniem Zamawiającego to, że organy korporacyjne Spółki podjęły decyzję o wydatkowaniu dodatkowych 70 mln zł nie jest argumentem przemawiającym za wydatkowaniem również dodatkowych 31 mln w tym samym czasie, gdyż łącznie Spółka musiałaby dołożyć 101 mln zł. A zatem, ten argument wspiera racjonalność decyzji o unieważnieniu kolejnego dużego postępowania z powodu przekroczenia budżetu, a nie jej zaprzecza. Na marginesie

Zamawiający wskazał na dość istotną różnicę w przedmiocie obydwu porównywanych postępowań. Podczas gdy zamówienie na 90 wagonów swoim zakresem obejmuje „naprawę P5 wraz z modernizacją", postępowanie na 40 wagonów ma w zakresie „naprawę P5 z zachowaniem zasadniczych parametrów eksploatacyjnych". Różnica jest taka, że modernizacja wymaga przejścia całego procesu homologacyjnego, jak dla nowo produkowanych wagonów, a zachowanie zasadniczych parametrów eksploatacyjnych pozwala na ograniczenie tego procesu do badania zgodności z typem wagonu, który posiada już dokument uprawniający do eksploatacji po sieci kolejowej. Stąd zrozumiałe jest, że zamówienie dotyczące 40 wagonów jest mniej kosztowne niż zamówienie dotyczące 90 wagonów.

Ustosunkowując się do zarzutów dotyczących naruszenia przepisów o dyscyplinie finansów publicznych/ niegospodarności Zamawiający podał, że nie jest jednostką sektora finansów publicznych, tylko spółką prawa handlowego prowadzącą działalność sektorową, której jedynym udziałowcem jest PKP S.A. - spółka Skarbu Państwa. Spółka otrzymuje również dotację z budżetu państwa na realizację 10-letniej umowy tzw. PSC, na świadczenie usług publicznych w zakresie międzywojewódzkich kolejowych przewozów pasażerskich. Chodzi o dotowanie połączeń kolejowych, które w normalnych warunkach rynkowych byłyby dla przewoźnika nierentowne. Zamawiający wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem właściwym do rozpatrywania zarzutów dotyczących naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Nadto trudno postawić taki zarzut, gdy Zamawiający działa w zgodzie z przepisami ustawy Pzp.

Odnośnie kosztów, które Odwołujący poniósł na utrzymywanie wadium w czasie całego postępowania, które od złożenia oferty (gdyż wtedy ponosi się koszty wadium) do momentu informacji o wyniku postępowania trwało około 1 roku, Zamawiający wskazał, że ocena ofert była w tym postępowaniu dość skomplikowana, gdyż najpierw dokonywano oceny wykonawcy oferującego niższą cenę w cz. 1 i 3, niż Odwołujący, a mianowicie MR Train S.A. Ocena jego oferty wymagała wymiany pism z innymi zamawiającymi, w tym zagranicznymi. Cena oferty tego wykonawcy była około 3 mln (cz. 1) i 2,8 mln (cz. 3) niższa niż cena oferty Odwołującego w tych częściach. Zamawiający wskazał również, że nie przewiduje zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, w tym zwrotu kosztów poniesionych z tytułu nabycia kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast zgodnie z 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r.,

dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021

r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 do postępowania odwoławczego zastosowanie mają przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej „ustawą Pzp2019".

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania.

Uzasadniając interes prawny we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że z uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania wynika, że Zamawiający dokonał oceny ofert i uznał ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą w każdej części postępowania. Tym samym wskutek unieważnienia postępowania, Odwołujący został pozbawiony możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Uwzględnienie odwołania spowoduje, że Odwołujący będzie miał realną szansę pozyskania niniejszego zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp2019. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem przedmiotowego zamówienia. W tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania miałby szansę uzyskać zamówienie i osiągnąć korzyści z tym związane.

Izba ustaliła, co następuje:

Postępowanie zostało podzielone na 3 części:

Część nr 1: wykonanie naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania z zachowaniem zasadniczych parametrów eksploatacyjnych oraz przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania 8 wagonów osobowych typu Z1A,

Część nr 2: wykonanie naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania z zachowaniem zasadniczych parametrów eksploatacyjnych oraz przeglądu na 3cim poziomie utrzymania 26 wagonów typu Z1B,

Część nr 3: wykonanie naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania z zachowaniem zasadniczych parametrów eksploatacyjnych oraz przeglądu na 3cim poziomie utrzymania 6 wagonów typu Z1B przystosowanych do przewozu osób niepełnosprawnych.

Jak wynika z protokołu postępowania wartość zamówienia została ustalona 2 grudnia 2020 r. na podstawie dotychczasowych zamówień realizowanych na zlecenie Zamawiającego, a także rozeznania rynku napraw taboru kolejowego. Szacunkowa wartość zamówienia wynosi netto 143 800 000,00 zł, co stanowi równowartość kwoty 33 682 336,68 euro wyliczonej zgodnie z kursem ogłoszonym w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 18 grudnia 2019 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro, stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych. Wartość szacunkowa: części nr 1 wynosi netto 28 120 000,00 zł, co stanowi równowartość 6 586 559,86 euro, części nr 2 wynosi netto 93 990 000,00 zł, co stanowi równowartość 22 015 318,67 euro, zaś części nr 3 wynosi netto

21 690 000,00 zł, co stanowi równowartość 5 080 458, 15 euro.

Zamawiający pismem z 4 marca 2022 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania. W piśmie tym Zamawiający wskazał, że działa na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) i stwierdził, że unieważnia postępowanie, w zakresie części nr 1, nr 2 i nr 3, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ze względu na okoliczność, iż ceny najkorzystniejszej oferty, zarówno łącznie, jak i w poszczególnych częściach przewyższają kwoty, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całego zamówienia, jak i poszczególnych części zamówienia. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał: „Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz treścią ogłoszenia o zamówieniu, kryteriami jakimi kierował się Zamawiający przy wyborze oferty najkorzystniejszej we wszystkich trzech częściach były:

1) cena za wykonanie przedmiotu zamówienia - waga kryterium 80 pkt,

2) okres gwarancji i rękojmi za wykonaną usługę - waga kryterium 10 pkt,

3) termin wykonania naprawy z zachowaniem zasadniczych parametrów jednego wagonu - waga kryterium 10 pkt.

W części nr 1, złożone zostały trzy oferty niepodlegające odrzuceniu, których ocena kształtuje się następująco:

1) oferta H. C. - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., ul. 28 Czerwca 1956 r., 223/229, 61-485 Poznań:

a) punkty przyznane w kryterium ceny za realizację przedmiotu zamówienia - 69,77 pkt,

b) punkty przyznane w kryterium okres gwarancji i rękojmi za wykonaną usługę - 9,49 pkt,

c) punkty przyznane w kryterium termin wykonania naprawy z zachowaniem zasadniczych parametrów jednego wagonu - 10,00 pkt,

- łączna liczba przyznanych punktów - 89,25 pkt.

2) oferta konsorcjum firm: Mag-Train Sp. z o. o., ul. Kościuszki 24B, 05-500 Piaseczno - lider konsorcjum oraz COMPREMIUM S.A. (przed zmianą nazwy POZBUD S.A.), ul. Gryfińska 1, 60-192 Poznań - partner konsorcjum:

a) punkty przyznane w kryterium ceny za realizację przedmiotu zamówienia - 80,00 pkt,

b) punkty przyznane w kryterium okres gwarancji i rękojmi za wykonaną usługę - 10,00 pkt,

c) punkty przyznane w kryterium termin wykonania naprawy z zachowaniem zasadniczych parametrów jednego wagonu - 8,57 pkt,

- łączna liczba przyznanych punktów - 98,57 pkt.

3) oferta konsorcjum firm: Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki" Spółka Akcyjna, ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki - lider konsorcjum oraz Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz - partner konsorcjum:

a) punkty przyznane w kryterium ceny za realizację przedmiotu zamówienia - 61,42 pkt,

b) punkty przyznane w kryterium okres gwarancji i rękojmi za wykonaną usługę - 9,23 pkt,

c) punkty przyznane w kryterium termin wykonania naprawy z zachowaniem zasadniczych parametrów jednego wagonu - 8,57 pkt,

- łączna liczba przyznanych punktów - 79,22 pkt.

Jak wynika z powyższych danych oferta złożona przez konsorcjum firm: Mag-Train Sp. z o. o., ul. Kościuszki 24B, 05-500 Piaseczno - lider konsorcjum oraz COMPREMIUM S.A. (przed zmianą nazwy POZBUD S.A.), ul. Gryfińska 1, 60-192 Poznań - partner konsorcjum, otrzymała w części 1 najwyższą liczbę punktów, a tym samym uznana została w tej części za ofertę za najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 lit. a ustawy Pzp.

Zaproponowana przez Wykonawcę kwota za realizację usługi opiewa na wartość brutto 41 524 800,00 zł, netto 33 760 000,00 zł i nie mieści się w kwocie jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie części 1 zamówienia, wynoszącej brutto 34 587 600,00 zł, netto 28 120 000,00 zł. Przekroczenie w stosunku do zaplanowanej do wydatkowania kwoty na ten cel wynosi 20,06%, tj. brutto 6 937 200,00 zł, netto 5 640 000,00 zł. Mając na uwadze fakt, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na

sfinansowanie zamówienia, postępowanie w części 1 podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W części nr 2, złożone zostały trzy oferty niepodlegające odrzuceniu, których ocena kształtuje się następująco:

1) oferta H. C. - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., ul. 28 Czerwca 1956 r., 223/229, 61-485 Poznań:

a) punkty przyznane w kryterium ceny za realizację przedmiotu zamówienia - 73,87 pkt,

b) punkty przyznane w kryterium okres gwarancji i rękojmi za wykonaną usługę - 9,49 pkt,

c) punkty przyznane w kryterium termin wykonania naprawy z zachowaniem zasadniczych parametrów jednego wagonu - 10,00 pkt,

- łączna liczba przyznanych punktów - 93,36 pkt.

2) oferta konsorcjum firm: Mag-Train Sp. z o. o., ul. Kościuszki 24B, 05-500 Piaseczno - lider konsorcjum oraz COMPREMIUM S.A. (przed zmianą nazwy POZBUD S.A.), ul. Gryfińska 1, 60-192 Poznań - partner konsorcjum:

a) punkty przyznane w kryterium ceny za realizację przedmiotu zamówienia - 80,00 pkt,

b) punkty przyznane w kryterium okres gwarancji i rękojmi za wykonaną usługę - 10,00 pkt,

c) punkty przyznane w kryterium termin wykonania naprawy z zachowaniem zasadniczych parametrów jednego wagonu - 8,57 pkt,

- łączna liczba przyznanych punktów - 98,57 pkt.

3) oferta konsorcjum firm: Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki" Spółka Akcyjna, ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki - lider konsorcjum oraz Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz - partner konsorcjum:

a) punkty przyznane w kryterium ceny za realizację przedmiotu zamówienia - 69,44 pkt,

b) punkty przyznane w kryterium okres gwarancji i rękojmi za wykonaną usługę - 9,23 pkt,

c) punkty przyznane w kryterium termin wykonania naprawy z zachowaniem zasadniczych parametrów jednego wagonu - 8,57 pkt,

- łączna liczba przyznanych punktów - 87,24 pkt.

Jak wynika z powyższych danych oferta złożona przez konsorcjum firm: Mag-Train Sp. z o. o., ul. Kościuszki 24B, 05-500 Piaseczno - lider konsorcjum oraz COMPREMIUM S.A. (przed zmianą nazwy POZBUD S.A.), ul. Gryfińska 1, 60-192 Poznań - partner konsorcjum, otrzymała w części 2 najwyższą liczbę punktów, a tym samym uznana została w tej części za ofertę za najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 lit. a ustawy Pzp.

Zaproponowana przez Wykonawcę kwota za realizację usługi opiewa na wartość brutto 132 560 298,00 zł, netto 107 772 600,00 zł i nie mieści się w kwocie jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie części 2 zamówienia, wynoszącej brutto 115 607 700,00 zł, netto 93 990 000,00 zł. Przekroczenie w stosunku do zaplanowanej do wydatkowania kwoty na ten cel wynosi 14,66%, tj. brutto 16 952 598,00 zł, netto 13 782 600,00 zł. Mając na uwadze fakt, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, postępowanie w części 2 podlega unieważnieniu

na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W części nr 3, złożone zostały dwie oferty niepodlegające odrzuceniu, których ocena kształtuje się następująco:

1) oferta konsorcjum firm: Mag-Train Sp. z o. o., ul. Kościuszki 24B, 05-500 Piaseczno - lider konsorcjum oraz COMPREMIUM S.A. (przed zmianą nazwy POZBUD S.A.), ul. Gryfińska 1, 60-192 Poznań - partner konsorcjum:

a) punkty przyznane w kryterium ceny za realizację przedmiotu zamówienia - 80,00 pkt,

b) punkty przyznane w kryterium okres gwarancji i rękojmi za wykonaną usługę - 10,00 pkt,

c) punkty przyznane w kryterium termin wykonania naprawy z zachowaniem zasadniczych parametrów jednego wagonu - 10,00 pkt,

- łączna liczba przyznanych punktów - 100,00 pkt.

2) oferta konsorcjum firm: Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki" Spółka Akcyjna, ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki - lider konsorcjum oraz Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz - partner konsorcjum:

a) punkty przyznane w kryterium ceny za realizację przedmiotu zamówienia - 62,58 pkt,

b) punkty przyznane w kryterium okres gwarancji i rękojmi za wykonaną usługę - 9,23 pkt,

c) punkty przyznane w kryterium termin wykonania naprawy z zachowaniem zasadniczych parametrów jednego wagonu - 10,00 pkt,

- łączna liczba przyznanych punktów - 81,81 pkt.

Jak wynika z powyższych danych oferta złożona przez konsorcjum firm: Mag-Train Sp. z o.

o., ul. Kościuszki 24B, 05-500 Piaseczno - lider konsorcjum oraz COMPREMIUM S.A. (przed zmianą nazwy POZBUD S.A.), ul. Gryfińska 1, 60-192 Poznań - partner konsorcjum, otrzymała w części 3 najwyższą liczbę punktów, a tym samym uznana została w tej części za ofertę za najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 lit. a ustawy Pzp.

Zaproponowana przez Wykonawcę kwota za realizację usługi opiewa na wartość brutto 33 900 030,00 zł, netto 27 561 000,00 zł i nie mieści się w kwocie jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie części 3 zamówienia, wynoszącej brutto 26 678 700,00 zł, netto 21 690 000,00 zł. Przekroczenie w stosunku do zaplanowanej do wydatkowania kwoty na ten cel wynosi 27,07%, tj. brutto 7 221 330,00 zł, netto 5 871 000,00 zł. Mając na uwadze fakt, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, postępowanie w części 3 podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp."

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których, Izba orzeka.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp2004 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.

Przepis ten przewiduje jedną z przesłanek unieważnienia postępowania, tj. nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty

lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednocześnie wynika z niego, że w sytuacji, gdy zamawiający ma możliwość zwiększenia tej kwoty, nie jest zmuszony do unieważnienia postępowania.

W analizowanym postępowaniu nie jest sporne, że ceny ofert Odwołującego, które zostały wybrane jako najkorzystniejsze w każdej z trzech części postępowania, przewyższają kwoty, które Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Spór dotyczy natomiast sposobu rozumienia użytego w tym przepisie sformułowania: „chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty" oraz zakresu koniecznego w omawianym przypadku uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania.

W ocenie Izby fragment ww. przepisu w brzmieniu: „chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty" umożliwia odstępstwo od kategorycznego nakazu, jaki wynika z poprzedzającego go sformułowania, obligującego zamawiającego do unieważnienia postępowania. Należy go interpretować jako uprawnienie zamawiającego. Oznacza to, że to do zamawiającego należy ocena jego ewentualnych możliwości zwiększenia środków finansowych na dany cel, a decyzja w tym zakresie zależy od swobodnego uznania zamawiającego.

Z ww. przepisu nie wynika, aby zamawiający był zobowiązany do poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na jego sfinansowanie, o której zgodnie z przepisami ustawy poinformował wykonawców.

W konsekwencji należy uznać, że Zamawiający nie jest zobowiązany do wykazywania podejmowania działań w celu pozyskania dodatkowych środków i powodów braku skuteczności takich poszukiwań, zaś wykonawcy nie mają roszczenia o zawarcie umowy, w sytuacji, gdy ceny ich ofert przewyższają kwoty przeznaczone przez zamawiającego na realizację zamówienia.

Przedstawiona powyżej treść uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania zawiera szczegółowe informacje o okolicznościach wskazujących na to, że cena najkorzystniejszych ofert złożonych przez Odwołującego w każdej z trzech części postępowania znacząco przekracza kwoty, jakie Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. Z uzasadnienia wynika, że w pierwszej z części, w której Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie kwotę 34 587 600,00 zł, cena oferty Odwołującego wynosi 41 524 800,00 zł, co oznacza przekroczenie budżetu Zamawiającego na ten cel o 6 937 200,00 zł (20,06%). W drugiej części, w której Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie kwotę 115 607 700,00 zł, cena oferty Odwołującego wynosi 132 560 298,00 zł, co oznacza przekroczenie budżetu Zamawiającego na ten cel o 16 952 598,00 zł (14,66%%). Z kolei w trzeciej części w której Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie kwotę 26 678 700,00 zł, cena oferty Odwołującego wynosi 33 900 030,00 zł, co oznacza przekroczenie budżetu Zamawiającego na ten cel o 7 221 330,00 zł (o 27,07%).

Wielkości podane w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania nie są kwestionowane przez Odwołującego, jak też to, że aby udzielić zamówienia, Zamawiający musiałby zwiększyć budżet na ten cel o kwotę ponad 31 mln zł, zaś w przypadku jednej z trzech części zamówienia, musiałby przeznaczyć na to dodatkowe ok. 6-7 mln zł.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej uzasadnienia unieważnienia postępowania dokonanego przez Zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004, zauważenia wymaga, że istotnie nie zawiera ono wyraźnie zwerbalizowanych informacji dotyczących braku możliwości zwiększenia budżetu do wysokości cen wynikających z ofert Odwołującego, jednak nie oznacza to, że wykonawcy nie pozyskali wiedzy o powodach unieważnienia postępowania.

W okolicznościach analizowanej sprawy dodanie zdania o braku możliwości przeznaczenia większych środków na ten cel nie zmieniłoby przedstawionego w uzasadnieniu stanu rzeczy. Uzasadnienie zawiera bowiem m.in. porównanie cen ofert Odwołującego w poszczególnych częściach zamówienia oraz przewidzianych przez Zamawiającego na ten cel środków, a także wyliczenie różnic pomiędzy tymi wielkościami i wskazanie ich procentowego wymiaru. Wykonawcy mogli zatem dowiedzieć się, co zdecydowało o unieważnieniu postępowania.

Jak wyżej wskazano, zwiększenie budżetu na realizację zamówienia zależy od swobodnej decyzji Zamawiającego. Jest zrozumiałe, że gdyby Zamawiający miał taką

możliwość i chciał z niej skorzystać, to nie podejmowałby czynności unieważnienia postępowania. Nie ma podstaw, aby Odwołujący skutecznie mógł się domagać wykazywania przez Zamawiającego, jak się przedstawia jego sytuacja finansowa i dlaczego podejmuje określone decyzje biznesowe. W związku z tym oczekiwanie Odwołującego, że Zamawiający będzie udowadniał, że jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków na realizację przedmiotowego zamówienia nie jest zatem uzasadnione.

Z tych względów podnoszony przez Odwołującego zarzut, że w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania Zamawiający nie zawarł stwierdzenia, że nie może zwiększyć budżetu na ten cel, jak też nie przedstawił uzasadnienia, dlaczego nie ma takiej możliwości, nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie można również zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, przedstawionym w odwołaniu, dotyczącym długotrwałego procedowania i jego wpływu na ocenę w zakresie wypełnienia się przesłanki unieważnienia postępowania.

To, że Zamawiający podejmował w postępowaniu czynności związane z badaniem i oceną ofert, nie oznacza, że nie wypełniła się ww. przesłanka unieważnienia postępowania. Jak wyżej wskazano postępowanie podlega unieważnieniu, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co wskazuje, że czynność unieważnienia następuje dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Taki wybór powinien być zatem dokonany.

Za nieuzasadnione należy uznać także stanowisko Odwołującego dotyczące faktycznych możliwości Zamawiającego zwiększenia środków na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że materiały marketingowe spółki PKP Intercity S.A. same w sobie nie świadczą o tym, że powinien był zwiększyć budżet analizowanego zamówienia, a na nierówne traktowanie wykonawców nie wskazuje to, że przeznaczył dodatkowe środki w innym postępowaniu. Decyzje o tym, czy, a jeśli tak, to w którym z prowadzonych postępowań zwiększy uprzednio założony budżet należą do Zamawiającego. Ponadto Izba dokonuje oceny zarzutów dotyczących czynności Zamawiającego podejmowanych w konkretnym postępowaniu, a nie czynności podejmowanych przez ten podmiot w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia.

Także pozostała ogólnikowa argumentacja Odwołującego, w tym dotycząca podpisania wskazanej w odwołaniu umowy z Ministerstwem Infrastruktury, czy wsparcia z Europejskiego Banku Inwestycyjnego, nie oznacza braku wypełnienia się zastosowanej przez Zamawiającego przesłanki unieważnienia postępowania. Nie stanowi ona bowiem wykazania możliwości pozyskania dodatkowych środków w tym konkretnym postępowaniu przez Zamawiającego. Jak wyżej wskazano, to do Zamawiającego należy ocena możliwości zwiększenia budżetu na potrzeby danego postępowania.

Chybiony jest także zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisów o dyscyplinie finansów publicznych / niegospodarności. Jak słusznie zauważył Zamawiający, nie on jest jednostką sektora finansów publicznych, lecz spółką prawa handlowego, prowadzącą działalność sektorową, zaś Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem właściwym do rozpatrywania zarzutów dotyczących naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Powyższe wskazuje, że wypełniła się przesłanka unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp2004, który wskazuje, że w takim przypadku zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie zostało stwierdzone zarzucane przez Odwołującego naruszenie przepisów Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym

postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W

analizowanej Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez niego wpis od odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....