Sygn. akt: KIO 645/24

WYROK

Warszawa, dnia 18 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:**Marek Bienias**

Protokolant: **Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2024 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MAREXSp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Chorzowie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Grupę Górniczą S.A. z siedzibą w Katowicach,**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MAREX Sp. z o.o. Sp.kz siedzibą w Chorzowie** i

2.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MAREX Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Chorzowie**, tytułem wpisu od odwołania.

2.2.Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 645/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach– prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowa obsługa placów składowych i transportu wewnętrznego na powierzchni (w tym kopalnianej sieci wąskotorowej) w okresie 12 m-cy dla Polskiej Grupy Górniczej S.A Oddział KWK Piast-Ziemowit” z podziałem na zadania (nr postępowania: 422303001).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem:676097-2023 w dniu 7 listopada 2023 r.

W dniu 26 lutego 2024 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MAREX Sp. z o.o. Sp.kz siedzibą w Chorzowie wniósł odwołanie w zakresie Zadania nr 1 – Ruch Piast, zarzucając niezgodność z ustawą czynności (zaniechań) Zamawiającego, polegających na:

1. Unieważnieniu postępowania w zakresie Zadania nr 1;

2. Zaniechaniu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 1.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.art. 255 pkt 3) Pzp, poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie Zadania nr 1 – Ruch Piast, gdyż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji gdy Zamawiający nie złożył oświadczenia, że nie dysponuje możliwością zwiększenia środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia do poziomu cen rynkowych odzwierciedlonych w cenie oferty Odwołującego;

2.art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, w sytuacji gdy: (1) Zamawiający oszacował wartość zamówienia oraz kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z pominięciem aktualnych rynkowych kosztów wykonania zamówienia, (2) w innych postępowaniach Zamawiający zwiększał kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia do poziomu ofert z najniższymi cenami, zaś w niniejszym postępowaniu arbitralnie poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3) Pzp, co wiązało się również z odmową udostępnienia dokumentów wnioskowanych przez Odwołującego w pismach z dnia 16 lutego 2024 r., 19 lutego 2024 r. oraz 20 lutego 2024 r.;

3.art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia;
2. dokonanie czynności badania i oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MAREX Sp. z o.o. Sp.kz siedzibą w Chorzowie, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 marca 2024 r. (pismo z dnia 11 marca 2024 r.) wnosił oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z 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.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 16 pkt 1-3 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.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że zgodnie z 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.

Z kolei informacja o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podawana jest przez Zamawiającego najpóźniej przed otwarciem ofert. Zgodnie z art. 222 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Izba zważa, że sformułowanie zawarte w przepisie art. 255 pkt 3 ustawy PZP w postaci „Zamawiający unieważnia" prowadzi do wniosku, że ustawowy przymus unieważnienia postępowania zachodzi wówczas, gdy tylko okaże się, że zachodzi jedna z dwóch alternatywnych przesłanek (tj. cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia), a Zamawiający nie może lub nie chce zwiększyć kwoty pokrycia finansowego.

Istotne bowiem jest to, iż decyzja o zwiększeniu tej kwoty jest oparta wyłącznie na swobodnym uznaniu Zamawiającego. W ocenie Izby 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.

W związku z powyższym, Zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Izba zważa, że w przedmiotowym postępowaniu w ramach Zadania nr 1 zostały złożone 2 oferty, tj. oferta Odwołującego na kwotę 9 915 915,60 zł brutto oraz oferta wykonawcy „TRAKT" Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach na kwotę 6 436 641,66 zł brutto. W wyniku przeprowadzonej w dniu 11 stycznia 2024 r. aukcji elektronicznej, Odwołujący otrzymał 100,00 pkt składając ofertę za cenę 6 416 640,00 zł brutto, zaś wykonawca „TRAKT" Sp. z o.o. otrzymał 99,99 pkt składając ofertę za cenę 6 416 641,66 zł brutto. Następnie w wyniku negocjacji, przeprowadzonych w dniu 22 stycznia 2024 r. Odwołujący złożył ostateczną ofertę na kwotę: 4 639 995,00 zł netto, tj. 5 707 193,85 zł brutto.

