

WYROK

Warszawa, dnia 17 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszek
Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez wykonawcę ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce w postępowaniu prowadzonym przez wspólnego zamawiającego 1) Skarb Państwa - Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie 2) OPGK Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie 3) Totalizator Sportowy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w imieniu i na rzecz których działa, na mocy porozumienia zawartego w trybie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: Skarb Państwa – Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce tytułem wpisu od odwołania, kwotę 4 370 zł 50 gr (słownie: cztery tysiące trzysta siedemdziesiąt złotych pięćdziesiąt groszy) poniesioną przez wspólnego zamawiającego 1) Skarb Państwa - Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie 2) OPGK Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie 3) Totalizator Sportowy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w imieniu i na rzecz których działa, na mocy porozumienia zawartego w trybie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: Skarb Państwa – Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

2.1. zasądza od wykonawcy ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce na rzecz wspólnego zamawiającego 1) Skarb Państwa - Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie 2) OPGK Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie 3) Totalizator Sportowy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w imieniu i na rzecz których działa, na mocy porozumienia zawartego w trybie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: Skarb Państwa – Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie kwotę 4 370 zł 50 gr (słownie: cztery tysiące trzysta siedemdziesiąt złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez: wspólnego zamawiającego 1) Skarb Państwa - Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie 2) OPGK Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie 3) Totalizator Sportowy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w imieniu i na rzecz których działa, na mocy porozumienia zawartego w trybie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: Skarb Państwa – Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz tytułem 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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 3920/23

Uzasadnienie

Wspólny zamawiający 1) Skarb Państwa - Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie 2) OPGK Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie 3) Totalizator Sportowy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w imieniu i na rzecz których działa, na mocy porozumienia zawartego w trybie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: Skarb Państwa – Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz.1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Przebudowa XV piętrowego budynku

posadowionego przy ul. Geodetów 1 w Rzeszowie na działce oznaczonej nr ewidencyjnym 1762 obręb 208 Nowe Miasto" (znak postępowania 1801-ILZ.260.16.2023). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 maja 2023 r. pod nr 2023/S 089-271164

Dnia 27 grudnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 ustawy Pzp odwołanie złożył Wykonawca ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od:

- 1) czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokonanej pismem Zamawiającego z 15 grudnia 2023 r.,
- 2) zaniechania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 260 ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 3) ustawy Pzp, art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne i bezpodstawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy Zamawiający mógł zwiększyć kwotę na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, a Zamawiający faktycznie nie zweryfikował możliwości zwiększenia tej kwoty i nie wykazał faktycznego braku możliwości jej zwiększenia, jak również kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia została zaniżona w odniesieniu do rzeczywistej wartości zamówienia, natomiast podjęte przez Zamawiającego działania miały jedynie pozorny charakter, gdyż jak sam Zamawiający twierdzi „w ocenie Zamawiającego zaprezentowane w wyroku z 12.10.2023 r., sygn. akt KIO 2832/23 stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w uzasadnieniu skarżonego orzeczenia jest zupełnie bezzasadne i winno zostać wyeliminowane z obrotu prawnego”;

2) art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, zaniechanie przeprowadzenia badania i oceny złożonych ofert, a w konsekwencji zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej, a przez to brak prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz w sposób przejrzysty.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 2) dokonania badania i oceny złożonych ofert;
- 3) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy przedmiotowa sprawa i jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. W celu uzyskania zamówienia Odwołujący złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Oferta Odwołującego zawiera najkorzystniejszą cenę. Oferta złożona przez Odwołującego powinna zatem otrzymać w jego ocenie najwyższą ze wszystkich ofert liczbę punktów w ramach oceny ofert i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Tymczasem Odwołujący wskazał, że Zamawiający niezasadnie dokonał unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. W konsekwencji tego Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia, mimo że złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu, co potencjalnie skutkować może powstaniem po stronie Odwołującego szkody m.in. w postaci utraty korzyści i zysków wynikających z możliwości realizacji zamówienia. Uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu uzyskać przedmiotowe zamówienie i wynikające z niego korzyści. W konsekwencji stanowi to wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp, w tym dla wniesienia odwołania.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 15 grudnia 2023r. (zawiadomienie o unieważnieniu postępowania). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 27 grudnia 2023 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że w postępowaniu przetargowym prowadzonym w niniejszej sprawie Zamawiający pismem z dnia 15 grudnia 2023 r. poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu prawnym ww. pisma Zamawiający wskazał, że „oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i brak jest możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty”. Odwołujący wskazał, że zaskarżona czynność Zamawiającego stanowi ponowne, tj. trzecie już w kolejności unieważnienie postępowania przez Zamawiającego dokonane z uwagi na fakt, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie

zamówienia i brak jest możliwości zwiększenia tej kwoty. Odwołujący podniósł, że wniósł w dniu 28 sierpnia 2023 r. odwołanie od ww. czynności unieważnienia postępowania zarzucając w szczególności, że unieważnienie postępowania było niezasadne i bezpodstawne, a Zamawiający mógł zwiększyć kwotę na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, Zamawiający nie zweryfikował możliwości zwiększenia tej kwoty i nie wykazał braku możliwości jej zwiększenia, jak również zarzucając zaniżenie kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia w odniesieniu do rzeczywistej wartości zamówienia. Zamawiający pismem z dnia 6 września 2023 r. dokonał unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, a następnie w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 września 2023 r. uwzględnił w całości zarzuty Odwołującego, w tym odnoszące się do dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Postępowanie odwoławcze pod sygnaturą akt KIO 2543/23 zostało umorzone postanowieniem z dnia 11 września 2023 r. Następnie w dniu 14 września 2023 r. Zamawiający ponownie unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego uzasadniając swoją czynność w ten sam sposób, tj. że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i brak jest możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Ww. czynność została zaskarżona przez Odwołującego i wyrokiem z 12 października 2023 r. (sygn. akt: KIO 2832/23) Izba dokonała unieważnienia czynności unieważnienia postępowania. Wyrok ten stał się prawomocny, wobec czego Zamawiający po raz trzeci w dniu 15 grudnia 2023r. unieważnił postępowanie z uwagi na fakt, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i brak jest możliwości zwiększenia tej kwoty. Taka czynność Zamawiającego nie zasługuje zdaniem Odwołującego na aprobatę, albowiem dokonując wskazanej czynności Zamawiający naruszył przepisy wskazane w zarzutach przedstawionych w petitum odwołania, a także nie zastosował się do wytycznych zawartych w wyroku KIO z 12 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2832/23 co do dopuszczalności unieważnienia postępowania na powoływanej do tej pory przez Zamawiającego podstawie prawnej.

Działanie Zamawiającego, który z uwagi na brak środków na zwiększenie wynagrodzenia, jakie zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, do wartości najkorzystniejszej ceny unieważnia postępowanie jest w ocenie Odwołującego nieracjonalne również z tego powodu, że w projekcie umowy na realizację przedmiotowego zamówienia Zamawiający przewidział mechanizmy waloryzacji wynagrodzenia. Odwołujący wskazał, że zgodnie z informacjami zawartymi w protokole postępowania w trybie przetargu nieograniczonego zamówienie zostało podzielone na części, gdzie wartość całego zamówienia wynosi 32 225 541,41 zł netto, a wartość aktualnie udzielanego zamówienia częściowego została oszacowana na kwotę 20 014 407,10 zł netto. Wartość zamówienia została ustalona w dniu 23 lutego 2023, 24 lutego 2023 r., 17 kwietnia 2023 r. oraz 19 kwietnia 2023 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Zamawiający przed otwarciem ofert ogłosił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 24 403 817,19 zł brutto. Odwołujący złożył w postępowaniu najniższą ofertę w kwocie 25 764 944,00 zł brutto, a więc o 1 361 126,81 zł brutto wyższą niż kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący wskazał, że Zamawiający obowiązany jest zbadać, czy istnieje obiektywna możliwość zwiększenia kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i dopiero wówczas, w przypadku, gdy wynik badania okaże się negatywny, podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania. Zamawiający nie podjął zdaniem Odwołującego wystarczających działań mających na celu zbadanie czy istnieje obiektywna możliwość zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. Zamawiający według Odwołującego podjął czynności pozorne mające na celu jedynie stworzenie wrażenia, że zbadał możliwość zwiększenia finansowania.

