

**WYROK**

Warszawa, dnia 17 kwietnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 marca 2024 r. przez odwołującego: Przedsiębiorstwo Produkcyjno — Usługowe PROBUDREM K.L. Spółka Jawna z siedzibą w Ogrodzieńcu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 1061/24

**Uzasadnienie**

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie działający przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie podstawowym (art. 275 pkt 2 Pzp) pn.: „Przebudowa budynku administracyjno-gospodarczego na terenie obwodu drogowego w Szczekocinach” (Numer referencyjny: O/KA.D-3.2411.24.2023), zwane dalej postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych - Ogłoszenie nr 2023/BZP 00471770 z 31 października 2023 r.

29 marca 2024 r. wykonawca: Przedsiębiorstwo Produkcyjno — Usługowe PROBUDREM K.L. Spółka Jawna z siedzibą w Ogrodzieńcu (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu, że dokonał on niezgodnej z przepisami Pzp czynności polegającej na:

1. unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp,
2. zaniechaniu czynności odrzucenia ofert wykonawców:
  - a) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe POL-REM Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 Pzp, mimo, że jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia i zawierała błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;
  - b) Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Euro - Dach” R.P. ul. Kościuszki 11/109, 25-310 Kielce na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 Pzp, mimo, że jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia i zawierała błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu spełnienia następujących żądań:

1. Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
2. Odrzucenie ofert wykonawców:
  - a) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe POL-REM Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie,
  - b) Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Euro - Dach” R.P. ul. Kościuszki 11/109, 25-310 Kielce,
3. Wezwanie Odwołującego do negocjacji a następnie do złożenia oferty dodatkowej,
4. Dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
5. Wprowadzenie kwoty jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia zgodnej z kwotą z planu

postępowania o udzielenie zamówień na rok 2023 wersja nr 10 i nr 11.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Zamawiający 27 marca 2024 r. podał informację, że zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę brutto: 320 000,00 PLN.

Odwołujący powołał się w tym zakresie na komentarz do prawa zamówień publicznych

(tj. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, H. Nowak, M. Winiarz (red.) Warszawa, Urząd Zamówień Publicznych, 2021, str. 765): Decyzja o zwiększeniu tej kwoty jest oparta

na swobodnym uznaniu zamawiającego. Wyrażenie „może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty” należy interpretować jako uprawnienie zamawiającego

i to do jego decyzji należy kwestia możliwości zwiększenia środków finansowych na dany cel. Zatem zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych

na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (...). W przypadku gdy oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, postępowanie unieważnia się bez przeprowadzenia wyboru najkorzystniejszej oferty. W takiej sytuacji ceny lub koszty określone we wszystkich złożonych ofertach nie mieszczą się w limicie ustalonym przez zamawiającego”.

Odwołujący wskazał na plan postępowania Zamawiającego o udzielenie zamówień na rok 2023 wersja nr 10 zamieszczony w Biuletynie Zamówień Publicznych 30 października 2023 r.

nr 2023/BZP 00130516/10/P oraz wersja nr 11 zamieszczony w Biuletynie Zamówień Publicznych 12 grudnia 2023 r. nr 2023/BZP 00130516/11/P.

Z tych dokumentów wynikało, że Zamawiający zgodnie z poz. nr 1.1.20 planu postępowania

w wersji 10 oraz wersji 11 posiada środki finansowe które zostały wprowadzone do planu postępowania na rok 2023 w wysokości 1 217 027,56 PLN netto (orientacyjna wartość zamówienia z adnotacją cyfra 5 tzn. kwota netto bez podatku od towarów i usług). Zamawiający w pozycji 1.1.15 kolumna 6 planu postępowania podał kwotę w wysokości

322 764,23 PLN która zaplanowana była na I kwartał z informacją dodatkową w kolumnie 6 „postępowanie unieważnione”.

Zatem zgodnie z przedstawionym przez Zamawiającego komentarzem do prawa zamówień publicznych (tj. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, H. Nowak, M. Winiarz (red.) Warszawa, Urząd Zamówień Publicznych, 2021, str. 765) Zamawiający nie musi poszukiwać dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ponieważ środki przed rozpoczęciem postępowania i w trakcie jego trwania zgodnie z planem postępowania są zabezpieczone

na realizację przedmiotowego postępowania przetargowego. Zamawiający w związku

z powyższym winien przeprowadzić czynności związane z zaproszeniem do negocjacji

a następnie do złożenia oferty dodatkowej.

Nawiązując do zaniechania czynności odrzucenia ofert wykonawców:

a)Przedsiębiorstwo Wielobranżowe POL-REM Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie,

b)Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Euro - Dach” R.P.

Odwołujący podniósł, że 8 marca 2024 r. Zamawiający skierował do niego pismo „zawiadomienie o poprawie omyłek w ofercie” (załącznik nr 5) stwierdzając że w kosztorysie ofertowym w Dziale 1. Architektura i konstrukcja; Grupa I .3- Ściany i sufity wykreśla się poz. 34 — Gruntowanie podłoży preparatami — powierzchnie pionowe — ilość: 937,714 m2, cena jednostkowa netto: 6,74 zł, wartość pozycji netto: 6320,19 zł.

11 marca 2024 r. Odwołujący w odpowiedzi zakwestionował poprawienie ww. omyłki stwierdzając, że cena oferty została skalkulowana zgodnie z przedmiarami robót zawartymi w SWZ.

27 marca 2024r. Zamawiający skierował do Odwołującego informację o unieważnieniu czynności poprawienia omyłki w ofercie o której mowa w piśmie z 8 marca 2024 r. Zamawiający stwierdził, że po ponownej analizie stanu faktycznego sprawy, ustalono, że nie zachodzą podstawy do dokonania poprawy w ofercie w/w omyłek.

Obaj ww. Wykonawcy mieli w swoich ofertach brak poz. nr 34 w Dziale I. Architektura

i konstrukcja; Grupa 1.3-Ściany i sufity — Gruntowanie podłoży preparatami — powierzchnie pionowe — ilość: 937,714 m2.

Skoro Zamawiający uznał skalkulowanie poz. nr 34 za prawidłowe w ofercie Odwołującego,

to zobowiązany był tym samym do odrzucenia ofert obu ww. Wykonawców. Oferty te zostały sporządzone niezgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 – ich treść była niezgodna z warunkami zamówienia, zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

12 kwietnia 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego. W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności ofert wykonawców Przedsiębiorstwo Wielobranżowe POL-REM Sp. z o.o. z siedzibą w

Myszkowie i Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Euro - Dach” R.P. Zamawiający wskazał na sprzeczność między wzorem kosztorysu ofertowego i przedmiarem, polegającą na braku pozycji nr 34 w kosztorysie ofertowym. Stąd Zamawiający wywiódł, że sprzeczność ta, skutkująca nieujęciem przez obu ww. wykonawców tej pozycji w ofertach nie mogła prowadzić do odrzucenia ofert tych wykonawców, ponieważ była skutkiem okoliczności leżącej po stronie Zamawiającego. W zakresie zarzutu naruszenia art. 255 pkt 3 Pzp Zamawiający wskazał na wypełnienie się przesłanek ustawowych będących podstawą do unieważnienia postępowania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem:

A. SWZ wraz z załącznikami,

B. ofert Odwołującego oraz wykonawców: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe

POL-REM Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie i Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Euro Dach” R.P.,

C. korespondencji Zamawiającego z wykonawcami,

D. informacji o unieważnieniu postępowania z 27 marca 2024 r. wraz z jej sprostowaniem z 2 kwietnia 2024 r.

2. dowodów złożonych przez Odwołującego wraz z odwołaniem, nie wymienionych wyżej:

A. Plan postępowań o udzielenie zamówień na rok 2023 wersja nr 10 zamieszczony w Biuletynie Zamówień Publicznych 30 października 2023 r. nr 2023/BZP 00130516/10/P

B. Plan postępowań o udzielenie zamówień na rok 2023 wersja nr 11 zamieszczony w Biuletynie Zamówień Publicznych 12 grudnia 2023 r. nr 2023/BZP 00130516/11/P.

Izba ustaliła, co następuje:

Między Stronami nie było sporu co do stanu faktycznego sprawy.

Izba po przeprowadzeniu dowodów z ww. dokumentów potwierdziła zatem, że:

1. 27 marca 2024 r. Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. Zgodnie z uzasadnieniem unieważnienia postępowania:

„Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia kwotę brutto: 320 000,00 PLN.

Oferta z najniższą ceną, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu złożona przez Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Euro-Dach” R.P. wynosi 1 442 790,00 zł brutto i przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”.

2. Kosztorys ofertowy branży architektoniczno-budowlanej załączony do oferty Odwołującego zawierał pozycję 34 (Gruntowanie podłoży preparatami - powierzchnie pionowe). Kosztorysy ofertowe w tej samej branży złożone z ofertami przez wykonawców: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe POL-REM Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie i Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Euro - Dach” R.P. nie zawierały tej pozycji.

3. Przedmiary branży architektoniczno-budowlanej załączone przez Zamawiającego do SWZ zawierały pozycję 34, natomiast wzór kosztorysu ofertowego nie zawierał tej pozycji.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba uznała, że unieważnienie postępowania

na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp było prawidłowe. Zgodnie z art. 225 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.

Kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w rozumieniu powyższego przepisu to kwota, którą zamawiający podaje wraz z otwarciem ofert

w postępowaniu. Tym samym wyłącznie ta kwota jest punktem odniesienia do oceny,

czy zaistniała przesłanka obligująca zamawiającego do unieważnienia postępowania. Jest

to istotne w kontekście twierdzeń Odwołującego o obowiązku Zamawiającego wynikającego

ze wskazania w planie zamówień publicznych orientacyjnej wartości planowanego zamówienia. Wbrew stanowisku Odwołującego unieważnienie postępowania na podstawie

art. 255 pkt 3 Pzp w żaden sposób nie jest uzależnione od orientacyjnej wartości zadania ujętej w planie zamówień.

Żaden przepis nie obliguje również zamawiającego do zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia do wysokości orientacyjnej wartości zadania. Zamawiający w:

A.Planie postępowań o udzielenie zamówień na rok 2023 wersja nr 10 zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych 30 października 2023 r. nr 2023/BZP 00130516/10/P

B.Planie postępowań o udzielenie zamówień na rok 2023 wersja nr 11 zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych 12 grudnia 2023 r. nr 2023/BZP 00130516/11/P,

przewidział orientacyjną wartość zamówienia na poziomie znacznie wyższym niż kwota przeznaczona na realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie miał jednak żadnego obowiązku zwiększenia budżetu na realizację przedmiotu zamówienia do wartości z Planu. Art. 255 pkt 3 Pzp nie nakłada na zamawiających żadnego obowiązku zwiększenia budżetu na realizację przedmiotu zamówienia. Na zamawiającego nie został też nałożony żaden szczególny obowiązek dowodowy w zakresie wykazania, że nie zaistniały okoliczności umożliwiające odstępianie od obowiązku unieważnienia postępowania – skutek w postaci unieważnienia postępowania nie jest uzależniony od udowodnienia przez zamawiającego,

że nie był w stanie zwiększyć kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia.

Tym samym decyzja o ewentualnym zwieszeniu tej kwoty leży wyłącznie w kompetencjach zamawiającego.

W zakresie zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia ofert wykonawców Przedsiębiorstwo Wielobranżowe POL-REM Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie

i Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Euro - Dach” R.P., jako ofert niezgodnych z warunkami zamówienia Izba wskazuje, co następuje.

Wobec oddalenia zarzutu bezpodstawnego unieważnienia postępowania zarzut dotyczący ofert konkurencyjnych wykonawców nie mógł mieć żadnego wpływu na wynik postępowania. Uznanie unieważnienia postępowania za zasadne powoduje skuteczne zakończenie tego postępowania, zatem ewentualna nieprawidłowość ofert konkurencyjnych wykonawców nie ma już żadnego znaczenia dla możliwości uzyskania przez Odwołującego zamówienia.

Izba wskazuje jednak, że zarzut dotyczący ofert obu ww. wykonawców nie potwierdził się również w zakresie merytorycznym. W postępowaniu niesporna była okoliczność dotycząca wspomnianej wyżej rozbieżności między przedmiarem robót załączonym do SWZ oraz wzorem kosztorysu ofertowego. Oba te dokumenty pochodziły od Zamawiającego, więc sprzeczność między nimi nie mogła wywołać negatywnych skutków dla ofert wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 .....