

Sygn. akt: KIO 2832/23

WYROK

z dnia 12 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2023 r. przez wykonawcę **ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce**

w postępowaniu prowadzonym przez wspólnego zamawiającego: **Izbę Administracji Skarbowej w Rzeszowie, OPGK Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, 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 Prawo zamówień publicznych: Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:
 - 2.1. 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;
 - 2.2. zasądza od wspólnego zamawiającego: Izby Administracji Skarbowej w Rzeszowie, OPGK Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, Totalizatora Sportowego 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 Prawo zamówień publicznych: Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie na rzecz wykonawcy ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce kwotę 22 952,00 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia dwa tysiące dziewięćset pięćdziesiąt dwa złote zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2832/23

UZASADNIENIE

Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie, OPGK Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, 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 Prawo zamówień publicznych: Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie (dalej: „zamawiający”) prowadzi,

na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) - zwanej 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 sprawy 1801-ILZ.260.16.2023 - dalej „postępowanie” lub „zamówienie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 maja 2023 r. pod numerem 2023/S 089-271164.

W dniu 25 września 2023 r. przez wykonawcę **ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce** (dalej „odwołujący”) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegających na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokonanego pismem zamawiającego z 14 września 2023 r. oraz zaniechania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

- 1.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 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;
- 2.art. 260 ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania,
z uwagi na brak uzasadnienia faktycznego odnośnie podjęcia działań mających na celu faktyczne, a nie jedynie pozorne, zweryfikowanie możliwości zwiększenia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- 3.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 zachowania uczciwej konkurencji oraz w sposób przejrzysty.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; dokonania badania i oceny złożonych ofert; dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący, na potwierdzenie swoich zarzutów, przywołał następującą argumentację.

W pierwszej kolejności przypomniał, że w postępowaniu przetargowym prowadzonym w niniejszej sprawie zamawiający, pismem z 18 sierpnia 2023 r., poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując w treści pisma, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i brak jest możliwości zwiększenia tej kwoty. Odwołujący 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 zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia w odniesieniu do rzeczywistej wartości zamówienia. Zamawiający pismem z 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.

Tymczasem 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. Taka czynność zamawiającego nie zasługuje na aprobatę, albowiem dokonując jej zamawiający naruszył przepisy wskazane w zarzutach przedstawionych w petitum niniejszego odwołania.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z informacjami zawartymi w protokole postępowania w trybie przetargu nieograniczonego niniejsze 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 r., 24 lutego 2023 r., 17 kwietnia 2023 r. oraz 19 kwietnia 2023 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego.

Odwołujący przywołał przepis art. 222 ust. 4 ustawy Pzp zgodnie z którym zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie brutto, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający przed otwarciem ofert ogłosił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć

na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 24 403 817,19 zł. brutto. Z kolei 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 zasada przejrzystości prowadzenia postępowania, a także przepis art. 255 pkt 3 ustawy Pzp zobowiązują zamawiającego, aby dokonał sprawdzenia możliwości zwiększenia kwoty, którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do wysokości ceny najniższej oferty. Odwołujący przywołał wyrok KIO z 23 października 2017 r. w sprawie KIO 2093/17 i powołując się na zawarte w nim tezy stwierdził, że zamawiający nie powinien unieważniać przetargu, bez uprzedniego podjęcia czynności zmierzających do zbadania możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zadania. Tymczasem zamawiający nie podjął wystarczających działań, mających na celu zbadanie czy istnieje obiektywna możliwość zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. Zamawiający podjął czynności pozorne, zmierzające do wytworzenia wrażenia, że zbadał możliwość zwiększenia finansowania.

Jak wynika z uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania oraz informacji zawartych w załącznikach do protokołu z postępowania zamawiający, po tym jak uwzględnił odwołanie w sprawie przed KIO, w dniu 6 września 2023 r. na spotkaniu wspólnych zamawiających, mającym na celu ponowne zbadanie możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, zamawiający - Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie podtrzymała swoje dotychczasowe stanowisko w zakresie braku możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia, zgodnie z przypadającym udziałem. Takie stanowisko wyraził każdy z podmiotów po stronie zamawiającego. Po tym spotkaniu zamawiający otrzymał wskazaną informację o braku możliwości zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia od pozostałych zamawiających na piśmie.

Mając na uwadze okoliczności sprawy odwołujący podkreślał, że powyższe zostało uczynione jedynie po to, aby móc następnie powołać się na taki fakt w uzasadnieniu kolejnej czynności unieważnienia postępowania (z uwagi na zarzut odwołującego dotyczący braku dostatecznego uzasadnienia wskazanej czynności), a nie po to, aby faktycznie i w sposób wyczerpujący poszukać możliwości sfinansowania zamówienia. W jego ocenie zamawiający nie wykazał, że faktycznie podjął próbę znalezienia środków, tj. że każdy z zamawiających, w swoim zakresie, dołożył staranności w znalezieniu odpowiednich środków, czy to w ramach wstępnie ustalonego przez strony udziału w kosztach postępowania, czy nawet w innych proporcjach, w zależności od możliwości finansowych danego podmiotu. Odwołujący zauważył, iż nie sposób dać wiarę stanowisku zamawiającego, że podmioty o takich możliwościach finansowych nie miały obiektywnej możliwości pozyskania finansowania w brakującym zakresie.

W tym miejscu podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu występuje trzech zamawiających: (1) Skarb Państwa - Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie z udziałem procentowym w finansowaniu zamówienia wynoszącym 64,54 %; (2) OPGK RZESZÓW Spółka Akcyjna z udziałem procentowym w finansowaniu zamówienia wynoszącym 28,79 %; (3) Totalizator Sportowy Sp. z o.o. z udziałem procentowym w finansowaniu zamówienia wynoszącym 6,67 %. Postępowanie zamawiającego jest jego zdaniem niezrozumiałe i pozbawione jakiegokolwiek ekonomicznego sensu. Rozbijając kwotę brakującą do najtańszej oferty (1 361 126,81 zł.) na udziały ww. zamawiających w finansowaniu zamówienia, otrzymujemy konieczność zwiększenia finansowania przez poszczególne podmioty o: (1) Skarb Państwa - Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie - o kwotę 878 471,24 zł. brutto (przy udziale 64,54 %); (2) OPGK RZESZÓW Spółka Akcyjna - o kwotę 391 868,41 zł. brutto (przy udziale 28,79 %); (3) Totalizator Sportowy Sp. z o.o. - o kwotę 90 787,16 zł. brutto (przy udziale 6,67 %).