W pierwszej kolejności Odwołujący zarzuca, że Zamawiający nie złożył oświadczenia, że nie dysponuje możliwością zwiększenia kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w odniesieniu do Zadania nr 1 (4 114 876,81 zł brutto) do ceny oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego (5 707 193,85 zł brutto). W ocenie Izby Odwołujący całkowicie pomija fakt, iż Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania oparciu o art. 255 pkt 3) ustawy PZP, gdyż cena najkorzystniejszych ofert w zakresie obydwu zadań przewyższa kwoty, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, przez co w ocenie Izby należy rozumieć, że Zamawiający złożył oświadczenie, iż nie dysponuje możliwością zwiększenia kwoty w odniesieniu do Zadania nr 1 do ceny oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

W dalszej kolejności Odwołujący zarzuca, iż Zamawiający zaniżył wartość szacunkową zamówienia, tj. kwotę 4 841 031,54 zł brutto oraz kwotę przeznaczoną na jego sfinansowanie, tj. kwotę 4 114 876,81 zł brutto. W pierw należy zauważyć, że na podstawie protokołu postępowania wynika, iż wartość zamówienia została ustalona w dniu 18.09.2023 r. oraz zatwierdzona Uchwałą nr 2621/2023 z dnia 06.10.2023r. Zarządu Polskiej Grupy Górniczej S.A. Z ww. uchwały jednoznacznie wynika, iż szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na kwotę 7 165 258,00 zł netto (8 813 267,34 zł brutto), w tym: zadanie nr 1 – Ruch Piast: 3 935 798,00 zł netto (4 841 031,54 zł brutto), zadanie nr 2 – Ruch Ziemowit: 3 229 460,00 zł netto (3 972 235,80 zł brutto). Natomiast środki finansowe, które Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia zostały ustalone na kwotę: 6 090 469,30 zł netto (7 491 277,24 zł brutto), w tym: zadanie nr 1 – Ruch Piast: 3 345 428,30 zł netto (4 114 876,81 zł brutto), zadanie nr 2 – Ruch Ziemowit: 2 745 041,00 zł netto (3 376 400,43 zł brutto).

Izba zważa, iż przed otwarciem ofert w dniu 7 grudnia 2023 r., Zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 7 491 277,24 zł brutto, z podziałem na zadania: Zadanie nr 1 - Ruch Piast 4 114 876,81 zł brutto, Zadanie nr 2 – Ruch Ziemowit 3 376 400,43 zł brutto, przy czym odwołanie dotyczy wyłącznie Zadania nr 1.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy PZP, Odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W związku z powyższym, w sytuacji, w której Odwołujący nie zgadzał się z podaną kwotą, jaką zamierzał Zamawiający przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, mógł w terminie 10 dni od dnia przekazania ww. informacji Odwołującemu, tj. w dniu 7 grudnia 2023 r., wnieść odwołanie najpóźniej w dniu 17 grudnia 2023 r., a czego w niniejszym postępowaniu Odwołujący nie uczynił.

Tym samym, w ocenie Izby, zarzut w powyższym zakresie jest spóźniony i jako taki nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę ani dowody wniesione przez Odwołującego na powyższą okoliczność.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że podnoszenie przez Odwołującego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 255 pkt 3 ustawy PZP, może dotyczyć wyłącznie kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Należy bowiem zauważyć, że przepis ten w ogóle nie odnosi się do wartości szacunkowej zamówienia, co oznacza zdaniem Izby, że wartość ta nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 513 pkt 1 ustawy PZP, odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy, zaś 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 (art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP).

W ocenie Izby Odwołujący w odwołaniu nie wykazał naruszenia przepisu ustawy przez Zamawiającego odnośnie wartości szacunkowej zamówienia, tj. nie wykazał żadnego powiązania wartości szacunkowej zamówienia z normą prawną ujętą w ustawie PZP w zakresie art. 28-36 ustawy PZP, dlatego już tylko z tego powodu zarzut ten w powyższym

zakresie podlegał oddaleniu, a tym samym również dowody wniesione przez Odwołującego na powyższą okoliczność nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Z kolei odnosząc się do zarzutu, iż Zamawiający w innych postepowaniach zwiększał środki budżetowe, w sytuacji gdy oferty najkorzystniejsze przekraczały kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, Izba chciałaby podkreślić, że nie istnieje nakaz takiego samego zachowania we wszystkich poprzednio prowadzonych postępowaniach przez Zamawiającego. To, że Zamawiający dokonywał zwiększenia kwot w innych postępowaniach, nie daje wykonawcom, w tym Odwołującemu ekspektatywy prawnie egzekwowalnej takiego samego zachowania w przyszłości, na co zwrócił uwagę również Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

W ocenie Izby, istotne jest również to, iż Zamawiający w ramach swobody co do możliwości zwiększania kwoty do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty, każdorazowo podejmuje decyzję „indywidualnie, z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy, w tym konkretnego oddziału i kopalni, której dotyczy postępowanie, zyskowności danej kopalni, pilności zapewnienia obsługi placu manewrowego oraz innych elementów wpływających na konieczność utrzymania kopalni w ruchu, jej wydajności itd."

Niezależnie od powyższego, Izba zważa, iż z dokumentu dołączonego przez Zamawiającego w postaci podstawowych wskaźników techniczno-ekonomicznych KWK Piast – Ziemowit, zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, wynika, iż w ostatnich miesiącach 2023 r. nastąpił spadek sprzedaży i dalszy spadek w styczniu i lutym 2024 r., a tym samym w grudniu 2023 r., styczniu 2024 r. i lutym 2024 r. kopalnia przyniosła straty. Nadto należy zwrócić uwagę, iż z ww. dokumentu wynika także, że prognoza na stan obecny przewiduje znacznie mniejsze wydobycie niż planowane w Planie Operacyjnym Kopalń zgodnie z aktualizacją z maja 2023 r. oraz zmniejszenie przychodów ze sprzedaży ze względu na spadek ceny sprzedaży.

Tym samym, w ocenie Izby zarzut ten w powyższym zakresie podlegał oddaleniu.

Izba odniesie się jeszcze w tym miejscu do zarzutu Odwołującego, iż w ramach negocjacji przeprowadzonych po zamknięciu aukcji elektronicznej, ustalono obniżoną cenę oferty Odwołującego, która uwzględniała wysokość poszczególnych stawek jednostkowych zaakceptowanych przez Zamawiającego (tj. wyliczenie oferowanych cen jednostkowych na Zadanie nr 1 - Ruch Piast), o czym świadczą dowody dołączone do odwołania w postaci korespondencji mailowej prowadzonej z Zamawiającym.

Izba zważa, że zaakceptowanie stawek przez Zamawiającego w wyniku przeprowadzonych negocjacji, w sytuacji gdy cena netto została ustalona na kwotę 4 639 995,00 zł netto, tj. 5 707 193,85 zł brutto, zaś kwota, jaką zamierzał Zamawiający przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w ramach Zadania nr 1 została ustalona na kwotę 4 114 876,81 zł, nie daje w ocenie Izby podstawy do żądania przez Odwołującego do zawarcia umowy z Zamawiającym, w sytuacji gdy i tak zaoferowana cena w wyniku negocjacji przekraczała kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie jest w stanie zwiększyć kwoty do kwoty najkorzystniejszej oferty, na co wskazywał również Zamawiający na rozprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała za wiarygodne stwierdzenie Zamawiającego, iż „nie miał możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia", zwłaszcza, że plan finansowy oraz prognoza nie pozwalają Zamawiającemu na zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Natomiast zawarcie umowy, jak tego oczekuje Odwołujący, w przypadku braku pokrycia finansowego ze strony Zamawiającego, w ocenie Izby, wiązałoby się z odpowiedzialnością dyscyplinarną lub karną, na co słusznie zauważył również Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Pozostałe dowody wniesione przez Odwołującego, w ocenie Izby nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Konkludując, zdaniem Izby, Zamawiający nie naruszył art. 255 pkt 3) ustawy PZP ani art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP, jak również art. 239 ust.1 ustawy Pzp, który jest zarzutem wynikowym.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 8 ust. 2 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …….