

## WYROK

Warszawa, dnia 3 marca 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2025 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano Produkcyjne „TRAKT” Bobrzak, Teclaw – Spółka jawna z siedzibą w Woźniakowie w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Łowicz

### orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano Produkcyjne „TRAKT” Bobrzak, Teclaw – Spółka jawna z siedzibą w Woźniakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania. Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Łowicz - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp”, na realizację zadania pn.: „Przebudowa ulicy *Konopackiego w zakresie budowy miejsc parkingowych*”, numer referencyjny: IR 271.2.7.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 listopada 2024 r., numer ogłoszenia: 2024/BZP 00614602/01. Wartość zamówienia nie przekracza kwoty progów unijnych, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 16 lutego 2025 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano Produkcyjne „TRAKT” Bobrzak, Teclaw – Spółka jawna z siedzibą w Woźniakowie (dalej zwany: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego dotyczących:

- a) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia;
- b) zaniechania dokonania ponownego badania i oceny ofert;
- c) zaniechania zawarcia umowy z odwołującym, który złożył najkorzystniejszą ofertę.

Wskazanych powyżej czynności odwołujący zarzucił naruszenie art. 255 ust. 7 oraz art. 263 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych poprzez zaniechanie ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, w sytuacji kiedy na celowość takiego działania wskazują zasady prawidłowego gospodarowania środkami publicznymi.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu uchylenia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej. Ponadto, odwołujący wnosil o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa

procesowego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wyjaśnił, że w postępowaniu złożono 9 ofert, przy czym oferta odwołującego pod względem ceny była trzecią najkorzystniejszą i opiewała na kwotę 876 990,00 zł. Zamawiający na realizację zamówienia przeznaczył kwotę 910 000,00 złotych brutto. Pięć ofert z dziewięciu przekraczało kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. W dniu 28 stycznia 2025 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty wykonawcy Instal-Bud J.B., która opiewała na kwotę 770 000 zł brutto. Najtańsza oferta nie podlegała ocenie. Z tego względu oferta odwołującego stała się drugą najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu.

W dniu 12 lutego 2025 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania, z uwagi na fakt uchylania się przez Instal-Bud J.B. od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający wskazał, że podstawą unieważnienia postępowania jest art. 255 ust. 7 z uwzględnieniem art. 263 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę na treść art. 17 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych. Jednocześnie odwołujący zauważył, że doktrynie, w odniesieniu do art. 17 ustawy Pzp, wskazuje się, że: *„Przepis ten określa reguły, którymi w postępowaniu winni kierować się Zamawiający. Reguła wynikająca z punktu pierwszego odnosi się do obowiązku dążenia przez zamawiającego do uzyskania najlepszej jakości zamówienia w stosunku do środków finansowych, które "zamawiający może przeznaczyć" na realizację zamówienia. Reguła odnosi się zatem do podejmowania przez zamawiającego takich decyzji i działań, które umożliwią zastosowanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego możliwie najskuteczniejszych sposobów i narzędzi wyboru najkorzystniejszej oferty albo, odpowiednio, wynegocjowania najkorzystniejszych warunków umowy, pod względem jakości nabywanych zamówień, przy uwzględnieniu zarezerwowanych na ten cel środków w budżecie zamawiającego.”* (vide G.A. i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX 2024).

W ocenie odwołującego nie sposób podchodzić rygorystycznie do kwestii unieważnienia postępowania w przypadku uchylania się od zawarcia umowy przez pierwszego wyłonionego wykonawcę. Należałoby raczej wziąć pod uwagę, że trzecia oferta złożona w postępowaniu jest także stosunkowo korzystna cenowo, a jej wybór nie stanowi zagrożenia powstania szkody dla sfery finansów publicznych. Zdaniem odwołującego nie ma w tym sprzeczności z celem ustawy, którym jest wybór oferty najkorzystniejszej, a wręcz przeciwnie, gdyż nawet najdroższa oferta może być potencjalnie uznana za najkorzystniejszą, jeśli wszystkie inne oferty będą odrzucone.

Odwołujący w dalszej kolejności wskazał, że zamawiający, jako jednostka sektora finansów publicznych, winien każdorazowo rozważyć, czy zasada racjonalnego dokonywania wydatków pozwala na przyjęcie kolejnej oferty, czy też należy skorzystać z prawa do dochodzenia obowiązku zawarcia umowy przez wykonawcę wybranego pierwotnie.

Odwołujący powołał się także na opracowanie: „Ceny robót budowlano-montażowych i obiektów budowlanych (listopad 2024)”, opublikowane przez Główny Urząd Statystyczny, z które wskazywało na dynamikę wzrostu cen od września do listopada 2024 na poziomie 5%. Odwołujący podkreślił przy tym, że zamawiający powinien liczyć się z podobnym możliwym wzrostem cen. W przypadku jego oferty byłby to wzrost ceny do wartości przekraczającej kwotę, którą przeznaczono na realizację przedmiotowego zamówienia. Z kolei kolejne oferty w postępowaniu już obecnie przekraczały kwotę przeznaczoną przez zamawiającego na realizację zamówienia.

Dalej odwołujący wskazywał, że zamawiający winien też uwzględnić koszty operacyjne, związane z ponownym ogłoszeniem postępowania. Jak również zwracał uwagę, że późniejsze udzielenie zamówienia w oczywisty sposób wiąże się z późniejszą realizacją jego przedmiotu oraz wydłużeniem niedogodności mieszkańców Łowicza w zakresie dostępności miejsc parkingowych przy ul. Konopackiego.

Reasumując odwołujący podnosił, że w myśl art. 254 ustawy Pzp pierwszym i najbardziej pożądanym sposobem zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei przesłanki unieważnienia postępowania opisane w art. 255 ustawy Pzp stanowią zamknięty katalog, co przesądza o konieczności traktowania ich jako wyjątkowych sposobów na zakończenie postępowania. Zdaniem odwołującego, skoro w art. 255 pkt 7 ustawy Pzp wskazuje się na konieczność wzięcia pod uwagę regulacji wskazanej w art. 263 ustawy Pzp, niezbędne jest przeanalizowanie możliwości w tym zakresie. Jednocześnie odwołujący dodał, że swoboda zamawiającego w podjęciu decyzji w zakresie unieważnienia postępowania bądź ponownego badania i oceny ofert winna być ograniczona z uwzględnieniem zasad wyrażonych w art. 17 ustawy Pzp wraz z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych. W tym przypadku – w ocenie odwołującego - zasady te wskazują na celowość ponownego badania i oceny ofert, zamiast unieważnienia postępowania.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania.

## **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie zadania pn.: *Przebudowa ulicy Konopackiego w zakresie budowy miejsc parkingowych* - przebudowa ulicy Eugeniusza Konopackiego w Łowiczu (pkt 3.1. SWZ).

W postępowaniu zostało złożonych 9 ofert, w tym oferta odwołującego z ceną brutto: 876 990,00 złotych. 5 ofert złożonych w tym postępowaniu przekraczało kwotę wskazaną przez zamawiającego w Informacji o kwocie, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z 10 grudnia 2024 r., tj. kwotę 910 000,00 złotych brutto.

W dniu 28 stycznia 2025 roku zamawiający poinformował uczestników postępowania o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Instal-Bud J.B..

Z kolei w dniu 12 lutego 2025 roku zamawiający poinformował uczestników postępowania o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 ust. 7 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający wskazał m.in., że:

*„W dniu 28.01.2025 r. Zamawiający przesłał za pomocą formularzy do komunikacji informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu z informacją o konieczności dopełnienia formalności niezbędnych do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z SWZ oraz wzorem umowy stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ.*

*Zamawiający ustalał z Wykonawcą kilkakrotnie termin podpisania umowy, a Wykonawca nie stawiał się w umówionych terminach, nie podając również uzasadnienia nieobecności. W tym czasie Wykonawca zmieniał również pełnomocników do podpisania umowy, przedkładał pojedyncze dokumenty, które nie pozwalały zawrzeć umowy w wyznaczonych terminach.*

*W zaistniałej sytuacji Zamawiający działając na podstawie art. 263 ustawy pzp podjął decyzję o unieważnieniu postępowania, w wyniku uchylecia się od zawarcia umowy przez Wykonawcę, którego oferta została wyłoniona jako najkorzystniejsza. (...).*

Odwołujący zakwestionował powyższą czynność unieważnienia postępowania odwołaniem wniesionym w dniu 16 lutego 2025 roku.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W dniu 28 lutego 2025 roku zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na pismach i podane do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

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

W ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 255 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem .

Z kolei przepis art. 263 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę albo unieważnić postępowanie.

Stosownie do art. 17 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Zgodnie zaś z art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2024 r., poz. 1530, ze zm.) wydatki publiczne powinny być dokonywane:

- 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:
  - a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
  - b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Tytułem uwag wstępnych i pewnego sprostowania Izba zauważa, że zamawiający w podstawie prawnej unieważnienia postępowania omyłkowo powołał się na art. 255 ust. 7 (a nie na art. 255 pkt 7) ustawy Pzp, którą to omyłkę dalej powiełał odwołujący w treści odwołania. Niemniej jednak omyłka ta nie jest kwestionowana przez odwołującego, a ponadto nie ma wpływu na identyfikację podstawy prawnej podjętej przez zamawiającego czynności z oczywistych względów. Po pierwsze, art. 255 ust. 7 ustawy Pzp nie istnieje. Po drugie, zamawiający bezpośrednio przytacza treść art. 255 pkt 7 ustawy Pzp w Informacji o unieważnieniu postępowania.

Odnosząc się zaś bezpośrednio do zarzutu podniesionego w odwołaniu, Izba wskazuje, że jest on całkowicie bezzasadny.

Izba w pełnym zakresie podzieliła stanowisko wyrażone przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 lutego 2025 roku (data wpływu: 28 luty 2025 r.), jak i przedstawione na rozprawie, i uznała, że czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na uchylanie się przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, od zawarcia umowy, jest prawidłowa i zgodna z ustawą Pzp.

Powołany powyżej przepis art. 255 pkt 7 ustawy Pzp wskazuje na to, że w przypadku uchylecia się przez wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający unieważnia postępowanie, z uwzględnieniem art. 263 ustawy Pzp. Jednocześnie z treści art. 263 ustawy Pzp wynika, że przepis ten daje zamawiającemu możliwość wyboru pomiędzy dokonaniem ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców i wyborem najkorzystniejszej oferty a unieważnieniem postępowania. Świadczy o tym użyte w tym przepisie sformułowanie „może”. Zatem zamawiający, stojąc w obliczu sytuacji, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy albo uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, może podjąć decyzję albo o dokonaniu ponownego badania i oceny ofert spośród pozostałych ofert i wybrać ofertę najkorzystniejszą albo unieważnić postępowanie. Sam odwołujący przyznał na rozprawie, że przepis art. 263 ustawy Pzp jest w ten sposób skonstruowany, że zawiera alternatywę rozłączną.

Zdaniem Izby bez znaczenia jest tutaj kwestia, którą z możliwości ustawodawca wskazał w pierwszej kolejności w dyspozycji przepisu art. 263 ustawy Pzp, skoro są one *de facto* traktowane jako równorzędne możliwości postępowania zamawiającego w sytuacji uchylania się przez wykonawcę od zawarcia umowy. Brzmienie przepisu nie wskazuje, żeby w tym zakresie ustanowiona została zasada prymatu wyboru oferty najkorzystniejszej, a co podnosił odwołujący na rozprawie. Nie wskazuje na to również przepis art. 254 ustawy Pzp, powołany przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania. Przepis ten stanowi, iż postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się:

- 1) zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo
- 2) unieważnieniem postępowania.

Tym samym stwierdzić należy, że skoro ziściły się ustawowe przesłanki do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 7 ustawy Pzp i zamawiający – uwzględniając przepis art. 263 ustawy Pzp – wybrał ten sposób zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, to nie sposób czynić mu zarzutu, że podjęta przez niego czynność jest niezgodna z przepisami ustawy.

Co więcej, z przepisów prawa nie wynika ograniczenie swobody zamawiającego w tym zakresie. Nie sposób tego wywieść ani z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, ani z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, na które powoływał się również odwołujący.

Należy też wskazać na przepis art. 513 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie przysługuje na:

- 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;
- 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym

systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;

3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Czynność unieważnienia postępowania została dokonana przez zamawiającego w oparciu o art. 255 pkt 7 ustawy Pzp, z uwzględnieniem art. 263 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał, aby czynność ta naruszała w jakikolwiek sposób powołane przepisy. A jak wynika z powołanego powyżej przepisu art. 513 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego. Odwołujący nie wykazał tej niezgodności.

W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a zatem odwołanie należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 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 2020 r. poz. 2437).

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....