Odnosząc się do stanowiska OPGK Rzeszów S.A. zawartego w piśmie z 29 listopada 2023r., co do braku możliwości zabezpieczenia większego limitu niż kwota 7.025.858,97 zł jest ono według Odwołującego całkowicie niezrozumiałe. Z jednej strony bowiem ww. zamawiający zwraca uwagę na konieczność realizacji rzeczzonej inwestycji, a z drugiej nie widzi możliwości zabezpieczenia limitu kwotowego, który byłby wystarczający na realizację tego zadania. Dokonując oceny stanowiska zamawiającego Totalizator Sportowy Sp. z o.o. zawartego w piśmie z dnia 30 listopada 2023r. Odwołujący wskazał, że z jego treści nie wynika, iż zamawiający ten wykazał obiektywny brak środków po jego stronie na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. Odnosząc się natomiast do stanowiska zamawiającego Izby Administracji Skarbowej w Rzeszowie z 23 listopada 2023 r. Odwołujący zauważył, że jest ono wewnętrznie sprzeczne, tj. z jednej strony zawiera stwierdzenie o braku możliwości zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, a z drugiej zawiera stwierdzenie, iż „finansowanie zadania w kwocie przekraczającej zaplanowane środki, będzie możliwe za zgodą departamentu merytorycznego w przypadku powstania oszczędności na realizacji innych wcześniej zaplanowanych zadań inwestycyjnych lub zmiany priorytetów w

finansowaniu inwestycji w ramach środków w planie IAS w Rzeszowie”.

Odwołujący wskazał również, że kwota szacowanej wartości zamówienia oraz kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na jego realizację (24 403 817,19 zł brutto) są niemal tożsame. Powyższe oznacza, że Zamawiający zaplanował kwotę na realizację zamówienia zgodnie z kosztorysem inwestorskim jaki przygotował na potrzeby oszacowania kosztu tego zamówienia. W ocenie Odwołującego Zamawiający sporządził wadliwy kosztorys inwestorski, zaniżając wartość zamówienia, a w konsekwencji zaplanował niższą, niż należało kwotę jaką należy przeznaczyć na realizację zamówienia.

W dniu 12 stycznia 2024 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie. Odnosząc się do zarzutu nr 1 w zakresie zaniżenia kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia Izba wskazuje, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania w tym zakresie na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Zarzut należy zdaniem Izby rozpoznawać łącznie. Wskazać należy, że Izba nie podziela stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego w piśmie procesowym, zgodnie z którym Odwołujący mógł złożyć odwołanie dotyczące ewentualnego zaniżenia kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia na wcześniejszym etapie. W ocenie Izby Odwołujący, nie mógłby wówczas wykazać szkody, co jest niezbędnym elementem wykazania posiadania interesu we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu oferta Odwołującego znajdzie się na pierwszej pozycji w rankingu ofert w związku z czym Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego ani po stronie Odwołującego w ustawowym terminie nie zgłosił żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego wraz z załącznikami oraz pisma procesowego z dnia 15 stycznia 2024 r. złożonego przez Odwołującego wraz z załącznikami.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Przebudowa XV piętrowego budynku posadowionego przy ul. Geodetów 1 w Rzeszowie na działce oznaczonej nr ewidencyjnym 1762 obręb 208 Nowe Miasto”. W dniu 15 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu prawnym ww. pisma Zamawiający wskazał, że „oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i brak jest możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty”. Z takim wyborem nie zgodził się Odwołujący, który wskazał m.in., że Zamawiający niezasadnie i bezpodstawnie dokonał unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy mógł on zwiększyć kwotę na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, a Zamawiający faktycznie nie zweryfikował możliwości zwiększenia tej kwoty i nie wykazał faktycznego braku możliwości jej zwiększenia, jak również kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia został zaniżona w odniesieniu do rzeczywistej wartości zamówienia, natomiast podjęte przez Zamawiającego działania miały jedynie pozorny charakter. Zamawiającym w postępowaniu są trzy podmioty: 1) Skarb Państwa - Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie 2) OPGK Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie 3) Totalizator Sportowy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Każdy z podmiotów posiada następujący udział w nieruchomości, której dotyczy zamówienie: Skarb Państwa – Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie – 64,54%, OPGK RZESZÓW Spółka Akcyjna – 28,79% Totalizator Sportowy Sp. z o.o. – 6,67%. Zamawiający trzykrotnie dokonał unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i brak jest możliwości zwiększenia tej kwoty. Pierwsza czynność unieważnienia postępowania została unieważniona przez Zamawiającego na skutek uwzględnienia zarzutów zawartych w odwołaniu z

dnia 28 sierpnia 2023 r. wniesionego przez Odwołującego. W dniu 14 września 2023 r. Zamawiający dokonał kolejnego unieważnienia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wskazując, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i brak jest możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Ww. czynność została również zaskarżona przez Odwołującego i wyrokiem z 12 października 2023 r. (sygn. akt: KIO 2832/23) Izba nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. Zamawiający w dniu 24 listopada 2023 r. dokonał unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz przystąpił do ponownego zbadania możliwości zwiększenia środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia przez wspólnych zamawiających. W dniu 29 listopada 2023 r. OPGK Rzeszów S.A. poinformowała o braku możliwości zwiększenia finansowania powyżej dotychczasowego limitu. Totalizator Sportowy Sp. z o.o. pismem z dnia 30 listopada 2023 r. poinformował o braku możliwości zaangażowania większych środków powyżej dotychczas zadeklarowanej kwoty. Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie w dniu 29 listopada 2023 r. uzyskała odpowiedź Ministerstwa Finansów, z której wynika brak możliwości zabezpieczenia dodatkowych środków na realizację przedmiotowego zamówienia. Mając na uwadze stanowiska wszystkich trzech zamawiających postępowanie w dniu 15 grudnia 2023 r. zostało ponownie unieważnione z uwagi na brak możliwości zwiększenia kwoty koniecznej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty najkorzystniejszej.

Przedmiotem rozpoznania niniejszej sprawy było ustalenie czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na to, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający przed dokonaniem unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp obowiązany jest ustalić, czy może zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia ze wspólnym zamawiającym składającym się ze Skarbu Państwa - Izby Administracji Skarbowej w Rzeszowie oraz dwóch spółek: OPGK Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie oraz Totalizator Sportowy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Podmioty te jako współwłaściciele budynku zlokalizowanego w Rzeszowie, przy ul. Geodetów 1 zawarły porozumienie mające na celu dokonanie przebudowy budynku. Wskazać należy, że podmioty te mają partycypować w kosztach przebudowy stosownie do posiadanego udziału w nieruchomości. Mając na uwadze powyższe weryfikacji, czy istnieje możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty powinny dokonać wszystkie trzy podmioty. Izba podziela stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego, że brak możliwości zwiększenia środków przez chociaż jeden z nich jest równoznaczny z brakiem możliwości zwiększenia środków przez wszystkie podmioty. W ocenie Izby Zamawiający wykonał czynności, do których był zobowiązany zgodnie z wyrokiem KIO 2832/23 Przedstawił on bowiem zarówno pismo z Ministerstwa Finansów z dnia 29 listopada 2023 r., z którego wynika, że plan wydatków majątkowych IAS w Rzeszowie nie przewiduje dodatkowych środków wynikających ze zgłoszonego wzrostu planowanego kosztu realizacji przedmiotowego zadania. W piśmie wskazano, że w chwili obecnej nie ma możliwości zabezpieczenia dodatkowych środków, ponieważ wszystkie zasoby finansowe są rozdysponowane na potrzeby jednostek KAS. Co prawda wskazano, że finansowanie zadania w kwocie przekraczającej zaplanowane środki, będzie możliwe za zgodą departamentu merytorycznego w przypadku powstania oszczędności na realizacji innych wcześniej zaplanowanych zadań inwestycyjnych lub zmiany priorytetów w finansowaniu inwestycji w ramach środków w planie IAS w Rzeszowie, jednak w ocenie Izby nie stanowi to wiążącej obietnicy przeznaczenia środków, która uprawniałaby Zamawiającego do zaciągnięcia w tym momencie zobowiązania powyżej dotychczas przewidzianych na realizację zamówienia środków. Podobnie wygląda sytuacja w przypadku OPGK Rzeszów z siedzibą w Rzeszowie. Z pisma z dnia 29 listopada 2023 r. wynika, że spółka ta nie ma możliwości zwiększenia budżetu powyżej zabezpieczonego limitu. Jako uzasadnienie stanowiska wskazano trudną sytuację na rynku robót geodezyjnych stanowiących podstawową działalność tej spółki. Spółka wskazała, że odnotowuje straty, kończy i kontynuuje dotychczasowe zamówienia, natomiast występują trudności w uzyskaniu nowych zamówień, w związku z czym pozyskane środki muszą zostać przeznaczone na bieżącą działalność. Potwierdzenie tego stanowiska znalazło się w załącznikach do pisma z dnia 12 stycznia 2024 r. tj. w rachunku zysków i strat sporządzonym na dzień 30 listopada 2023 r. oraz protokole z posiedzenia zarządu z dnia 17 listopada 2023 r. zawierającym uchwałę dotyczącą redukcji zatrudnienia u tego zamawiającego. W ocenie Izby przedłożone dokumenty są wystarczające do dokonania oceny, że podmiot ten również nie posiada możliwości zwiększenia środków przeznaczonych na realizację przedmiotowego zamówienia i środki, które ewentualnie pozyska w pierwszej kolejności przeznaczy na bieżącą działalność.

Odnosząc się do pisma spółki Totalizator Sportowy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 30 listopada 2023 r. Izba stwierdza, że nie wynika z niego brak możliwości przeznaczenia dodatkowych środków na realizację zamówienia. Pismo to odnosi się do analizy opłacalności przeznaczenia dodatkowych środków. Z pisma wynika, że w ocenie tej spółki oraz

jej podmiotów doradczych przeznaczenie środków byłoby nieracjonalne ekonomicznie w świetle wyceny udziału w nieruchomości. Nie świadczy to jednak o braku możliwości przeznaczenia dodatkowych środków. Należy jednak zwrócić uwagę, że Totalizator Sportowy Sp. z o.o. jest mniejszościowym udziałowcem w nieruchomości, co więcej Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że jeden z udziałowców nie ma możliwości, ani obowiązku ponoszenia środków za pozostałe podmioty. Odnosząc się do pisma procesowego z dnia 15 stycznia 2024 r. złożonego przez Odwołującego Izba wskazuje, że ustawa Pzp nie nakłada na Zamawiającego obowiązku wykazania skorzystania z wszelkich możliwych dróg finansowania. W związku z tym zdaniem Izby Zamawiający w dostateczny sposób wykazał, że dokonał weryfikacji możliwości przeznaczenia dodatkowych środków na realizację zamówienia. Nie był on zobowiązany do występowania o dofinansowanie czy kredytowanie inwestycji.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 jest on zarzutem akcesoryjnym powiązany z zarzutem wcześniej powołanym, a co za tym idzie w przypadku oddalenia wcześniejszego zarzutu należy przyjąć, że również on nie zasługuje na uwzględnienie.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. § 5 pkt 2 lit. a i b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: