

WYROK

Warszawa, dnia 11 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Małgorzata Rakowska

Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron i uczestnika w dniu 5 marca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FBSerwis Odbiór sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, FBSerwis Zielony Kamieński sp. z o.o., Ruszczyn 100, 97-360 Kamieńsk, FBSerwis Zielony Dolny Śląsk sp. z o.o., Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o.

przy udziale uczestników po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt KIO 300/25 wykonawcy Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FBSerwis Odbiór sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, FBSerwis Zielony Kamieński sp. z o.o., Ruszczyn 100, 97-360 Kamieńsk, FBSerwis Zielony Dolny Śląsk sp. z o.o., Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FBSerwis Odbiór sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, FBSerwis Zielony Kamieński sp. z o.o., Ruszczyn 100, 97-360 Kamieńsk, FBSerwis Zielony Dolny Śląsk sp. z o.o., Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 4 840 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące osiemset czterdzieści złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz tytułem zwrotu kosztów związanych z dojazdem na rozprawę;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FBSerwis Odbiór sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, FBSerwis Zielony Kamieński sp. z o.o., Ruszczyn 100, 97-360 Kamieńsk, FBSerwis Zielony Dolny Śląsk sp. z o.o., Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia na rzecz zamawiającego: Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o. kwotę 4 840 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące osiemset czterdzieści złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz tytułem zwrotu kosztów związanych z dojazdem na rozprawę.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych, pochodzących z terenu m.st. Warszawy”, nr postępowania: RZP.27.22.2024.KB.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 5 sierpnia 2024 r. pod numerem: OJ S 151/2024 468950-2024 w zakresie Zadania 4: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych w planowanej ilości maksymalnej 70 000 Mg”.

W dniu 16 stycznia 2025 r. Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie w ramach Zadania 4.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący -wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: FBSerwis Odbiór sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, FBSerwis Zielony Kamieńsk sp. z o.o., Ruszczyn 100, 97-360 Kamieńsk, FBSerwis Zielony Dolny Śląsk sp. z o.o., Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia w dniu 27 stycznia 2025 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego z dnia 16 stycznia 2025 r. polegającej na unieważnieniu Postępowania w odniesieniu do Zadania 4, a także wobec zaniechania oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach Zadania 4.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu obrazę przepisu art. 255 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej ustawą Pzp w związku z art. 16 ust. 1 pkt 1 – 3 oraz art. 260 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy:

- Zamawiający dysponuje środkami, z których może sfinansować zamówienie i może zwiększyć kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, przez co nie ziszcili się przesłanki obligujące Zamawiającego do unieważnienia postępowania, oraz

- Zamawiający nie rozważył możliwości zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia, co jest obligatoryjne w świetle treści art. 255 pkt 3 ustawy Pzp,

- Nie wskazano w uzasadnieniu dla dokonanej czynności unieważnienia Postępowania w zakresie Zadania 4 jakichkolwiek okoliczności, które świadczyłyby o braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, co doprowadziło do nieuzasadnionego zaniechania badania i oceny ofert w Postępowaniu i niedokonania przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Podnosząc ww. zarzut Odwołujący wnosił o:

- 1.uwzględnienie odwołania w całości,
- 2.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania,
- 3.nakazanie Zamawiającemu dokonania badania i oceny ofert

Ponadto Odwołującego wnosił o zasądzenie na rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu (faktury), który przedłożony zostanie na rozprawie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający prowadzi Postępowanie w przedmiocie zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu m. st. Warszawy w okresie 12 miesięcy od dnia rozpoczęcia realizacji zamówienia. Zamówienie zostało podzielone na 19 zadań. Zadanie 4 udzielane w ramach postępowania, obejmowało zagospodarowanie odpadów o kodzie 20 03 01 (Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne), w maksymalnej planowanej ilości do zagospodarowania 70 000 Mg.

Zauważył, że Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w ramach Zadania 4 środki w wysokości 56 700 000,00 zł brutto (tak samo jak w przypadku Zadań 1 – 3, obejmujących zagospodarowanie odpadów w tej samej maksymalnej ilości odpadów o tym samym kodzie. Łącznie na sfinansowanie wszystkich zadań objętych Postępowaniem Zamawiający zamierzał przeznaczyć 332 589 240,00 zł brutto.

Odwołujący zaznaczył, że w ramach Zadania 4 oferty złożyło trzech wykonawców, a jego oferta zawierała najniższą cenę w wysokości 61 840 800,00 zł brutto.

Wskazał, że dnia 16 stycznia 2025 r. Zamawiający unieważnił postępowanie w ramach Zadania 4, gdzie z uzasadnienia tej czynności wynikało, że cena oferty z najniższą ceną (tj. oferta Odwołującego na kwotę 61 840 800,00 zł) przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zakresie tego Zadania, a Zamawiający nie jest w stanie zwiększyć tej kwoty do ceny ww. oferty.

Odwołujący stwierdził, że nie zgadza się z dokonaną czynnością Zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania w zakresie Zadania 4 i uważa, że nie zaistniały podstawy do jej dokonania. Zamawiający powinien ocenić oferty i dokonać wyboru najkorzystniejszej z nich, czego nie uczynił.

Podniósł, że zgodnie z art. 255 pkt 3 ustawy PZP Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Celem tego przepisu jest zapobieżenie sytuacji, w której Zamawiający byłby zobligowany do zaciągania zobowiązań ponad własne możliwości finansowe.

Zdaniem Odwołującego - unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy PZP wymaga stwierdzenia ziszczenia się dwóch przesłanek. Pierwsza z nich (taka, która musi

wystąpić) polega na tym, że cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Natomiast druga z przesłanek (taka, która nie może wystąpić) odnosi się do możliwości zwiększenia przez zamawiającego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Tylko w przypadku, gdy zamawiający nie ma środków niezbędnych do sfinansowania zamówienia, konieczne jest unieważnienie postępowania. Natomiast gdyby możliwość zwiększenia budżetu istniała, to nie ma możliwości unieważnienia postępowania na podstawie 255 pkt 3 ustawy Pzp.

Według Odwołującego - przepis art. 255 pkt 3 PZP stanowi wyjątek od zasady zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawarciem umowy w sprawie zamówienia. Z tej przyczyny powinien być interpretowany zawężająco. Ciężar zaistnienia okoliczności nakazujących unieważnienie postępowania leży po stronie zamawiającego.

W opinii Odwołującego - to na zamawiającym spoczywa ciężar wykazania zaistnienia okoliczności obligujących go do dokonania czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Unieważnienie postępowania nie powinno mieć charakteru arbitralnego. W przypadku, o którym mowa w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, a więc gdy cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, konieczne jest zbadanie obiektywnej możliwości zwiększenia budżetu zamówienia. W przeciwnym razie dochodziłoby do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, takich jak: jawności, przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Argumentował, że do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp nie jest wystarczające proste porównanie kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z ceną najniższej oferty. Przepis ten odnosi się bowiem także do możliwości finansowych Zamawiającego, co wprost wynika z treści art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

W niniejszej przekonaniu Odwołującego Zamawiający:

- 1) unieważnił postępowanie pomimo istnienia obiektywnej możliwości zwiększenia budżetu zamówienia,
- 2) nie rozważył nawet możliwości zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia,
- 3) nie określił w uzasadnieniu dokonanej czynności jakichkolwiek okoliczności faktycznych, które świadczyłyby o braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający nie jest w stanie wykazać, że nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Przekonywał, że wniosek taki potwierdzają ceny ofert złożonych w postępowaniu, które są znacznie niższe niż łączny budżet Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. W związku z tym Zamawiający obiektywnie będzie posiadał środki na sfinansowanie zamówienia w ramach Zadania 4.

Odwołujący powołał się na fakt, że przed wszczęciem postępowania Zamawiający musiał zabezpieczyć określone środki, z których będzie finansował zamówienie. Ta czynność nie podlega zmianom po opublikowaniu informacji o środkach przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia bezpośrednio przed otwarciem ofert. W związku z tym sama kwota stanowiąca budżet również nie podlega zmianom po otwarciu ofert.

Zwrócił uwagę, że Budżet Zamawiającego dla 4 Zadań o najwyższej wartości (tj. Zadań 1 – 4) wynosił łącznie: 226 800 000,00 zł, a w odniesieniu do Zadania 1 oferta z najniższą ceną została złożona przez Remondis sp. z o.o. na kwotę 55 717 200,00 zł, co stanowi wartość niższą o 982 800,00 zł od budżetu Zamawiającego – wyłącznie w ramach tego Zadania.

Wskazał, że w odniesieniu do Zadania 2 oferta z najniższą ceną została złożona przez Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. na kwotę 41 504 400,00 zł, co stanowi wartość niższą o 15 195 600,00 zł od budżetu Zamawiającego – wyłącznie w ramach tego Zadania.

Zauważył również, że w odniesieniu do Zadania 3 oferta z najniższą ceną została złożona przez Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. na kwotę 45 284 400,00 zł, co stanowi wartość niższą o 11 415 600,00 zł od budżetu Zamawiającego – wyłącznie w ramach tego Zadania.

W przekonaniu Odwołującego - oznacza to, że wyłącznie w wyniku zaoferowania niższych cen, niż przewidywał to Zamawiający w ramach Zadań 1 – 3, możliwe jest uzyskanie oszczędności na poziomie 27 594 000,00 zł (982 800,00 + 15 195 600,00 + 11 415 600,00).

Odnosząc zaś całkowity budżet Zamawiającego do cen wynikających z ofert złożonych w postępowaniu w odniesieniu do wszystkich ofert, Zamawiający może uzyskać oszczędność w wysokości 54 838 360,80 zł.

Przedstawił w tym względzie dane wynikające z kalkulacji własnej Odwołującego.

Wyjaśnił, że różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego w Zadaniu 4 (w wysokości 61 840 800,00 zł) a budżetem Zamawiającego w ramach tego Zadania (w wysokości 56 700 000,00 zł) wynosi jedynie 5 140 800,00 zł., co oznacza, że Zamawiający ma środki na sfinansowanie zamówienia w zakresie Zadania 4. Natomiast wniosek o braku takich środków jest niespójny z informacjami o budżecie opublikowanymi w ramach postępowania.

Podniósł, że przedmiotowy wątek związany z brakiem możliwości na sfinansowanie Zamówienia nie został w jakikolwiek sposób rozwinięty przez samego Zamawiającego w uzasadnieniu dla dokonania czynności. Odwołujący nie wie zatem jakie okoliczności skłoniły Zamawiającego do wniosku przeciwnego, tj. o braku środków. Jednakże wyłącznie w oparciu o przytoczone informacje, konkluzja taka jest zupełnie niewiarygodna.

W związku z tym Odwołujący wywodził, że nawet gdyby dojść do wniosku, że Zamawiający nie ma jeszcze pewności o tym, że osiągnie oszczędności w wyniku udzielenia zamówienia w stosunku do budżetu zamówienia w wysokości 54 838 360,80 zł z uwagi na fakt, że nie doszło jeszcze do wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy, to unieważnienie postępowania w takim przypadku byłoby przedwczesne.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający nie miałby bowiem pewności z którymi wykonawcami zawrze umowy i w związku z tym jakie będą ostateczne ceny. Zatem trudno byłoby dojść do wniosku, że brak jest po stronie Zamawiającego środków na sfinansowanie zamówienia w sytuacji, gdy nie wiadomo jakie środki konieczne są do wydatkowania.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że gdyby Zamawiający utrzymywał, że do kosztu wykonania zamówienia należy doliczyć koszt transportu odpadów (przy czym zdaniem Odwołującego taki wniosek jest nieprawidłowy, a Zamawiający ani w informacji o środkach, które zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ani w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, nie odnosi się do kosztu transportu, a wyłącznie do ceny za zagospodarowanie odpadów), to i tak całkowity koszt po stronie Zamawiającego (łącznie koszt zagospodarowania odpadów oraz koszt transportu) byłby znacznie mniejszy, niż różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego w ramach Zadania 4 a budżetem dla tego Zadania.

Odwołujący oświadczył, że wartość cen ofert powiększona o koszty transportu, obliczona według najlepszej wiedzy, wynikającej ze sporządzonych przez siebie kalkulacji uwzględniających założenia własne, jest niższa od budżetu Zamawiającego dla postępowania o 20 544 142,06 zł. Natomiast różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego w Zadaniu 4 (w wysokości 61 840 800,00 zł) a budżetem Zamawiającego (w wysokości 56 700 000,00 zł) wynosi jedynie 5 140 800 zł.

Wskazał również, że nie bez znaczenia jest także fakt, że ilość odpadów do zagospodarowania w ramach postępowania określona jest jako wartość maksymalna, co oznacza, że ma ona kluczowe znaczenie dla porównania ofert, podczas gdy rozliczenie wykonawców następuje na podstawie ilości rzeczywiście zagospodarowanych odpadów.

Zauważył, że sam Zamawiający w Części II Specyfikacji Warunków Zamówienia dla postępowania wskazuje minimalną ilość odpadów do zagospodarowania. Dla Zadania 4 jest to 35 000 Mg, a więc 50% wartości maksymalnej.

Odwołujący przyjął założenie, że Zamawiający szacuje jedynie, że w wariantcie uwzględniającym największy możliwy wolumen odpadów do zagospodarowania w ramach Zadania 4, konieczne będzie zagospodarowanie aż 70 000 Mg odpadów w ramach Zadania 4. Tymczasem rzeczywisty koszt wykonania zamówienia może być znacznie niższy, a Zamawiający rozlicza się z Wykonawcami w oparciu o ceny jednostkowe za 1 Mg odpadów. Przy takiej konstrukcji rozliczania należy podchodzić do unieważnienia postępowania z powodu braku środków ze szczególną ostrożnością, gdyż ostatecznie nie jest pewne jaka finalnie kwota zostanie wydatkowana przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał także, że w przypadku unieważnienia postępowania mało prawdopodobne jest, że Zamawiający przeznaczy na sfinansowanie zamówienia kwotę mniejszą niż ta, która wynika z oferty Odwołującego. Jakakolwiek oszczędność w tym zakresie byłaby pozorna. Usługi zagospodarowania odpadów są bowiem usługami ciągłymi, które muszą być świadczone bez przerwy.

Niezależnie od tego, Odwołujący uznał, że poza kosztami przeprowadzenia nowego postępowania nie ma także pewności, czy w takim kolejnym postępowaniu zostaną złożone oferty o cenie niższej niż ta, która została zaoferowana przez Odwołującego.

Odwołujący wskazał także, że rzekomy brak możliwości zwiększenia budżetu o wartość około 5 140 800,00 zł, jest niewiarygodny również w kontekście całości wydatków ponoszonych przez m. st. Warszawa na system zagospodarowania odpadów. Tym bardziej gdy informacje w tym zakresie nie wynikają z informacji o unieważnieniu postępowania.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że istnieją obiektywne okoliczności które świadczą o tym, że Zamawiający dysponuje środkami, które umożliwiłyby mu na zwiększenie budżetu zamówienia do ceny oferty z najniższą ceną w ramach Zadania 4. Natomiast Zamawiający pomimo tego unieważnił postępowanie, w związku z czym doszło do naruszenia art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający nie rozważył także możliwości zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia i dodatkowo Zamawiający w uzasadnieniu dla dokonanej czynności nie wskazał jakichkolwiek obiektywnych okoliczności, które uniemożliwiłyby mu zwiększenie kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty z najniższą ceną w ramach Zadania 4.

Przekonywał, że z treści art. 255 pkt 3 ustawy Pzp wynika, że przed unieważnieniem postępowania w oparciu o ten przepis konieczne jest stwierdzenie, czy istnieje możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. W przypadku możliwości zwiększenia budżetu, nie jest dopuszczalne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

W świetle powyższego obowiązkiem Zamawiającego jest rozważenie, czy możliwe jest zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia przed unieważnieniem Postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 PZP, co wynika wprost z treści tego przepisu i znajduje potwierdzenie w stanowiskach wynikających z orzecnictwa. Rozważania na ten temat powinny znaleźć się w uzasadnieniu dokonanej czynności.

Odwołujący nie podzielił stanowiska Zamawiającego co do braku możliwości zwiększenia budżetu, gdzie ten stwierdził: „Zamawiający nie jest w stanie zwiększyć tej kwoty do ceny ww. oferty”.

Zarzucił, że Zamawiający nie wskazał jakichkolwiek okoliczności faktycznych, które miałyby świadczyć o braku możliwości zwiększenia budżetu.