Mając na uwadze, że niniejsze postępowanie jest już drugim postępowaniem dotyczącym tego samego przedmiotu zamówienia (poprzednie postępowanie prowadzone przez tych samych zamawiających pod numerem postępowania: 1801-ILZ.260.62.2022, numer ogłoszenia: 2022/BZP 00404722 z dnia 21 października 2022 r.), zostało unieważnione również na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp tj. również ze względu na to, że oferta z najniższą ceną (23 610 963,17 zł.) przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (15 178 894,63 zł.) i brak było możliwości zwiększenia tej kwoty. Mimo takiego uzasadnienia, ogłaszając obecne

postępowanie przetargowe, zamawiający zwiększył tę kwotę w stosunku do kwoty jaką zamierzał wówczas przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia o 9 224 922,56 zł. Powyższe pokazuje, że zamawiający, pomimo twierdzeń, posiada zdolności do zwiększenia finansowania zamówienia. Powyższe pokazuje również, że w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, z dużym prawdopodobieństwem, zostaną złożone oferty z jeszcze wyższymi cenami, co oznacza, że opisane powyżej zaniechanie zamawiającego można będzie oceniać również w kategoriach braku przejrzystości, a nawet braku odpowiedniej gospodarności i zapewnienia dyscypliny finansów publicznych. Tymczasem koszty realizacji robót budowlanych cały czas rosną a zamawiający, chcąc wybrać najtańszą ofertę, będzie musiał zwiększyć swój budżet o wyższą kwotę niż obecnie brakującą do najtańszej oferty. W rezultacie zamawiający, chcąc uniknąć zwiększonych wydatków, będzie je musiał ponieść w jeszcze wyższej kwocie, albo po raz kolejny unieważnić postępowanie. Przedstawione powyżej okoliczności zaniechania zwiększenia kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, stanowią zdaniem odwołującego o naruszeniu art. 255 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego odwołujący zauważył, że wskazana w protokole postępowania wartość zamówienia, tj. kwota 20 014 407,10 zł. po uwzględnieniu podatku VAT 23% wynosi

24 617 720,73 zł. brutto, a zatem 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. Powyższe znajduje potwierdzenie w notatce zamawiającego z dnia 14 września 2023 r. (załącznik do protokołu postępowania), gdzie znajduje się informacja, że dysponent środków pismem z 28 marca 2023 r. zatwierdził wartość kosztorysową inwestycji. Sam zamawiający w informacji z 14 września 2023 r. o unieważnieniu postępowania wskazuje,

że „Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia została zabezpieczona na podstawie zatwierdzonej przez dysponenta środków (Ministerstwa Finansów) wartości kosztorysowej inwestycji, z zastrzeżeniem, że łączna kwota środków z budżetu państwa na realizację zadania, nie może być wyższa niż wartość kosztorysowa inwestycji określona przy rozpoczęciu jej realizacji”. Z powyższego jednoznacznie więc wynika, że w przypadku niniejszego postępowania kwota szacowanej wartości zamówienia oraz kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na jego realizację, są tożsame, tzn. ta druga jest wynikiem oszacowania pierwszej. Jeśli więc oszacowanie pierwszej wartości zawiera błędy (w tym pominięcia), jak również wartość ta nie została odpowiednio zaktualizowana (z uwagi na szybko zmieniające się ceny i koszty robót budowlanych), to powyższe ma oczywisty wpływ na tę drugą wartość (kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia).

Odwołujący przypomniał, że zgodnie z art. 28 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością. Zgodnie z art. 34 ust. 1 ustawy Pzp wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2023 r. poz. 682, 553 i 967).

Odwołujący przypomniał zapisy SWZ, odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia. Wskazał, że w wyniku analizy dokumentacji projektowej, wyjaśnień zamawiającego na etapie postępowania (pytania i odpowiedzi) oraz kosztorysu inwestorskiego stwierdził, że kwota jaką ten zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia (odpowiadająca wartości zamówienia obliczonej na podstawie kosztorysu inwestorskiego) została zaniżona w stosunku do wartości zamówienia, jaka wynikałaby z poprawnie tj. zgodnie z ww. przepisami, opracowanego kosztorysu inwestorskiego. Zamawiający błędnie, w kosztorysie inwestorskim stanowiącym w istocie podstawę do określenia kwoty jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, przykładowo (z zastrzeżeniem że jest to wartość jedynie przykładowych pozycji, a kwota ta nie wyczerpuje wszystkich braków kosztorysu inwestorskiego): a) w zakresie branży elektrycznej: nie przewidział wykonania tras kablowych wewnątrz budynku do doprowadzenia zasilania do jednostek klimatyzacyjnych, nie przewidział wykonania bruzdowania pod przewody (zamawiający odpowiedziami nakazał wykonanie instalacji oprzewodowania jako podtynkowych), nie obejmuje wykonania połączeń wyrównawczych w budynku (zamawiający odpowiedziami nakazał wykonać), nie przewidział wykonania monitoringu i sterowania kłapami ppoż. z instalacji SSP (zamawiający odpowiedziami potwierdził konieczność wykonania tego zakresu prac), nie przewidział wykonania zasilania do kłap ppoż. (zakres ujęty w dokumentacji projektowej innych branż), nie przewidział dostaw i montażu kontaktronów w oknach oraz wykonania połączenia kontaktronów z klimatyzatorami w pomieszczeniach do sterowania klimatyzacją (częściowe wyłączenia jednostek przy otwarciu okna) zakres ujęty w dokumentacji projektowej (szacowana wartość wskazanych braków w kosztorysie ok. 420 000 zł netto

/516 000 zł brutto); b) w zakresie branży budowlanej: nie przewidział demontażu z wyniesieniem stalowej klatki przeznaczonych

do likwidacji, błędnie skalkulował docieplenie dachu budynku niskiego, nie przewidział utylizacji gazu z demontowanych jednostek klimatyzacyjnych, nie przewidział wykonania balustrad (szacowana wartość wskazanych braków ok 150 000 zł. netto /185 000 zł. brutto); c) w zakresie branży sanitarnej: nie przewidział lub nieprawidłowo skalkulował demontaż instalacji wentylacji mechanicznej (szacowana wartość wskazanych braków ok 210 000 zł. netto / 258 000 zł. brutto) a więc nie przewidział przykładowego zakresu robót wynikającego z dokumentacji projektowej

i STWiORB, a także nie uwzględnił braków tej dokumentacji, które na etapie przetargu zostały przez niego skorygowane wyjaśnieniami do SWZ, o wartości szacowanej w kwocie 959 000 zł. brutto. Odwołujący przywołał w tym miejscu orzeczenie w sprawie KIO 3194/ 21 z 9 listopada 2021 r., w którym Izba wskazała, że: „podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością. Oznacza to, że przy ustaleniu wartości zamówienia zamawiający musi uwzględnić wszystkie elementy objęte zamówieniem, przekładające się na wynagrodzenie wykonawcy.”. Powyższe wynika również z rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2021 r. poz. 2458) zgodnie z którym podstawę do sporządzania kosztorysu inwestorskiego stanowią: 1) dokumentacja projektowa; 2) specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych; 3) założenia wyjściowe do kosztorysowania; 4) ceny jednostkowe robót podstawowych.

Ponadto odwołujący zauważył, że kosztorys inwestorski (jak wynika z dokumentu „Założenia wyjściowe do kosztorysu inwestorskiego”) został opracowany przez zamawiającego w dniu 24 lutego 2023 r. w oparciu o: stawkę roboczogodziny - średnia dla robót w stolicy dla woj. podkarpackiego wg. biuletynów SEKOCENBUD IV kw. 2022, narzuty: koszty pośrednie, zysk Z, koszty zakupów Kz - średnie dla robót ogólnobudowlano-inwestycyjne poziom cen IV kw. 2022 r., ceny materiałów bez kosztów zakupów - średnie z informatorów cenowych z IV kw. 2022 r., ceny pracy sprzętu łącznie z kosztami jednorazowymi: średnie z informatorów 9 cenowych z IV kw. 2022 r., a zatem został opracowany o nieaktualny na dzień ogłoszenia (8 maja 2023 r.) o zamówieniu poziom cen lub kosztów robót, sprzętu i materiałów, gdyż na ten moment były już opublikowane biuletyny SEKONCENBUD za I kwartał 2023 r. i zamawiający powinien był zaktualizować odpowiednio przygotowany kosztorys inwestorski.

