Sygn. akt: KIO 1040/24

WYROK

Warszawa, dnia 15.04.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Krzysztof Sroczyński
Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu28 marca 2024 r. przez Odwołującego – wykonawcę GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Państwowe Muzeum Archeologiczne w Warszawie

orzeka:

1.oddala odwołanie;
2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego, 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;
2.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:…….....

Sygn. akt KIO 1040/24

Uzasadnienie

Państwowe Muzeum Archeologiczne w Warszawie, zwany dalej „Zamawiającym", prowadzi podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp" lub „ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego, którego przedmiotem jest: „Opracowanie kompleksowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej modernizacji południowego i zachodniego skrzydła budynku Arsenału Warszawskiego" nr ref — DK/2/2023, zwane dalej: „postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 08.03.2023 r., numer ogłoszenia: 2023/S 048-141577.

Dnia 28 marca 2024 r. wykonawca GRAPH'IT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie w przedmiotowym postępowaniu zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz art. 260 ust. 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3) ustawy Pzp pomimo tego, że Zamawiający nie wykazał braku możliwość i zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, a przyznane Zamawiającemu środki na sfinansowanie zamówienia przewyższają cenę zaoferowaną przez Odwołującego oraz przez zaniechanie podania pełnego uzasadnienia faktycznego unieważnienia Postępowania uwzględniającego wszystkie okoliczności związane z możliwością lub brakiem możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

W związku z powyższym żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z dnia 19 marca 2024 r.
2.dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp ma istotny wpływ na wynik Postępowania, bowiem gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp oferta Odwołującego byłaby uznana za najkorzystniejszą i zawarta zostałaby z Odwołującym umowa w sprawie zamówienia. Co za tym idzie, Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie objęte Postępowaniem. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że Odwołujący oferuje wykonanie zamówienia w niniejszym Postępowaniu, którego wynikiem będzie zawarcie z Zamawiającym umowy, a w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania szanse Odwołującego na uzyskanie zamówienia znacząco wzrosną - oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą. Z kolei naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może wyrządzić Odwołującemu szkodę w postaci utraconych

korzyści — przychodów z nieuzyskanego zamówienia. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

W pierwszej kolejności Odwołujący nakreślił stan faktyczny sprawy zgodnie z którym Zamawiający prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie, którego przedmiotem są usługi projektowe. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji Zamawiający zawarł w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ") - Opis Potrzeb i Wymagań (dalej „OPiW"), w szczególności „wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej wraz z częścią kosztową i specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót dla zadania pn. „Modernizacja skrzydeł południowego i zachodniego Arsenału Warszawskiego" w oparciu o „Studium programowo przestrzenne zagospodarowania skrzydeł południowego i zachodniego Państwowego Muzeum Archeologicznego w Warszawie" sporządzone przez Pracownię Autorską PRO ARTE 11, ul. Narbutta 42. lok. 10, 02-541 Warszawa, w lutym 2019 roku i uzupełnioną w październiku 2022 roku, stanowiące załącznik nr 1 do OPiZ".

W Postępowaniu oferty złożyło 3 wykonawców, z czego 1 ofert nie podlegała ocenie. Zamawiający poddał ocenie oferty złożone przez RYSY Architekci sp. z o. o. sp. k. (dalej „RYSY") i Odwołującego.Odwołujący złożył ofertę oferując wykonanie zamówienia za następujące wynagrodzenie:

a) Etap I - 1.107.000,00 zł brutto (zamówienie gwarantowane)
b) Etap II — 738.000,00 zł brutto (zamówienie gwarantowane)
c) Etap III — 300.120,00 zł brutto (prawo opcji) (patrz $ 1 ust. 3 Wzoru Umowy — Część IV SWZ)

Pismem z dnia 19.03.2024 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty dwóch wykonawców poza Odwołującym oraz o unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 255 pkt 3) ustawy Pzp. Uzasadniając unieważnienie postępowania Zamawiający wskazał, iż w związku z odrzuceniem dwóch ofert w postępowaniu pozostał tylko jeden Wykonawca, tj. Odwołujący. Cena oferty złożonej przez Odwołującego wynosi 2 145 000 zł brutto, przy czym w cenie tej zawarto również koszt nadzoru autorskiego. Na same prace projektowe Odwołujący przeznaczył 1 845 000,00 zł. Cena ta przekracza o 5 tysięcy złotych kwotę przeznaczoną na sfinansowanie przedmiotu zamówienia, gdyż zgodnie z informacją przekazaną Wykonawcom przed otwarciem ofert Zamawiający na sfinansowanie prac projektowych zaplanował 1 840 000 zł. W związku z powyższym, w celu ustalenia czy jest możliwość zwiększenia kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do kwoty najkorzystniejszej oferty, Zamawiający ocenił własny stan finansów i realizowanych przez niego innych zadań w wyniku czego ustalił, że nie jest możliwe zwiększenie kwoty 1 840 000 zł do ceny najkorzystniejszej oferty, a ponadto środki w kwocie 1 840 000,00 zł przeznaczone na sfinansowanie zamówienia pochodzą wyłącznie ze środków dotacji udzielonej Zamawiającemu przez Województwo Mazowieckie na podstawie umowy Nr W/UMWM-UU/UM/NW/5747/2021 z dnia 19 sierpnia 2021 r. na realizację zadania pod nazwą „Modernizacja skrzydeł południowego i zachodniego Arsenału Warszawskiego — etap I dokumentacja", która to dotacja podlega szczególnym zasadom wydatkowania i rozliczania określonym w tej umowie i Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia przedmiotowej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Wydatkowanie przez Zamawiającego na realizację ww. zadania kwoty wyższej niż wynikająca z udzielonej dotacji stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Mając powyższe na uwadze, konieczność unieważnienia postępowania wynika z faktu, że cena oferty z najniższą ceną, tj. 1 845 000 zł przewyższa kwotę 1 840 000 zł, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Zdaniem Odwołującego, wbrew twierdzeniom Zamawiającego brak jest podstaw do unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt 3) ustawy Pzp a zatem wniesienie niniejszego odwołania stało się konieczne i uzasadnione.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że według art. 255 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt 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 lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Przy czym jak wskazuje się w orzecznictwie, w przypadku gdy zamawiający wskazując na kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia nie wyodrębnia w niej kwoty wskazanej na zamówienie gwarantowane i zamówienie objęte prawem opcji przyjmuje się, że kwota ta dotyczy zamówienia w części gwarantowanej. Izba w wyroku z dnia 30 marca 2023 r. (sygn. akt KIO 713/23) wskazała, że *„przyjmuje się, iż kwota podawana przez zamawiającego jako ta, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia odnosi się wyłącznie do wartości tych środków, które są przeznaczone na realizację zamówienia gwarantowanego, bez odnoszenia się do zakresu zamówienia, który może być realizowany w ramach prawa opcji. Z natury prawa opcji wynika bowiem, że jest ono zdarzeniem przyszłym i niepewnym, uzależnionym od szeregu okoliczności. Pogląd taki prezentowany był już w orzecznictwie - np. wyrok KIO z dnia 12 marca 2018 r., KIO 359/18. Tożsamy pogląd wyrażony został także w opinii Prezesa UZP pn. "Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, z uwzględnieniem postępowań, w których zamawiający stosuje prawo opcji*". Zatem kwota przeznaczona na

sfinansowanie zamówienia przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu w wysokości 1.840.000,00 zł brutto winna być porównywana z ceną Odwołującego za zamówienie gwarantowane w wysokości 1.845.000,00 zł brutto, na co wskazał sam Zamawiający.

Wskazania wymaga przy tym, że zdaniem Odwołującego na Zamawiającym ciąży obowiązek zweryfikowania możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do wysokości najkorzystniejszej oferty. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 29 września 2023 r. (sygn. akt KIO 2723/23) *„zamawiający powinien zatem ustalić, czy możliwe jest zwiększenie kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. wniosek ten wynika z występującego w komentowanym przepisie zastrzeżenia "chyba że". Unieważnienie postępowania na podstawie tego przepisu powinno być zatem poprzedzone ustaleniem możliwości zwiększenia kwoty, którą pierwotnie zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia i którą podał bezpośrednio przed otwarciem ofert. Zamawiający powinien w każdym przypadku zweryfikować swoje możliwości w tym zakresie, biorąc pod uwagę charakter i okoliczności udzielanego zamówienia oraz uwzględniając wiążące go przepisy i zasady dotyczące gospodarowania środkami finansowymi. Należy przy tym zgodzić się z poglądami wypracowanymi w orzecznictwie Izby, że możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia pozostaje w gestii zamawiającego. Przy tym słusznie w uzasadnieniu wyroku z 26 września 2017 r. sygn. akt KIO 1878/17 wywiedziono, że sformułowanie, że zamawiający "może" zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia nie odnosi się do woli zamawiającego (chcę - nie chcę), lecz do faktycznych możliwości w zakresie dobra, jakie chce pozyskać, udzielając zamówienia. Izba podkreśliła, że ocena możliwości zwiększenia kwoty musi być dokonywana z uwzględnieniem faktu, że są takie zamówienia, które nie mogą nie zostać udzielone, a ich zakres determinowany jest nałożonymi na zamawiającego z mocy prawa obowiązkami. Dopiero ustalenie braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia uprawnia zamawiającego do unieważnienia postępowania. Przy czym dokonywane przez zamawiającego działania w zakresie ustalenia możliwości zwiększenia kwoty powinny znaleźć odzwierciedlenie w informacji o unieważnieniu postępowania w ramach uzasadnienia faktycznego podjęcia takiej decyzji [tak M. Jaworska, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. 4, red. M. Jaworska,. D. Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, 2022]".*

W niniejszym Postępowaniu Zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia na prace projektowe (nieobjęte prawem opcji) na kwotę 1.500.000,00 zł netto - 1.845.000,00 zł brutto, czemu także dał wyraz w wezwaniach dwóch pozostałych — poza Odwołującym — do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 03.10.2023 r. oraz w protokole Postępowania. Pomimo oszacowania wartości zamówienia na kwotę 1.845.000,00 zł brutto Zamawiający określił kwotę, jaka zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na 1.840.000,00 zł brutto. Wskazania wymaga także, że pierwotnie Zamawiający rozważał oszacowanie wartości zamówienia nawet na jeszcze wyższą kwotę, co wskazuje zdaniem Odwołującego dokument ustalenia wartości szacunkowej zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że w dość analogicznej sprawie, w której zamawiający zaniżył kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, bez uzasadnienia, w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia Izba uznała, że nie było podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3) ustawy Pzp. W wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. (sygn. akt KIO 3004/21) Izba wskazała: „(...)*zdaniem Izby w sytuacji, kiedy brak wystarczającej kwoty na sfinansowanie zamówienia skutkuje unieważnieniem postępowania, to zamawiający winien wykazać, że albo cena złożonych ofert jest zbyt wysoka - chociażby w odniesieniu do realizowanych podobnych umów we wcześniejszym okresie, że niezasadnym byłoby wydatkowanie tak wysokiej kwoty na realizację takiego zamówienia, albo popełniono błąd w szacowaniu wartości zamówienia. Niewątpliwym jest, że ustalenie wartości zamówienia poprzez dokonanie jego szacowania, jest bezpośrednią informacja dla zamawiającego, jaką w przybliżeniu kwotę należy zarezerwować w budżecie, aby móc realizować tego typu zamówienia. (...) w sytuacji - jak w tym postępowaniu, kiedy zamawiający przeznacza na sfinansowanie zamówienia kwotę (...) niższą niż kwota wynikająca oszacowania zamówienia to zamawiający zobowiązany jest do wykazania, jakie szczególne okoliczności zaistniały, które zmusiły go do tak radykalnej zmiany, a w konsekwencji do anulowania postępowania poprzez jego unieważnienie. W innym przypadku mogą wystąpić uzasadnione obawy, co do przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości przewidzianej w art. 16 ust. 1 Pzp.*". Wskazany wyrok został podtrzymany przez Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 11 sierpnia 2022 r. (sygn. akt XXIII Zs 27/22) w którym wskazano, że „*Zgodnie bowiem z art. 260 Pzp w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający zobowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne unieważnienia postępowania. Obowiązek ten realizowany jest przez podanie okoliczności faktycznych i podstawy prawnej podjętej decyzji w zakresie wystarczającym dla oceny prawidłowości jej podjęcia. Zatem nie jest wystarczające samo wskazanie podstawy prawnej, na której oparta jest decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania. Konieczne jest dokładne powołanie okoliczności faktycznych, wyczerpujących przesłankę powodującą unieważnienie postępowania lub uprawniającą do jego unieważnienia. Wskazanie podstawy prawnej i przyczyn faktycznych unieważnienia*

postępowania warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej. Powołanie okoliczności faktycznych powinno być dokonane w sposób jasny i niebudzący wątpliwości. Powinno być przy tym na tyle wyczerpujące, by pozwalało wykonawcom na pełne zidentyfikowanie okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę podjęcia czynności unieważnienia oraz ich ewentualne zakwestionowanie w odwołaniu, a także przedstawienie w postępowaniu odwoławczym stosownych dowodów. Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie jest jedynie dopełnieniem wymagania formalnego art. 260 ust. 1 Pzp, lecz stanowi element konstytutywny decyzji o unieważnieniu postępowania i z normy tej wynika, że Zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby zagwarantować im możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości. Przepis art. 260 ust. 1 Pzp stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych unieważnienia postępowania, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn takiego unieważnienia. Uzasadnienie faktyczne unieważnienia postępowania powinno być na tyle jasne i czytelne, aby nie wprowadzało wykonawcy w błąd, jak również nie rodziło wątpliwości, gdyż wykonawca co do tej czynności powinien uzyskać wyczerpujące informacje, które legły u podstaw unieważnienia postępowania. Oczywistym zatem jest, że w razie wniesienia odwołania na decyzję Zamawiającego, kognicja Izby ogranicza się do zbadania jej zasadności w kontekście podanych w zawiadomieniu powodów faktycznych i prawnych jej podjęcia". Podkreślił przy tym Sąd Okręgowy, że*„rozbieżność między kwotą wynikającą z szacowania wartości zamówienia, a kwotą jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wskazuje, że Zamawiający zaniżył kwotę jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, czego de facto nie uzasadnił w sposób satysfakcjonujący. W niniejszej sprawie nawet nie chodzi o związanie Zamawiającego oszacowanymi wartościami przedmiotu zamówienia, ale o właściwe umotywowanie rozbieżność pomiędzy kwotą szacowaną a kwota jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zmówienia. Gdyby bowiem było tak, że oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia nie ma żadnego znaczenia to pojawia się pytanie w jakim celu sam Zamawiający dokonuje szacowania tej wartości*".

Przekładając powyższe rozważania wymaga podkreślić, że cena zaoferowana przez Odwołującego za wykonanie Etapu I i II przedmiotu zamówienia różni się od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia o 5.000,00 zł, a zarazem jest równa ustalonej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia Postępowania w żaden sposób nie odniósł się do tejże różnicy poprzestając na suchym i niczym niepopartym sformułowaniem, że „*Zamawiający ocenił stan finansów Państwowego Muzeum Archeologicznego w Warszawie i realizowanych przez niego innych zadań w wyniku czego ustalił, że nie jest możliwe zwiększenie kwoty 1 840 000 zł do ceny najkorzystniejszej oferty, a ponadto Środki w kwocie 1 840000 przeznaczone na sfinansowanie zamówienia pochodzą wyłącznie ze środków dotacji udzielonej Zamawiającemu przez Województwo Mazowieckie (...), która to dotacja podlega szczególnym zasadom wydatkowania i rozliczania określonym w tej umowie i Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia przedmiotowej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty*".

Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, wynikająca z zawartej z Województwem Mazowieckim umowy Nr W/UMWM-UU/UM/NW/5747/2021 z dnia 19 sierpnia 2021 r. nie uniemożliwia pokrycia kosztów sfinansowania zamówienia w kwocie zaoferowanej przez Odwołującego. Jak bowiem wynika ze wskazanej umowy zmienionej aneksem nr 2/2022 z dnia 27.04.2022 r. kwota dotacji na rzecz Zamawiającego wynosi 2.000.000,00 zł, przy czym aneksem nr 8/2023 z dnia 23.12.2023 r. strony postanowiły przyznać kwotę dotacji w wysokości 21.530,00 zł w roku 2023 r. i kwotę 1.978.470,00 zł w roku 2024 r. Zamawiający wbrew ciążącemu na nim obowiązku nie wykazał, że w ramach przyznanej mu dotacji w kwocie 2.000.000,00 zł podział środków został tak ukształtowany, że z kwoty tej możliwe jest przeznaczenie na sfinansowanie zamówienia jedynie kwoty 1.840.000,00zł. Nie jest wiadomym z podanych przez Zamawiającego informacji, czy pozostała kwota dofinansowania w wysokości 160.000,00 zł została już wydatkowana lub zakontraktowana na sfinansowanie innych prac objętych dotacją. Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Umowy zawartej z Województwem Mazowieckim zakres rzeczowy Zadania objętego dotacją obejmuje:

Rok 2023 — kwota dotacji 21.530,00 zł 1) Przygotowanie i przeprowadzenie postępowania przetargowego; 2) Aktualizacja Studium programowo-przestrzennego

Rok 2024 — kwota dotacji 1.978.470,00 zł 1) Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej; 2) Weryfikacja dokumentacji projektowo-kosztorysowej; 3) Przygotowanie i przeprowadzenie postępowania przetargowego.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający winien więc wykazać, że wydatkował całość kwoty objętej dotacją na 2023 rok, a także, że z kwoty 1.978.470,00 zł dotacji przeznaczonej na rok 2024 wydatkował lub zakontraktował kwotę 138.470,00 zł. Przy czym wymaga wskazania, że z pewnością Zamawiający nie mógł zakontraktować usługi Weryfikacji dokumentacji

projektowokosztorysowej, bowiem usługę tą zamawia się dopiero po opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej, która jest przedmiotem zamówienia objętego niniejszym Postępowaniem. Zamawiający nie wykazał także, czy i jaką kwotę objętą dotacją wydatkował na przygotowanie i przeprowadzenie postępowania przetargowego. Istnieje zatem co najmniej uzasadniona wątpliwość co do rzetelności przedstawionej przez Zamawiającego oceny obiektywnej możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia o kwotę 5.000,00 zł brutto. Co więcej, wymaga wskazania, że przyznana Zamawiającemu dotacja w ramach umowy zawartej z Województwem Mazowieckim już raz aneksem nr 2 została zwiększona z kwoty 1.300.000,00 zł do kwoty 2.000.000,00 zł. Nie ma jakichkolwiek przeszkód, by Zamawiający zwrócił się do Województwa Mazowieckiego z wnioskiem o zwiększenie dotacji o 5.000,00 zł w celu sfinansowania zamówienia. Dopiero uzyskanie informacji o braku możliwości zwiększenia kwoty dofinansowania, przy wykazaniu zagospodarowaniu już przez Zamawiającego kwoty dotacji powyżej 1.840.000,00 zł uprawniałoby stwierdzenie, że Zamawiający nie ma w ramach przyznanej mu dotacji środków na zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Niezgodne z rzeczywistością są zatem twierdzenia Zamawiającego, iż na podstawie Umowy Nr W/UMWM-UU/UM/NW/5747/2021 nie jest w stanie przeznaczyć dodatkowych 5.000,00 zł na sfinansowanie niniejszego zamówienia.

Zamawiający nadto poza gołosłownym stwierdzeniem, że możliwość przeznaczenia 1.840.000,00 zł na sfinansowanie zamówienia „wynika z ogólnej sytuacji finansowej jednostki i realizowanych przez nią innych zadań (...)" nie wyjaśnił jaka jest ta sytuacja finansowa Zamawiającego i czy nie ma jakichkolwiek przychodów, chociażby równych 5.000,00 zł. Nie wykazał także Zamawiający, że w roku 2023 r. nie wygenerował jakichkolwiek nadwyżek finansowych pozwalających mu na przeznaczenie 5.000,00 zł brutto na zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Dopiero wykazanie tych okoliczności mogłoby uzasadnić zaś unieważnienie Postępowania w trybie zastosowanym przez Zamawiającego. Zamawiający tymczasem ma z pewnością możliwość wygospodarowania tak nieznacznej kwoty jak 5.000,00 zł brutto, mając na względzie chociażby prowadzony przetarg publiczny na sprzedaż służbowego Renault Master z ceną wywoławczą 20.000,00 zł (patrz: https://www.pma.pl/nowe/przetargi/pliki/41 _OGLOSZENIE.pdf). Z pewnością przedstawienie przez Zamawiającego stanu finansów pozwoliłoby także na przeznaczenie dodatkowych 5.000,00 zł brutto na sfinansowanie niniejszego zamówienia.

Mając nadto na względzie, że wskutek odwołania wniesionego przez Odwołującego dopiero wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez wykonawcę RYSY budzi poważne zastrzeżenia okoliczność unieważnienia Postępowania w obecnych okolicznościach, co wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców wynikającej z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp. Nie powinno umknąć uwadze, że już wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty RYSY, Zamawiający musiał ponieść niepotrzebnie koszty postępowania odwoławczego w wysokości wpisu 15.000,00 zł i kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3.600,00 zł brutto. Tymczasem kwotę tę mógł - gdyby działał zgodnie z prawem - przeznaczyć na sfinansowanie brakujących rzekomo 5.000,00 zł brutto. Działanie Zamawiającego, mając na względzie wszystkie powyżej wskazane okoliczności narusza z pewnością wyrażoną w art. 16 pkt 2) ustawy Pzp zasadę proporcjonalności.

W analogicznej sprawie w wyroku z dnia 12 października 2023 r. (sygn. akt KIO 2832/23) Izba wskazała, że: „(..)*przed podjęciem ostatecznej decyzji w tej kwestii tj. unieważnieniem postępowania na podstawie omawianej przesłanki, zamawiający powinien ustalić, czy możliwe jest zwiększenie kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Wniosek ten wynika z występującego w komentowanym przepisie zastrzeżenia "chyba że". Unieważnienie postępowania na podstawie tego przepisu powinno być zatem poprzedzone ustaleniem możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, którą pierwotnie zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia i którą podał bezpośrednio przed otwarciem ofert. Zamawiający powinien zatem najpierw zweryfikować swoje możliwości w tym zakresie, biorąc pod uwagę charakter i okoliczności udzielanego zamówienia oraz uwzględniając wiążące go przepisy, obowiązki związane z wykonywaną działalnością oraz zasady dotyczące gospodarowania finansami publicznymi. Izba pragnie w tym miejscu zaznaczyć, że w pełni podziela pogląd, wyrażony w przywoływanym przez odwołującego wyroku z 23 października 2017 r., sygn. akt KIO 2093/17, w którym Izba przedstawiła swoje stanowisko dotyczące tego w jaki sposób należy odczytywać przesłanki określone w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp (dawniej art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z 2004 r.). W myśl wskazanego przepisu, będącego podstawą czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający unieważnia postępowanie, 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. Analiza treści przepisu wskazuje, iż jego dyspozycja znajduje zastosowanie w przypadku kumulatywnego wystąpienia dwóch, wskazanych w nim przesłanek: (1) cena najkorzystniejszej*

oferty lub cena z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz (2) zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Jak trafnie podkreślono w cytowanym orzeczeniu, wskazany przepis nie daje zatem zamawiającemu wyłącznego i arbitralnego uprawnienia do decydowania o tym, czy zwiększyć kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, czy też nie. Zamawiający obowiązany jest zbadać, czy istnieje obiektywna możliwość zwiększenia tej kwoty i dopiero wówczas, w przypadku, gdy wynik badania okaże się negatywny, podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania. WE Tylko takie działanie zapewnia, że przestrzegane będą zasady udzielania zamówień publicznych: jawności i przejrzystości postępowania, a także uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający bowiem nie podejmuje w tym zakresie arbitralnej decyzji, kierując się względami i przesłankami innymi, niż jego możliwości budżetowe. Należy w tym miejscu wskazać, że to na zamawiającym, jako podmiocie obowiązanym do wykazania zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, spoczywał ciężar udowodnienia, iż nie istnieje jego stronie obiektywna możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia".

W okolicznościach prowadzonego Postępowania Zamawiający nie podał zdaniem Odwołującego wymaganego w art. 260 ust. 1 ustawy Pzp uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp i zatem czynność ta powinna zostać uchylona. Dopiero podanie całokształtu stanu faktycznego odnoszącego się do wskazanych powyżej przez Odwołującego okoliczności związanych z rozliczeniem dotacji przyznanej na sfinansowanie zamówienia objętego Postępowaniem, a także ukazującym faktyczny brak możliwości pokrycia 5.000,00 zł z innych środków Zamawiającego może stanowić pełne uzasadnienie faktyczne decyzji Zamawiającego. Wobec braku podania wskazanych informacji w treści uzasadnienia decyzji o unieważnieniu Postępowania, brak jest możliwości uzupełnienia tego uzasadnienia na obecnym etapie i Zamawiający winien unieważnić czynność unieważnienia Postępowania już z samej tej przyczyny. Swoim działaniem Zamawiający dopuścił się naruszenia wyrażonej w art. 16 pkt 2) ustawy Pzp zasady przejrzystości poprzez brak należytego podania okoliczności ustalenia braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

W dniu 11 kwietnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości i przedstawił argumentację dla takiego stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron postępowania odwoławczego ustaliła, co następuje.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Opracowanie kompleksowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej modernizacji południowego i zachodniego skrzydła budynku Arsenału Warszawskiego" nr ref — DK/2/2023* (dalej „Postępowanie").

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 27 września 2023 r. o godz. 12:05. Zamawiający poinformował, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia to 1 840 000,00 zł brutto

W toku postępowania oferty złożyło trzech wykonawców:

- oferta firmy Rysy Architekci Sp. z o.o. sp.k; Cena: 762 600,00 zł

- oferta firmy GPVT Pracownia Architektoniczna s.c. , T.Białoszewski , G.Pacer; Cena: 1 311 918,00 zł

- oferta firmy Graph!'it Sp. z o.o.; Cena: 2 145 120,00 zł

Dwie spośród nich, należące do: Rysy Architekci Sp. z o.o. sp.k oraz GPVT Pracownia Architektoniczna s.c., T.Białoszewski , G.Pacer podlegały odrzuceniu.

W dniu 19 marca 2024 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania jako podstawę prawną takiej czynności wskazując art. 255 pkt 3) pzp. Jako uzasadnienie faktyczne Zamawiający wskazał, że w związku z odrzuceniem dwóch ofert w postępowaniu pozostał tylko jeden Wykonawca, tj. Odwołujący. Cena oferty złożonej przez Odwołującego wynosi 2 145 000 zł brutto, przy czym w cenie tej zawarto również koszt nadzoru autorskiego. Na same prace projektowe Odwołujący przeznaczył 1 845 000,00 zł. Cena ta przekracza o 5 000 złotych kwotę przeznaczoną na

sfinansowanie przedmiotu zamówienia, gdyż zgodnie z informacją przekazaną Wykonawcom przed otwarciem ofert Zamawiający na sfinansowanie prac projektowych zaplanował 1 840 000 zł. W związku z powyższym, w celu ustalenia czy jest możliwość zwiększenia kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do kwoty najkorzystniejszej oferty, Zamawiający ocenił własny stan finansów i realizowanych przez niego innych zadań w wyniku czego ustalił, że nie jest możliwe zwiększenie kwoty 1 840 000 zł do ceny najkorzystniejszej oferty, a ponadto środki w kwocie 1 840 000,00 zł przeznaczone na sfinansowanie zamówienia pochodzą wyłącznie ze środków dotacji udzielonej Zamawiającemu przez Województwo Mazowieckie na podstawie umowy Nr W/UMWM-UU/UM/NW/5747/2021 z dnia 19 sierpnia 2021 r. na realizację zadania pod nazwą „Modernizacja skrzydeł południowego i zachodniego Arsenału Warszawskiego — etap I dokumentacja", która to dotacja podlega szczególnym zasadom wydatkowania i rozliczania określonym w tej umowie i Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia przedmiotowej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Wydatkowanie przez Zamawiającego na realizację ww. zadania kwoty wyższej niż wynikająca z udzielonej dotacji stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Mając powyższe na uwadze, konieczność unieważnienia postępowania wynika z faktu, że cena oferty z najniższą ceną, tj. 1 845 000 zł Odwołującego przewyższa kwotę 1 840 000 zł, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Art. 16 ustawy pzp – *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny".

Art. 255 pkt 3 pzp – *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt 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 lub kosztu najkorzystniejszej oferty.*

Art. 260 ust. 1 pzp – O *unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne..*

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba w całości podziela ugruntowane stanowisko wyrażane w doktrynie oraz orzecznictwie Izby oraz sądów, iż przepis art. 255 pkt 3 Pzp wyraźnie wskazuje na możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, zatem ustawodawca decyzję w tym zakresie pozostawił wyłącznie zamawiającemu. Nie nakłada on również na zamawiającego obowiązku zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Ewentualne zwiększenie kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego (tak również wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2024 r. KIO 68/24, wyrok KIO z 14 marca 2014 r., KIO 392/14 oraz wyrok KIO z 16 sierpnia 2016 r., KIO 1413/16). Zamawiający ma pełną autonomię co do podjęcia decyzji o poszukiwaniu dodatkowych środków na realizację zamówienia. Odmowa zwiększenia kwoty nie może stanowić podstawy jakichkolwiek roszczeń i nie stanowi uzasadnionej podstawy do kwestionowania czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania (wyrok KIO z 22.01.2019 r. sygn. akt KIO 2608/18).

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 (tak też wyrok KIO z dnia 29 marca 2022 r., KIO 718/22).

Wobec tak przyjętej interpretacji powyższego przepisu nie można również uznać, że na zamawiającym ciąży jakiś podwyższony rygor dowodowy uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania na tej podstawie. Skoro decyzja o zwiększeniu kwoty jest suwerenną decyzją zamawiającego, a wykonawca nie może badać jego rzeczywistych możliwości finansowych, dla uzasadnienia dokonania czynności unieważnienia wystarczającym jest powołanie się na okoliczności, o którym mowa w przepisie art. 255 pkt 3 ustawy PZP, tj. na wysokość kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz kwoty jaka została wskazana w ofercie wykonawcy najkorzystniejszego lub wykonawcy z najniższą ceną. Proste porównanie tych kwot, jest zdaniem Izby wystarczającym uzasadnieniem dokonania tej czynności.

Powyższe stanowisko jest również aprobowane przez Sąd Zamówień Publicznych. Tytułem przykładu można

powołać się na pogląd wyrażony w wyroku z dnia 22 lipca 2022 r. XXIII Zs 73/22, w którym wskazano, że*decyzja co do możliwości zwiększenia kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia należy do zamawiającego, bowiem to zamawiający podejmuje decyzję o wszczęciu postępowania i o budżecie na ten cel przeznaczony, a kwestia faktycznych zasobów finansowych zamawiającego nie ma w tej kwestii znaczenia. Ewentualne zmiany co do możliwości zwiększenia kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia są czynnościami leżącymi po stronie zamawiającego i w zależności od jego statusu prawnego podlegają decyzji własnej zamawiającego lub są uzależnione od innych podmiotów, w szczególności od dysponentów budżetowych określonego stopnia. Art. 93 ust. 1 pkt 4 dopuszcza wprost możliwość unieważnienia postępowania przez zamawiającego, po samym tylko ustaleniu, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Możliwość podwyższenia kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia stanowi jego uprawnienie, a nie obowiązek. To uprawnienie nie oznacza jednak nałożenia na zamawiającego obowiązku korygowania uprzednio ustalonych i ogłoszonych zamiarów co do kwoty przewidzianej do wydatkowania. Zatem zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.*

Wobec powyższego, Izba nie doszukała się w czynności Zamawiającego naruszenia przepisów, które w zarzutach odwołania powoływał Odwołujący.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego wskazującej na to, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia winna być porównywana z ceną zaoferowaną przez Odwołującego za zamówienie gwarantowane (bez uwzględnienia ceny zakresu objętego prawem opcji) należy wskazać, że Zamawiający dokonał odniesienia się do tejże właśnie wartości. Zamawiający dokonał zatem ustalenia wystąpienia przesłanek unieważnienia postępowania na podstawie
art. 255 pkt 3 ustawy Pzp według reguł oczekiwanych przez Odwołującego, jak również wynikających z przywoływanego przez Odwołującego orzecznictwa Izby oraz opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Przeprowadzone w ten sposób działanie potwierdziło wypełnienie przesłanek upoważniających Zamawiającego do unieważnienia postępowania, a tym samym argumentacja w tym zakresie jest bezzasadna.

W świetle powyższego za nietrafioną należy uznać także argumentację Odwołującego odnoszącą się do szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego. Za wskazywanym przez Zamawiającego wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2020 r. (sygn. akt KIO 698/20) należy wskazać, że*ustalenie wartości szacunkowej zamówienia na danym poziomie nie powoduje po stronie zamawiającego obowiązku dopasowania czy też ustalenia kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na takim samym poziomie.* Szacunkowa wartość zamówienia związana jest z innym etapem postępowania o udzielenie zamówienia, stanowi wycenę przedmiotu zamówienia w odniesieniu do aktualnych cen rynkowych dokonywaną niezależnie od możliwości finansowych zamawiającego, jak również stanowi punkt odniesienia oraz podstawę do podjęcia przez zamawiającego określonych czynności wynikających z innych przepisów (np. w zakresie ogłoszeń czy też badania rażąco niskiej ceny). Nie stanowi zaś ona jak wynika z wcześniejszych rozważań, jak również jednoznacznej treści art. 255 pkt 3 ustawy Pzp wartości, która mogłaby stanowić odniesienie dla ustalenia spełnienia przesłanek unieważnienia postępowania. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2024 r. sygn. akt: KIO 68/24 należy uznać, że takaprzyjęcie argumentacji odwołania i oczekiwanie, że Zamawiający rozważając możliwość unieważnienia postępowania odniesie się do wartości innych niż wskazane wprost w treści art. 255 pkt 3 ustawy PZP (tj. na przykład wartości szacunkowej zamówienia), stanowiłoby nieuprawioną, rozszerzającą interpretację ww. przepisu.

Bezzasadny jest również w tym kontekście zarzut odwołania, że pomimo oszacowania wartości zamówienia na kwotę 1.845.000,00 zł brutto Zamawiający określił kwotę, jaka zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na 1.840.000,00 zł brutto. Izba w orzeczeniach niejednokrotnie podkreślała, że ustalenie wartości szacunkowej zamówienia na danym poziomie nie powoduje po stronie zamawiającego obowiązku dopasowania czy też ustalenia kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na takim samym poziomie (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 698/20, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1132/15 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1566/18).

Izba nie dopatrzyła się także w działaniu Zamawiającego podnoszonego przez Odwołującego działania w postaci zaniżenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. W szczególności Izba nie dostrzegła analogii pomiędzy stanem faktycznym niniejszej sprawy a stanem faktycznym rozstrzyganym w przywoływanych przez Odwołującego orzeczeniach Izby z dnia 8 listopada 2021 r. (sygn. akt KIO 3004/21) oraz Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 11 sierpnia 2022 r. (sygn. akt XXIII Zs 27/22). W orzeczeniach tych stan faktyczny obejmował okoliczność – pominiętą przy ich cytowaniu przez Odwołującego – iż kwota na sfinansowanie zamówienia była trzykrotnie niższa niż kwota wynikająca z szacowania (1 771 200 zł wobec wartości szacunkowej na poziomie 3 600 000 zł), która to rozbieżność legła u podstaw oceny takiej zmiany przez Izbę i Sąd za radykalną i noszącą znamiona zaniżenia. W ocenie Izby w sytuacji występującej

w przedmiotowym postępowaniu, w której kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia jest niemalże identyczna z wartością szacunkową zamówienia, nie sposób doszukiwać się podnoszonej przez Odwołującego okoliczności obejmującej rzekome zaniżenie kwotę przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Za zasadnością odwołania nie przemawia również argumentacja Odwołującego odnosząca się do zawartej przez Zamawiającego z Województwem Mazowieckim umowy
Nr W/UMWM-UU/UM/NW/5747/2021 z dnia 19 sierpnia 2021 r. z późniejszymi aneksami, w ramach której Województwo Mazowieckie działając jako organizator przekazał Zamawiającego jako instytucji kultury w formie dotacji środki finansowe w wysokości 2 000 000,00 zł na potrzeby realizacji zadania, którego część stanowi przedmiot niniejszego postępowania. Odwołujący nie wskazał z czego (w szczególności z jakiego przepisu czy też zapisu umownego) wywodzi rzekomy obowiązek Zamawiającego obejmujący konieczność wykazania możliwości przeznaczenia określonej części kwoty dotacji na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia czy też wykazania przez Zamawiającego wydatkowania lub zakontraktowania części dotacji przekraczającej kwotę 1 840 000,00 zł. Analogicznie należy potraktować oczekiwanie przez Odwołującego, iż Zamawiający zwróci się do jednostki przyznającej dotację o jej zwiększenie o kwotę, o której wysokość oferta Odwołującego przekracza kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. Należy podkreślić, że żaden przepis nie zobowiązuje Zamawiającego tak do podejmowania takich działań, jak również konieczności wykazania zaistnienia określonych okoliczności pod kątem możliwości zastosowania przesłanki unieważnienia postępowania określonej w art. 255 pkt 3 Pzp. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2024 r. sygn. akt KIO 79/24 należy wskazać, że *przepis art. 255 pkt 3 ustawy Pzp nie nakłada na Zamawiającego szczególnego ciężaru dowodowego, w szczególności przedstawiania dowodów na okoliczność podjęcia prób pozyskania dodatkowych środków, czy dodatkowych źródeł finansowania zamówienia, jako warunku skutecznego podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania na tej podstawie*. Zatem zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jak również obowiązku wykazywania że takie działania podejmował.

Za przywołanym przez Zamawiającego uzasadnieniem wyroku KIO z dnia 11 maja 2023 r. sygn. akt: KIO 1186/23 należy wskazać: *iż okoliczności związane ze zwiększeniem kwoty przeznaczonej na finansowanie zamówienia dotyczą stricte zamawiającego, który będąc dysponentem środków publicznych, obracając się w ramach posiadanego budżetu jednostki, mając na względzie swoje zamierzenia inwestycyjne oraz bieżącą działalność jako jedyny właściwy podmiot jest w stanie ocenić i ustalić czy budżet jednostki pozwala mu na zwiększenie pierwotnie ustalonej kwoty. Żaden z wykonawców nie posiada uprawnienia do kształtowania budżetu zamawiającego, a co za tym idzie nie jest możliwe żądanie wykonawcy (roszczenie) o zwiększenie kwoty i zawarcie umowy. To zamawiający pozostający w świadomości swoich możliwości i ograniczeń jest dysponentem tego przepisu*. W świetle powyższych rozważań na aprobatę nie zasługuję również część argumentacji odwołania która podnoszonego naruszenia prawa przez Zamawiającego przepisów w przedmiotowym postępowaniu dopatrywała się w pominięciu przy ocenie możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na finansowanie zamówienia potencjalnych źródeł przychodów (sprzedaż majątku ruchomego) oraz celowością ponoszonych przez Zamawiającego wydatków (koszty postępowania odwoławczego). Skład orzekający podziela w tym zakresie stanowisko wyrażane w orzecznictwie Izby, zgodnie z którym
ani wykonawca, ani Krajowa Izba Odwoławcza nie ma narzędzi do „zmuszenia" zamawiającego, do poszukiwania dodatkowych środków, czy też zmiany pierwotnych założeń budżetowych (wyrok z dnia 31 października 2023 r. sygn. akt KIO 3042/23), jak również, że*Izba (…) nie ma kompetencji, ani do badania prawidłowości prowadzenia przez jednostki samorządu terytorialnego gospodarki finansowej* (wyrok z dnia 2 sierpnia 2021 r. sygn. akt: KIO 1957/21). Tymczasem podnoszona przez Odwołującego argumentacja sprowadza się *de facto* do próby kształtowania założeń budżetowych czy też oceny celowości i gospodarności ponoszonych przez Zamawiającego wydatków. W świetle powyższego argumentacja w tym zakresie nie zasługuję na aprobatę.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej uzasadnienia unieważnienia postępowania dokonanego przez Zamawiającego, zauważenia wymaga, że istotnie zawiera ono zakres informacji, który zdaniem Izby obejmuje wystarczający zakres informacji o powodach unieważnienia postępowania. Wbrew twierdzeniom Odwołującego zawiera ono uzasadnienie faktyczne podjętej czynności unieważnienia postępowania czego wymaga treść przepisu art. 260 ustawy Pzp. O jego naruszeniu nie może zaś świadczyć fakt braku w treści tegoż uzasadnienia informacji, których zamieszczenia oczekiwałby Odwołujący, w szczególności iż miałyby to być informację o czynnościach, których Zamawiający nie miał obowiązku wykonać w świetle art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby treść uzasadnienia nie wpłynęła również na możliwość sformułowania odpowiedniej argumentacji w treści środka ochrony prawnej.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 575 ustawy Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Biorąc pod uwagę powyższe, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 8 ust. 2 pkt rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztó postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437

Przewodniczący: ……