Odwołujący przypomniał, że zamawiający wskazał w protokole z postępowania, że „Wartość zamówienia została ustalona w dniu 23 lutego 2023 r., 24 lutego 2023 r., 17 kwietnia 2023 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego”, co oznacza, że zgodnie z tą deklaracją powinien był już przyjąć ceny za I kwartał 2023 r. (17 kwietnia 2023 r.), tymczasem jedyny kosztorys obejmuje ceny za IV kwartał 2022 r. Podkreślał, że występuje różnica pomiędzy IV kwartałem 2022 r. a I kwartałem 2023 r., gdzie poszczególne ceny mogą różnić się od kilku do kilkunastu procent, co ma wpływ na ustalenie prawidłowej wartości zadania. Niestety zamawiający, przyjmując nieaktualne ceny i średnie cen, zaniżył wartość zamówienia i nie dochował należytej staranności w ustaleniu wartości zamówienia. Zamawiający dokonał w dniu 17 kwietnia 2023 r. aktualizacji w zakresie wyłącznie szacowania kosztów uwzględniających jakościowe kryteria oceny ofert, wskazanych w SWZ, ale zaniechał dokonanie powyższego odnośnie zaktualizowania całego kosztorysu inwestorskiego. W efekcie uchybień przepisom wskazanego Rozporządzenia zamawiający sporządził wadliwy kosztorys inwestorski, zaniżając wartość zamówienia, a w konsekwencji zaplanował niższą niż należało kwotę jaką należy przeznaczyć na realizację zamówienia. Gdyby zamawiający prawidłowo określił wartość zamówienia w oparciu o prawidłowo sporządzony kosztorys inwestorski, to cena oferty najniższej mieściłaby się w kwocie jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Mając powyższe na uwadze, zdaniem odwołującego, nie było zasadne unieważnienie postępowania w oparciu o art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. W tej sytuacji zasadnym było usunięcie błędów wadliwej wyceny wartości zamówienia i zwiększenie w wyniku tego kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na jego realizację.

W dalszej części odwołujący argumentował, że mając na uwadze, że zamówienie zostało podzielone na części, zamawiający posiada środki aby zwiększyć wartość części zamówienia objętej niniejszym postępowaniem, gdyż przewidział wydatek 32 225 541,41 zł. netto (39 637 415,93 zł. brutto przy stawce VAT 23 %) na całe zamówienie. W tej sytuacji możliwe jest podwyższenie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia co najmniej o kwotę 1 361 126,81 zł. brutto, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej i udzielenie zamówienia. Wskazane powyżej uchybienia w konsekwencji oznaczają, że zamawiający naruszył w toku postępowania przetargowego przepisy wskazane na wstępie. W okolicznościach sprawy postępowanie przetargowe nie powinno zostać unieważnione.

Odnosząc się następnie do zarzutu naruszenia art. 260 ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że w piśmie informującym o unieważnieniu postępowania kwestia braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, nie została w żaden sposób uzasadniona ani wyjaśniona, poza lakoniczną informacją o podstawie prawnej unieważnienia i ograniczeniu się do wskazania kwot widniejących w protokole postępowania. Zgodnie z art. 260 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest podać nie tylko podstawę prawną z przytoczeniem treści przepisu, lecz w szczególności obowiązany jest do podania uzasadnienia faktycznego, które leżało u podstaw przyjęcia określonego wskazanym przepisem działania zamawiającego. Niezbędne jest dokładne poinformowanie o okolicznościach faktycznych, wyczerpujących przesłankę zawartą w powoływanym przepisie.

Zgodnie z art. 255 ustawy Pzp zamawiający jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregośkolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w powołanym przepisie ustawy. Oznacza to, że działanie zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły, a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na zamawiającym. Unieważnienie postępowania jest prawem zamawiającego, ale nie jest jego decyzją arbitralną lecz mającą uzasadnienie w obowiązujących przepisach prawa i musi być wynikiem przeprowadzonych czynności. Powołanie okoliczności faktycznych powinno być dokonane w sposób jasny i niebudzący wątpliwości. Uzasadnienie musi być na tyle wyczerpujące, by pozwalało wykonawcom na pełne zidentyfikowanie okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę podjęcia czynności unieważnienia oraz ich ewentualne zakwestionowanie w odwołaniu. Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie jest jedynie dopełnieniem wymagania formalnego z art. 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. (obecnie art. 260 ust. 1 ustawy Pzp), lecz stanowi element konstytutywny decyzji o unieważnieniu postępowania (tak wyrok KIO z 3 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2548/19). W konsekwencji, niespełnienie wymogów w zakresie uzasadnienia dokonanego przez zamawiającego unieważnienia prowadzi do naruszenia zasad przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia ujętych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Tymczasem zamawiający nie wskazał konkretnych okoliczności, na jakich oparł swoje stwierdzenie, że brak jest możliwości zwiększenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, czyniąc je arbitralnym. Zamawiający nie sprostował obowiązкови podania uzasadnienia faktycznego podejmowanej czynności, w sposób zgodny z przepisami prawa, nie wskazując precyzyjnie okoliczności stanowiących uzasadnienie unieważnienia postępowania - utrudniając w ten sposób możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości przez odwołującego.

Zamawiający jedynie dla pozorów wskazał, że rzekomo wyczerpał wszystkie możliwości, zwracając się formalnie do instytucji go finansującej oraz do pozostałych zamawiających. Powyższe było chęcią jedynie wykreowania czynności w celu odpowiedniego uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania, ale nie miało na celu zamiaru faktycznego pozyskania środków. Zamawiający nie powołał się na żadne obiektywne okoliczności i dowody dotyczące sytuacji finansowej każdego z zamawiających, które wskazywałyby na obiektywny brak możliwości zwiększenia finansowania zarówno zgodnie z ustalonymi przez nich udziałami jak i w ogóle, tj. odnoszących się do faktycznych możliwości każdego z zamawiających w zakresie zamówienia jakie chcą pozyskać. Taki sposób działania zamawiającego narusza art. 260 ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, co prowadzi do naruszenia podstawowych zasad uregulowanych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, w związku z czym już samo tylko wskazane naruszenie, powinno skutkować unieważnieniem zaskarżonej czynności. Odwołujący przytoczył treść wyroku KIO z dnia 26 września 2017 r., sygn. akt KIO 1878/17, w którym Izba wypowiedziała się odnośnie faktycznego podjęcia działań, mających na celu zweryfikowanie możliwości zwiększenia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W tym miejscu odwołujący ponownie podkreślił, że zamawiający nie poinformował wykonawców czy podjął zgodnie z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, próbę zwiększenia kwoty przeznaczonej na finansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty w sposób faktyczny, a nie jedynie pozorny, tj. nie wyjaśnił dlaczego nie może przeznaczyć na realizację zamówienia kwoty na poziomie najkorzystniejszej oferty, a ograniczył się do lakonicznego stwierdzenia, że nie posiada odpowiednich środków, w tym ograniczył się do pozyskania lakonicznych oświadczeń od pozostałych zamawiających, w oderwaniu od faktycznych możliwości finansowych w zakresie dobra jakie chcą pozyskać.

Odnosząc się z kolei do zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołujący w pierwszej kolejności zauważył, że przedmiotowy zarzut jest konsekwencją zarzutów podniesionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych

w dokumentach zamówienia, zaś zgodnie z ust. 2 powołanego przepisu najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta

z najniższą ceną lub kosztem. Ponieważ, jak to wskazał wcześniej, brak jest podstaw

do unieważnienia postępowania, jako najkorzystniejszą ofertę zamawiający winien wybrać ofertę odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert przyjętych przez zamawiającego, i jest jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu. Przy czym zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z faktu konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp,

o wniesieniu odwołania, wzywając do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie - pismo z 9 października 2023 r., wnosząc o jego oddalenie w całości jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego

do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych

w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył swoją ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia

a jego oferta zawiera najkorzystniejszą cenę, stąd otrzymała by najwyższą ze wszystkich ofert liczbę punktów w ramach oceny ofert i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Tymczasem zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu 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.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez zamawiającego, innych niż stanowiące element dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, na okoliczności przez niego wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym

w pkt 4 SWZ jest wyłonienie wykonawcy robót budowlanych polegających na przebudowie

XV piętrowego budynku posadowionego przy ul. Geodetów 1 w Rzeszowie na działce oznaczonej nr ewidencyjnym 1762 obręb 208 Nowe Miasto. Realizowane zadanie inwestycyjne obejmuje: przebudowę istniejącego budynku wraz z wewnętrznymi instalacjami: elektryczną, kanalizacyjną, chłodniczą, grzewczą, przebudową istniejącego węzła cieplnego oraz wykonaniem dodatkowego pośredniego węzła cieplnego, wentylacją mechaniczną w budynku przy ul. Geodetów 1

w Rzeszowie. Szczegółowy zakres i sposób realizacji zamówienia określa Załącznik Nr 1 do SWZ (plik skompresowany), tj. w szczególności dokumentacja projektowa i inne dokumenty: Projekt budowlany, Projekt wykonawczy, Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB), Informacja dotycząca bezpieczeństwa i higieny zdrowia (BIOZ), Dokumenty formalno-prawne związane z realizacją zadania, w tym

w szczególności: 4.2.5.1. pozwolenie na budowę decyzja nr 777/2021 z dn. 01.12.2021 r., zgodnie z opracowaną dokumentacją autorstwa dr inż. Przemysław Bodzak Projekty Budowlane, ul. Wygodna 26/85, 94-024 Łódź. Zamawiający poinformował, że podstawą do sporządzenia oferty oraz określenia zakresu i wyliczenia ryczałtowej ceny, a następnie rozliczeń umowy jest dokumentacja projektowa i STWiORB (Załącznik nr 1 do SWZ) oraz warunki zawarte we wzorze umowy (Załącznik nr 3 do SWZ). Wykonawcę obciążają również wszelkie prace towarzyszące, oraz roboty tymczasowe nie objęte ww. dokumentacją projektową, w tym m.in.: organizacja i zabezpieczenie terenu robót wraz z niezbędnymi uzgodnieniami, uporządkowanie terenu robót po ich zakończeniu, oraz wszelkie inne prace nie objęte SWZ, a konieczne do wykonania ze względu na zasady wiedzy technicznej, obowiązujące przepisy prawa i własne doświadczenie.

Termin wykonania przedmiotu umowy określono w pkt 5 SWZ - do 24 m-cy, tj. od dnia podpisania umowy do momentu odbioru oraz uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu.

Ponadto Izba ustaliła, że we Wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ, zamawiający przewidział w § 16, że dokona zmiany wysokości wynagrodzenia, w drodze aneksu do umowy, między innymi w przypadku wystąpienia jednej z następujących okoliczności (ust. 1): 1) zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, 2) zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207), 3) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, 4) zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342). W ust. 2 wskazał, iż: Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym mowa w § 2 ust. 2, w formie pisemnego aneksu, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, na zasadach i w sposób określony w niniejszym paragrafie. W kolejnym ust. 3 przewidział, że zmiana, o której mowa w ust. 1 pkt 1, zostanie wykonana na następujących zasadach: 1) zmiana odnosić się będzie wyłącznie do części przedmiotu umowy fakturowanego po dniu wejścia w życie przepisów zmieniających stawkę podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego oraz wyłącznie do części przedmiotu zamówienia, do której zastosowanie znajdzie zmiana stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, 2) nowa wartość umowy zostanie wyliczona jako suma faktur wystawionych przed dniem wejścia w życie nowych przepisów oraz wartości netto robót pozostałych do zafakturowania powiększonej o nowe stawki podatków, 3) wartość netto robót pozostałych do zafakturowania zostanie wyliczona jako dotychczasowa wartość netto umowy pomniejszona o sumę netto faktur wystawionych przed dniem wejścia w życie nowych przepisów, 4) zmiana zostanie wprowadzona na wniosek Wykonawcy zawierający kwotę proponowanej zmiany z uzasadnieniem i jej wyliczeniem lub na wniosek Zamawiającego. (ust. 4) Zmiana, o której mowa w ust. 1 pkt 2, zostanie wykonana na następujących zasadach: 1) zmiana może odnosić się wyłącznie (warunki do spełnienia łącznie): a) do części wynagrodzenia za robociznę należnego pracownikom po dniu wejścia w życie przepisów zmieniających wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, b) do umów o pracę lub zlecenia z pracownikami realizującymi prace w zakresie umowy, a zmiana kwoty odpowiadać będzie zmianie kosztu Wykonawcy odpowiadającemu zakresowi zmian prawa, wyłącznie w części wynagrodzenia pracowników, w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu umowy, c) do umów o pracę lub zlecenia o wysokości mniejszej niż nowa wysokość minimalna, 2) zmiana zostanie wprowadzona na wniosek Wykonawcy zawierający kwotę proponowanej zmiany z uzasadnieniem i jej wyliczeniem lub na wniosek Zamawiającego, 2) zmiana dotyczyć będzie wynagrodzeń

za okres od dnia wpływu wniosku, o którym mowa w pkt 2 lub od dnia wejścia w życie przepisów, na podstawie których dokonuje się zmiany wysokości wynagrodzenia, jeśli data wejścia w życie przepisów jest datą późniejszą, 3) Wykonawca wraz z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia zobowiązany jest do przedstawienia Zamawiającemu dowodów określających poziom wzrostu,

tj.: a) wykaz pracowników zatrudnionych na umowę o pracę o wynagrodzeniu mniejszym niż nowa wysokość minimalna (wykaz pracowników zatrudnionych przez Wykonawcę musi odpowiadać wykazowi, o którym mowa w § 4 ust. 8, z dodatkowymi informacjami: wymiar etatu, na jaki jest zatrudniony pracownik, kwota wynagrodzenia miesięcznego wynikająca z aktualnie zawartej umowy, kwota wynagrodzenia miesięcznego wynikająca ze zmienionych przepisów, wskazanie, przez jaką część czasu pracy (w %) dany pracownik wykonuje prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu umowy, data, do kiedy pracownik będzie wykonywał prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu umowy. Data ta nie może być późniejsza niż data zakończenia realizacji umowy, sumaryczne koszty wynagrodzenia wg dotychczasowych warunków danego pracownika od daty zmiany do końca realizacji umowy, sumaryczne koszty wynagrodzenia wg zmienionych warunków danego pracownika od daty zmiany do końca realizacji umowy, b) wykaz pracowników pracujących na umowy zlecenie o stawce mniejszej niż nowa wysokość minimalna z

dotychczasowymi informacjami: liczba planowanych dla tego pracownika roboczogodzin, w ramach których pracownik będzie wykonywał prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu umowy, stawka bazowa wynikająca z aktualnie zawartej umowy, stawka bazowa wynikająca ze zmienionych przepisów, data, do kiedy pracownik będzie wykonywał prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu umowy. Data ta nie może być późniejsza niż data zakończenia realizacji umowy, sumaryczne koszty wynagrodzenia wg dotychczasowych warunków danego pracownika od daty zmiany do końca realizacji umowy, sumaryczne koszty wynagrodzenia wg zmienionych warunków danego pracownika od daty zmiany do końca realizacji umowy, 4) jeżeli pracownicy otrzymywali wynagrodzenie/stawkę godzinową wyższą niż nowa minimalna, to wzrost minimalnego wynagrodzenia/minimalnej stawki godzinowej nie może być przesłanką do wzrostu wynagrodzenia Wykonawcy. (ust. 5) Zmiana umowy, związana z przesłanką, o której mowa w ust. 1 pkt 3, zostanie wykonana na następujących zasadach: 1) zmiana może odnosić się wyłącznie (warunki do spełnienia łącznie): a) do części wynagrodzenia za roboczną należnego pracownikom po dniu wejścia w życie przepisów zmieniających zasady podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu, b) do umów o pracę lub zlecenia z pracownikami realizującymi prace w zakresie umowy, a zmiana kwoty odpowiadać będzie zmianie kosztu Wykonawcy odpowiadającemu zakresowi zmian prawa, wyłącznie w części wynagrodzenia pracowników w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu umowy, 2) zmiana zostanie wprowadzona na wniosek Wykonawcy zawierający kwotę proponowanej zmiany z uzasadnieniem i jej wyliczeniem lub na wniosek Zamawiającego, 3) zmiana dotyczyć będzie wynagrodzeń za okres od dnia wpływu wniosku, o którym mowa w pkt 2 lub od dnia wejścia w życie przepisów, na podstawie których dokonuje się zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu, jeśli data wejścia

w życie przepisów jest datą późniejszą, 4) Wykonawca wraz z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia zobowiązany jest do przedstawienia Zamawiającemu dowodów określających poziom zmian: a) opis zmian w zakresie zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu, b) zestawienie wynagrodzeń (zarówno przed jak i po zmianie) pracowników świadczących usługi (wykaz pracowników zatrudnionych przez Wykonawcę musi odpowiadać wykazowi, o którym mowa w § 4 ust. 8, wraz z kwotami składek uiszczanych do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w części finansowanej przez Wykonawcę, z określeniem zakresu (części etatu), w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu umowy oraz części wynagrodzenia odpowiadającej temu zakresowi). (ust. 6) Zmiana, związana z przesłanką, o której mowa w ust. 1 pkt 4, zostanie wykonana na następujących zasadach: 1) zmiana może odnosić się (warunki do spełnienia łącznie): a) do części wynagrodzenia za roboczną wypłacanego pracownikom po dniu wejścia w życie przepisów zmieniających zasady gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, b) do umów o pracę lub zlecenia z pracownikami realizującymi prace w zakresie umowy, a zmiana kwoty odpowiadać będzie zmianie kosztu Wykonawcy odpowiadającemu zakresowi zmian prawa, wyłącznie w części wynagrodzenia pracowników w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu umowy, 2) zmiana zostanie wprowadzona na wniosek Wykonawcy zawierający kwotę proponowanej zmiany z uzasadnieniem i jej wyliczeniem lub na wniosek Zamawiającego, 3) zmiana dotyczyć będzie wynagrodzeń za okres od dnia wpływu wniosku, o którym mowa w pkt 2 lub od dnia wejścia w życie przepisów, na podstawie których dokonuje się zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, jeśli data wejścia w życie przepisów jest datą późniejszą, 4) Wykonawca wraz

z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia zobowiązany jest do przedstawienia Zamawiającemu dowodów określających poziom zmian: a) opis zmian w zakresie zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych oraz wyliczenie poziomu wzrostu tych wpłat w oparciu o: wykaz pracowników (wykaz pracowników zatrudnionych przez Wykonawcę musi odpowiadać wykazowi, o którym mowa w § 4 ust. 8), datę zmiany wysokości wpłat. Data musi obejmować okres realizacji umowy, procentową wysokość wpłaty i kwotę wpłaty przed zmianą, procentową wysokość wpłaty i kwotę wpłaty po zmianie, b) zestawienie wynagrodzeń (zarówno przed jak i po zmianie) pracowników świadczących usługi (wykaz pracowników zatrudnionych przez Wykonawcę musi odpowiadać wykazowi, o którym mowa w § 4 ust. 8, wraz z kwotami wpłat do pracowniczych planów kapitałowych w części finansowanej przez Wykonawcę, z określeniem zakresu (części etatu), w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu umowy oraz części wynagrodzenia odpowiadającej temu zakresowi). (ust. 7) Zmiana umowy, związana z przesłanką, o której mowa w ust. 2, zostanie wykonana na następujących zasadach: 1) stronom będzie przysługiwało prawo do zmiany wynagrodzenia, jeżeli wykażą, że zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania przedmiotu zamówienia, 2) zmiana wysokości należnego Wykonawcy wynagrodzenia będzie dotyczyła tylko tych cen materiałów lub kosztów, jakie poniesie Wykonawca w związku z wykonywaniem umowy - zakres materiałów, które będą użyte do realizacji umowy, określa dokumentacja techniczna, 3) każda zmiana wysokości wynagrodzenia wymaga złożenia przez stronę wniosku, który powinien zawierać: a) uzasadnienie konieczności wprowadzenia zmian w wynagrodzeniu Wykonawcy wraz ze szczegółowym opisem proponowanych zmian i harmonogramem ich wykonania, b) szczegółową kalkulację i symulację wzrostu lub obniżenia kosztów mających wpływ na wysokość wynagrodzenia, c) dokumenty, które

potwierdzają dane zawarte we wniosku, 2) wynagrodzenie ulegnie waloryzacji w oparciu o wskaźnik zmiany cen produkcji budowlano - montażowej publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i ogłaszany w Dzienniku Urzędowym RP, zwany dalej „wskaźnikiem”, 3) procent waloryzacji będzie średnią arytmetyczną ostatnich dwóch opublikowanych -przed złożeniem wniosku - wskaźników kwartalnych, 4) zmiana może nastąpić, jeżeli wzrost lub spadek procenta waloryzacji, o którym mowa w pkt 5, przekracza 2 punkty procentowe, 5) waloryzacja wynagrodzenia może nastąpić dwa razy w roku, przy czym pierwsza waloryzacja może nastąpić nie wcześniej niż po 6 miesiącach od daty podpisania umowy, 6) waloryzacja wynagrodzenia dotyczyć będzie zakresu materiałów i kosztów, które nie zostały ujęte w protokołach odbioru robót do momentu złożenia wniosku, 7) waloryzacja wynagrodzenia będzie dokonywana na podstawie kosztów podanych w kosztorysach, o których mowa w § 1 ust. 6 pkt 1, a pozostałych do odebrania jako suma: a) materiały x procent waloryzacji, b) sprzęt + koszty pośrednie (od sprzętu) x procent waloryzacji. Zgodnie z ust. 8 sumaryczna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, wynikająca z zasad waloryzacji, o których mowa w ust. 1-7, nie może przekroczyć 5 % wynagrodzenia brutto określonego pierwotnie w § 2 ust. 2.

Izba ustaliła także, co wynika z dokumentu pn. „Wniosek o wszczęcie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia”, załączonego przez zamawiającego do akt sprawy, iż dokonał on ustalenia wartości zamówienia w dniu: 23.02.2023 r., 24.02.2023 r., 17.04.2023 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego - pkt 4 ww. Wniosku. Dalej, w pkt 5 wskazano, że kwota przeznaczona na finansowanie zamówienia wynosi netto: 12 805 059,85 zł./brutto 15 750 223,61 zł., do realizacji w roku 2023 w udziale IAS Rzeszów: 2 952 157,00zł. brutto, do realizacji w roku 2024 w udziale IAS Rzeszów: 6 916 036,00 zł. brutto, do realizacji w roku 2025 w udziale IAS Rzeszów: 5 882 030,61 zł. brutto. W pkt 7 znalazła się informacja, że środki na realizację zamówienia: zostały ujęte w planie rzeczowym na rok 2023 w kwocie 1 015 157,00 zł./ nie ujęte w planie - lata 2023-2025 kwota 14 735 066,61 zł.

Do przedmiotowego wniosku załączono także dwa aneksy. Aneks 1 został zatwierdzony do realizacji 26 lipca 2023 r. W pkt 4 tego dokumentu ustalono, że szacunkowa wartość zamówienia netto wynosi: 20 014 407,08 zł, co stanowi w przeliczeniu na kwotę brutto: 24 617 720,71 zł. w tym udział IAS Rzeszów 64,54% tj. 12 917 298,33 zł netto tj. 15 888 276,95 zł brutto. Kwota przeznaczona na realizację zamówienia na podstawie zaakceptowanego WKI: netto wynosi: 19 840 501,78 zł, co stanowi w przeliczeniu na kwotę brutto: 24 403 817,19 zł, w tym udział IAS Rzeszów 64,54% tj. 12 805 059,85 zł netto tj. 15 750 223,61 zł brutto. W pkt 5 Wniosku podano, że kwota przeznaczona na finansowanie zamówienia netto 12 805 059,85 zł./ brutto 15 750 223,61 zł. w tym: do realizacji w roku 2023 w udziale IAS Rzeszów: 2 952 157,00zł brutto, do realizacji w roku 2024 w udziale IAS Rzeszów: 6 916 036,00 zł brutto, do realizacji w roku 2025 w udziale IAS Rzeszów: 5 882 030,61zł brutto. Zgodnie z informacją zamieszczoną w pkt 7 środki na realizację zamówienia: ujęte w planie rzeczowym na rok 2023 w kwocie 1 015 157,00 zł. oraz, nie ujęte w planie na lata 2023-2025 w kwocie 14 735 066,61 zł.

W aneksie 2, zatwierdzonym 16 sierpnia 2023 r. w pkt 4 powtórzono informacje zawarte w analogicznym miejscu Aneksu nr 1. Z kolei w pkt 5 wskazano, że kwota przeznaczona na finansowanie zamówienia wynosi netto 13 519 264,11 zł./ brutto 16 628 694,86 zł., do realizacji w roku 2023 w udziale IAS Rzeszów: 2 952 157,00 zł. brutto, do realizacji w roku 2024 w udziale IAS Rzeszów: 7 649 199,64 zł. brutto, do realizacji w roku 2025 w udziale IAS Rzeszów: 6 027 338,22zł. brutto. W pkt 7 wskazano, że środki na realizację zamówienia: zostały ujęte w planie rzeczowym na rok 2023 w kwocie 1 015 157,00 zł./ nie zostały ujęte na lata 2023-2025 w kwocie 15 613 537,86 zł.

Izba ustaliła ponadto, że brak jest analogicznych dokumentów dotyczących pozostałych zamawiających (OPGK Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, Totalizator Sportowy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie), wskazujących jakie kwoty przeznaczyli na sfinansowanie zamówienia oraz zabezpieczyli w swoim budżecie.

Ponadto ustalono, że zamawiający zgodnie z art. 222 ust. 4 ustawy Pzp, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie brutto, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: 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.

Izba ustaliła także, że zamawiający już wcześniej, pismem z 18 sierpnia 2023 r., poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp wskazując, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć

na sfinansowanie zamówienia i brak jest możliwości zwiększenia tej kwoty. Odwołujący 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 6 września 2023 r. dokonał unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, a następnie w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 września 2023 r. wskazał, że w związku z argumentami odwołującego zawartymi w odwołaniu, zamawiający w całości uwzględnił zarzuty, o których mowa w pkt 2 odwołania (zaniechanie uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania, z uwagi na brak uzasadnienia faktycznego odnośnie podjęcia działań mających na celu zweryfikowanie możliwości zwiększenia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia), dokonując unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, pismem z dnia 6 września 2023 r. Zamawiający wskazał, że mając na uwadze nadrzędną zasadę dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. zgodności z przepisami ustawy zamawiający, z uwagi na brak wskazania dokładnych okoliczności faktycznych uzasadniających dokonanie czynności unieważnienia postępowania, dokonał jej unieważnienia. W związku z powyższym, Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 11 września 2023 r. w sprawie sygn. akt 2543/23, umorzyła postępowanie.

W dniu 14 września 2023 r. zamawiający ponownie unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, uzasadniając swoją czynność tym, 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. W uzasadnieniu faktycznym wskazał, że w dniu 4 maja 2023 r. zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, przekazując ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej celem publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Na podstawie art. 38 ustawy Pzp, przedmiotowe postępowanie prowadzone jest wspólnie przez nw. zamawiających: 1) Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie z udziałem procentowym w finansowaniu zamówienia wynoszącym: 64,54%; 2) OPGK RZESZÓW Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie- z udziałem procentowym w finansowaniu zamówienia wynoszącym: 28,79%; 3) Totalizator Sportowy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie- z udziałem procentowym w finansowaniu zamówienia wynoszącym: 6,67%, w imieniu i na rzecz których działa, na mocy porozumienia zawartego w trybie ustawy Pzp: Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie.

Dalej zamawiający wskazał, że na sfinansowanie przedmiotu zamówienia zamawiający zamierzał przeznaczyć kwotę 24 403 817,19 zł. brutto. Spośród złożonych ofert najniższa cena oferty to 25 764 944,00 zł. brutto. Cena ta przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia o 1 316 126,81 zł. brutto i brak jest możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty przez wszystkich wspólnych zamawiających. Przed czynnością unieważnienia postępowania z dnia 18 sierpnia 2023 r., Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie, odpowiedzialna za prowadzenie postępowania w imieniu wszystkich zamawiających, zwróciła się do pozostałych tj. OPGK Rzeszów S.A. oraz Totalizatora Sportowego Sp. z o.o., o możliwość zwiększenia finansowania zamówienia.

Zamawiający - Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie podjęła próbę zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, zgodnie z jej udziałem w finansowaniu. Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia została zabezpieczona na podstawie zatwierdzonej przez dysponenta środków (Ministerstwa Finansów) wartości kosztorysowej inwestycji, z zastrzeżeniem, że łączna kwota środków z budżetu państwa na realizację zadania, nie może być wyższa niż wartość kosztorysowa inwestycji, określona przy rozpoczęciu jej realizacji. Aneksem nr 2 z dnia 16 sierpnia 2023 r. do wniosku o wszczęcie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, wystąpiono z wnioskiem o zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty najkorzystniejszej spośród złożonych ofert w postępowaniu. Główny Księgowy Izby Administracji Skarbowej w Rzeszowie, wskazał jednak, iż środki potrzebne na realizację zamówienia w bieżącym roku budżetowym ujęte są w planie finansowym Izby w kwocie 1 015 157,00 zł. brutto, a wnioskowana kwota wskazana w aneksie przekracza wartość kosztorysową inwestycji zaakceptowaną przez Ministra Finansów. Mając na uwadze powyższe, a także w wyniku informacji przekazanych przez każdego z zamawiających, dotyczących braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, w dniu 17 sierpnia 2023 r. Komisja przetargowa (w skład, której wchodzi przedstawiciele wspólnych zamawiających) przedstawiła kierownikowi

Zamawiającego Dyrektorowi Izby Administracji Skarbowej w Rzeszowie propozycję unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, w związku z tym, że cena najniższej oferty złożonej w postępowaniu przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i brak jest możliwości zwiększenia tej kwoty. W związku z powyższym, zawiadomieniem z dnia 18 sierpnia 2023 r. poinformowano wykonawców o unieważnieniu postępowania, publikując jednocześnie zawiadomienie o unieważnieniu postępowania na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

W wyniku złożonego przez jednego z wykonawców odwołania od czynności unieważnienia postępowania, pismem z dnia 6 września 2023 r., zamawiający dokonał unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, z uwagi na uwzględnienie przez zamawiającego zarzutu dotyczącego braku wskazania dokładnych okoliczności faktycznych uzasadniających dokonanie czynności unieważnienia postępowania. W dniu 6 września 2023 r. na spotkaniu wspólnych zamawiających, mającym na celu ponowne zbadanie możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, zamawiający - Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie podtrzymała swoje dotychczasowe stanowisko w zakresie braku możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia zgodnie z przypadającym udziałem. W nawiązaniu do ww. spotkania, w dniu 8 września 2023 r. zamawiający - OPGK Rzeszów S.A. poinformował o braku możliwości przeznaczenia dodatkowych środków, powyżej pierwotnie zabezpieczonych na sfinansowanie zamówienia. Również Zamawiający Totalizator Sportowy Sp. z o.o., w dniu 13 września 2023 r. poinformował o braku możliwości zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia, powyżej środków pierwotnie zabezpieczonych na ten cel.

Końcowo zamawiający wyjaśnił, iż każdy ze wspólnych zamawiających posiada status zamawiającego w myśl przepisów art. 38 ust. 5 ustawy Pzp. Każdy z nich posiada samodzielność finansową i podejmuje autonomiczne decyzje. Brak zgody na zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, chociażby jednego ze wspólnych zamawiających, determinuje konieczność jego unieważnienia.

Ponadto zamawiający wskazał, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem ewentualne zwiększenie kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający podejmuje w pewnych, określonych warunkach rynkowych i w granicach wyznaczonych przez siebie możliwości finansowych (wyroki z dnia 14 marca 2014 r. KIO 392/14, z dnia 16 sierpnia 2016 r. KIO 1384/16, KIO 1401/16, KIO 1402/16, KIO 1413/16, z dnia 26 września 2017 r. KIC 1878/17, z dnia 6 grudnia 2017 r. KIO 2451/17, z dnia 29 sierpnia 2019 r. KIO 1593/19, z dnia 2 sierpnia 2021 r. KIO 1957/21).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniach Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, rację ma bowiem odwołujący wskazując, że zamawiający nie wykazał w sposób dostateczny, że nie istnieje obiektywna możliwość zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty oraz nie wykazał, że każdy z zamawiających, w swoim zakresie, dołożył staranności w znalezieniu środków w ramach czy to swoich udziałów, czy też w innych porpcjach, w zależności od posiadanych przez te podmioty możliwości finansowych.

Na wstępie należy przypomnieć treść przepisów, które znajdą zastosowanie w niniejszej sprawie. I tak, stosownie do 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 w myśl art. 260 ust.1 ustawy 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.

Zgodnie z art. 28 ustawy Pzp, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje szacowania wartości przedmiotu zamówienia. Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie,

jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 222 ust. 4 ustawy Pzp).

Pierwsza z cytowanych regulacji określa, że zamawiający ma prawo unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp w przypadku, gdy cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przekracza kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Izba podziela wprawdzie tezy z orzeczeń przywołanych przez zamawiającego wskazujące, iż ewentualne zwiększenie kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Podkreślić należy jednak, 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.

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 obowiązany do wykazania zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, spoczywał ciężar udowodnienia, iż nie istnieje po jego stronie obiektywna możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Oceniając dokumenty zgromadzone w postępowaniu, jak też załączone do pisma procesowego – odpowiedzi na odwołanie zamawiający, w ocenie Izby, nie udowodnił zasadności podjętej przez siebie decyzji o unieważnieniu postępowania tj. nie wykazał, że nie istnieje obiektywna możliwość zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty oraz, że każdy z zamawiających, w swoim zakresie, dołożył staranności w znalezieniu środków w ramach czy to swoich udziałów, czy też w innych proporcjach, w zależności od posiadanych przez te podmioty możliwości finansowych.

Zwrócić należy w tym miejscu uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu występuje trzech zamawiających: 1) Skarb Państwa - Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie, który jak wskazał zamawiający ma udział procentowy w finansowaniu zamówienia wynoszący 64,54 %, 2) OPGK RZESZÓW Spółka Akcyjna z udziałem procentowym w finansowaniu zamówienia wynoszącym 28,79 % oraz 3) Totalizator Sportowy Sp. z o.o. z udziałem procentowym w finansowaniu zamówienia wynoszącym 6,67 %. Rozbijając kwotę, brakującą celem sfinansowania najtańszej oferty (1 361 126,81 zł.) na udziały ww. zamawiających w finansowaniu zamówienia, istnieje konieczność zwiększenia

finansowania przez poszczególne podmioty o:

1) Skarb Państwa - Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie o kwotę 878 471,24 zł. brutto (przy udziale 64,54%), 2) OPGK RZESZÓW Spółka Akcyjna o kwotę 391 868,41 zł. brutto (przy udziale 28,79%), 3) Totalizator Sportowy Sp. z o.o. o kwotę 90 787,16 zł brutto (przy udziale 6,67%).

Jak trafnie dostrzegł odwołujący, niniejsze postępowanie jest już kolejnym, wszczętym w tym samym przedmiocie. Poprzednie, prowadzone pod numerem: 1801-ILZ.260.62.2022, ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00404722 z dnia 21 października 2022 r., również zostało unieważnione w oparciu o przesłankę opisaną w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp ze względu na to, że oferta z najniższą ceną (23 610 963,17 zł.) przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał wówczas przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (15 178 894,63 zł.) i brak było możliwości zwiększenia tej kwoty. Pomimo tego, ogłaszając obecne postępowanie przetargowe, zamawiający zwiększył tę kwotę w stosunku do kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia aż o 9 224 922,56 zł. Powyższe pokazuje, że zamawiający posiada zdolności do zwiększenia finansowania zamówienia, gdyż środki przeznaczone na sfinansowanie zadania zostały w sposób znaczący zwiększone (o ponad połowę w stosunku do środków przeznaczonych w roku 2022).

Istotna w niniejszej sprawie jest także okoliczność, że jak wskazano w pkt 5 SWZ, termin wykonania przedmiotu umowy wynosi do 24 m-cy, tj. od dnia podpisania umowy do momentu odbioru oraz uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu. Tym samym realizacja przedmiotowej umowy nastąpi w latach 2023 - 2025, przy czym z uwagi na to, że zamawiający unieważnił postępowanie zaraz po otwarciu ofert, bez przeprowadzenia ich badania i oceny, z dużym prawdopodobieństwem zakres robót, które zostały by zrealizowane w roku bieżącym, byłby nieznaczny. Duża część prac budowlanych, przewidzianych do realizacji, zostanie wykonana w latach 2024 - 2025.

Powyższe ma istotne znaczenie wobec tego, że z treści Notatki służbowej z dnia 14 września 2023 r. ze spotkania z dysponentem środków w Ministerstwie Finansów, która miała być podstawą decyzji zamawiającego - Izby Administracji Skarbowej w Rzeszowie, wynika jedynie, że na chwilę obecną zostały rozdysponowane wszystkie środki na potrzeby jednostek KAS i nie ma możliwości ich zwiększenia, jednakże jak stwierdzono „w przypadku pojawienia się oszczędności z innych zadań inwestycyjnych będzie możliwość przesunięcia dodatkowych środków na zadania IAS w Rzeszowie”. Treść tego dokumentu przeczy tym samym twierdzeniom zamawiającego, że nie ma możliwości pozyskania środków na sfinansowanie zadania w szczególności, że jego realizacja w znaczącej części będzie następowała w latach następnych (2024 - 2025). Dokument ten nie tylko, że nie przeczy możliwości pozyskania finansowania na lata następne, a z jego treści wynika, że takie możliwości są realne. Zamawiający nie wykazał także, że podejmował dalsze starania czy też, że prowadził korespondencję w przedmiocie możliwości zwiększenia kwoty, którą będzie mógł przeznaczyć na to zadanie właśnie w przypadku wygosparowania określonych oszczędności.

Z akt sprawy nie wynika także jakie środki na sfinansowanie zamówienia zostały przeznaczone przez pozostałe podmioty tj. OPGK RZESZÓW Spółka Akcyjna oraz Totalizator Sportowy Sp. z o.o., brak jest bowiem jakichkolwiek dokumentów w tym zakresie. Ponadto nie sposób stwierdzić, że i pozostali zamawiający podjęli jakiegokolwiek starania, mające na celu pozyskanie dodatkowych środków na sfinansowanie zamówienia, nawet w zakresie wynikającym z ich udziału w finansowaniu tego zamówienia.

Zamawiający powołuje się na pismo OPGK S.A. z dnia 8 września 2023 r. oraz wiadomość mailową Totalizatora Sportowego Sp. z o.o. z dnia 13 września 2023 r., które to dokumenty miałyby być podstawą do oceny, że pozostali zamawiający również nie widzieli możliwości przeznaczenia dodatkowych środków na realizację tego zamówienia. Tymczasem z treści tego pierwszego wynika jedynie, że „obecnie nie może przeznaczyć dodatkowych środków powyżej obecnie zabezpieczonego limitu”, nie wskazując nawet, jaki jest to limit. Z kolei w wiadomości mailowej, skierowanej do Izby Administracji Skarbowej w Rzeszowie z dnia 13 września 2023 r. przez Tomasza Lutak - p.o. Dyrektora Oddziału Totalizatora Sportowego Sp. z o.o. Oddział w Rzeszowie stwierdza, że „na chwilę obecną nie uzyskał zgody Zarządu na zwiększenie środków na finansowanie zadania inwestycyjnego” będącego przedmiotem tego postępowania. Deklaracja taka nie jest jednoznaczna z tym, że podmiot ten nie ma możliwości zwiększenia swojego udziału w realizacji tego zamierzenia inwestycyjnego. Równie dobrze złożone oświadczenie może oznaczać, że podmiot ten oczekuje na uzyskanie takiej zgody, jednakże Zarząd nie podjął w tym przedmiocie żadnej decyzji. Tym samym, wbrew twierdzeniom zamawiającego, zawarty w informacji o unieważnieniu postępowania, jak też w piśmie procesowym - nie sposób uznać, w oparciu o przedstawione dokumenty, że on sam, jak też pozostałe podmioty podjęły próby zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia i, że takie finansowanie nie będzie możliwe w latach następnych, w zakresie wynikającym ze stopnia zaawansowania prac.

Rację ma także odwołujący wskazując, że zamawiający naruszył także przepisy art. 260 ustawy Pzp, gdyż w piśmie informującym o unieważnieniu postępowania kwestia braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, nie została w żaden sposób uzasadniona ani wyjaśniona, poza lakoniczną informacją o podstawie prawnej unieważnienia i ograniczeniu się do wskazania kwot widniejących w protokole postępowania. Jak wynika z przepisu art. 260 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest podać nie tylko podstawę prawną z przytoczeniem treści przepisu, lecz w szczególności obowiązany jest do podania uzasadnienia faktycznego, które leżało u podstaw przyjęcia określonego wskazanym przepisem działania zamawiającego. Niezbędne jest dokładne poinformowanie o okolicznościach faktycznych, wyczerpujących przesłankę zawartą w powoływanym przepisie. Zamawiający powinien zatem w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania wskazać, czy podejmował próby zwiększenia środków przeznaczonych na realizację zamówienia, jakie kroki podjął i czy w ogóle jakieś czynności zostały przez niego zainicjowane celem zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Dopiero takie opisanie powodów unieważnienia postępowania powinno zakończyć się stwierdzeniem, że zamawiający nie może zwiększyć kwoty, którą przeznaczył na realizację zamówienia do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia jest przecież kwotą o charakterze minimalnym. Oznacza to, że zamawiający może dokonać korekt wydatków w budżecie, dokonując jej zwiększenia.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, o czym orzeczono w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i pkt 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.).

Przewodniczący:.....