W ocenie Odwołującego - takie określenie przez Zamawiającego podstawy faktycznej unieważnienia postępowania, ujawnione w przekazanym w dniu 16 stycznia 2025 r. Zawiadomieniu o unieważnieniu Postępowania w zakresie Zadania 4, wyznacza granice rozpoznania sprawy niniejszej.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że wszelkie ewentualne próby rozszerzenia przez Zamawiającego podstawy faktycznej unieważnienia postępowania, które w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania ujęte nie zostały, należy z góry odrzucić jako będące na gruncie niniejszej sprawy spóźnione i w związku z tym niedopuszczalne.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania w zakresie Zadania 4 powinien wyjaśnić dlaczego doszedł do wniosku, że nie ma środków, które pozwoliłyby mu na zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do oferty z najniższą ceną. Szczególnie w kontekście tego, że Zamawiający miał obiektywną możliwość dokonania przesunięć finansowych, które umożliwiłyby zwiększenie budżetu, o czym mowa była powyżej.

Przekonywał, że to uzasadnienie unieważnienia postępowania jest miejscem właściwym do wskazania, czy Zamawiający rozważał możliwość zwiększenia środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, czy też nie, a także o wynikach tych rozważań. Brak stosownych informacji we właściwym dokumencie świadczy z jednej strony o zaniechaniu dokonania przez Zamawiającego analizy możliwości zwiększenia budżetu (lub co najmniej o braku wiarygodności dokonania takich rozważań), a z drugiej strony o wadliwości samego uzasadnienia czynności Zamawiającego. Treść art. 260 ust. 1 ustawy PZP nakazuje bowiem Zamawiającemu zawiadomienie wykonawców o unieważnieniu postępowania wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. Za prawidłowe uzasadnienie z pewnością nie może być uznany dokument, który zawiera jedyne proste porównanie kwoty wynikającej z oferty z najniższą ceną z budżetem dla jednej części zamówienia, a także stwierdzeniem o rzekomym braku możliwości zwiększenia budżetu bez jakiegokolwiek rozwinięcia. Taki dokument nie spełnia celów wynikających z art. 260 ust. 1 ustawy PZP i prowadzi do wniosku o niewiarygodności dokonanego unieważnienia z uwagi na brak środków w budżecie.

Skoro więc Zamawiający nie rozważył, czy istnieje obiektywna możliwość zwiększenia środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, to – w opinii Odwołującego - unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy PZP w takim stanie rzeczy jest przedwczesne. Doszło więc do naruszenia tego przepisu a czynność Zamawiającego z dnia 16 stycznia 2025 r. powinna zatem zostać uchylona. Zamawiający powinien rozważyć możliwość zwiększenia budżetu zamówienia w zakresie Zadania 4.

Odwołujący wskazał także, że w dniu 3 stycznia 2025 r. („Dzień Wyodrębnienia”) został dokonany podział dwóch podmiotów wchodzących w skład konsorcjum Odwołującego. tj. 1) FBSerwis Kamieński Sp. z o.o. z siedzibą w

Ruszczyń, adres: Ruszczyń 100, 97-360 Kamieńsk, zarejestrowanej w Sądzie Rejonowym dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000140129, REGON 590740205 NIP 7721981084, kapitał zakładowy 400 000,00 PLN, („Spółka Dzielona 1”) przez przeniesienie części majątku Spółki Dzielonej 1 związanego z działalnością dotyczącą pozyskiwania, przetwarzania, w tym składowania odpadów („Działalność Odpadowa”) na spółkę FBSerwis Zielony Kamieńsk Sp. z o.o. z siedzibą w Ruszczyń, adres: Ruszczyń 100, 97-360 Kamieńsk, zarejestrowanej w Sądzie Rejonowym dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0001045666, REGON: 525771389, NIP: 5273064711, kapitał zakładowy 5.000.000,00 zł („Spółka Przejmująca 1”), oraz 2) FBSerwis Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Ścinawce Dolnej, adres: Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia, zarejestrowanej w Sądzie Rejonowym dla Wrocławia Fabrycznej, IX Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000357476, REGON 142426708, NIP: 7010236908; kapitał zakładowy 4.000.000,00 PLN, („Spółka Dzielona 2”) przez przeniesienie części majątku Spółki Dzielonej 2 związanego z również z Działalnością Odpadową tej spółki, na spółkę FBSerwis Zielony Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Ścinawce Dolnej, adres: Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia, zarejestrowaną w Sądzie Rejonowym dla Wrocławia Fabrycznej, IX Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0001045664, REGON: 525771308, NIP: 5273064705, kapitał zakładowy 5.000.000,00 zł („Spółka Przejmująca 2” łącznie Spółka Przejmująca 1 i Spółka Przejmująca 2 są dalej zwane „Spółkami Przejmującymi”).

Wyjaśnił, że podział ten został dokonany w trybie przewidzianym w art. 529 § 1 pkt 5) Kodeksu spółek handlowych („KSH”), to jest w drodze podziału przez wyodrębnienie („Podział”). Wpis dot. Podziału jest widoczny w odpisie aktualnym KRS dot. Przystępującego, który można pobrać ze strony <https://wyszukiwarka-krs.ms.gov.pl/>, a także w odpisie pełnym, który jest przedkładany w załączeniu.

W związku z Podziałem na Spółkę Przejmującą 1 oraz Spółkę Przejmującą 2 zostały przeniesione wszelkie składniki majątku Spółki Dzielonej 1 oraz Spółki Dzielonej 2 związane z Działalnością Odpadową (w tym zwłaszcza: zasoby, sprzęt, umowy, decyzje administracyjne, doświadczenie i pracownicy), niezbędne do niezakłóconego kontynuowania Działalności Odpadowej tych Spółek Dzielonych. Spółki Przejmujące będą prowadzić, w ramach Działalności Odpadowej, działalność taką samą, jak ta dotychczas prowadzona przez Spółki Dzielone przed Podziałem. Potwierdzają to plany podziału przedkładane w załączeniu.

Spółki Przejmujące wstąpiły z mocy prawa, w drodze sukcesji uniwersalnej zgodnie z art. 531 § 1 KSH, we wszelkie określone w planie podziału prawa i obowiązki jakie są związane z Działalnością Odpadową Spółek Dzielonych – w szczególności prawa i obowiązki wynikające z ofert złożonych przez Spółki Dzielone. W związku z faktem, iż oferta złożona w Postępowaniu jest związana z Działalnością Odpadową, w Dniu Wyodrębnienia Spółki Przejmujące weszły w prawa i obowiązki wynikające z oferty złożonej w Postępowaniu w miejsce Spółek Dzielonych. Zatem obecnie – to Spółki Przejmujące są podmiotami posiadającymi interes w uzyskaniu zamówienia, jako następcy prawni Spółek Dzielonych.

Pismem z dnia 7 lutego 2025 r. Zamawiający wnosił o:

1) odrzucenie odwołania;

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania

2) oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Odwołującego, informacji o unieważnieniu postępowania oferty z 16 stycznia 2025 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 7 lutego 2025 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 10 lutego 2025 r., jak również na podstawie złożonych przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Izba również uznała, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art.505 ust.1 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.16, art.255 pkt 3, 260 ust.1 ustawy Pzp w zadaniu nr 4.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do

unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w warunkach gdy cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższyła kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, czy w związku z tym zamawiający mógł zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

W pierwszej kolejności, Izba ustaliła w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, że Zamawiający podał wykonawcom kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zakresie zadania nr 4 w wysokości 56 700 000,00 zł, podczas gdy Odwołujący w części tego zadania złożył ofertę z ceną 61 840 800,00 zł.

Bezsporną pomiędzy stronami jest zatem okoliczność zaoferowania przez Odwołującego wykonania świadczenia za cenę poniżej kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Jednocześnie, Izba stwierdziła, że Zamawiającyw dniu 16 stycznia 2025 r. unieważnił przedmiotowy przetarg w zakresie zadania nr 4.

Według zapatrywania Izby - Zamawiający już w treści samego rozstrzygnięcia o unieważnieniu przetargu wyraził swoją wolę w postaci oświadczenia o braku możliwości zwiększenia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty Odwołującego.

Zgodnie z art.255 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

W związku z brzmieniem powyższego przepisu prawa – zdaniem Izby – wystarczającym warunkiem do unieważnienia przetargu jest wykazanie przez Zamawiającego przesłanek opisanych w powyższym przepisie.

W ocenie Izby – ustawodawca nie określił na gruncie ustawy Pzp jakiejkolwiek procedury ustalającej zamiar danego zamawiającego w odniesieniu do faktu, czy może on zwiększyć kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty, a także w jaki sposób byłby on zobowiązany do analizy tej sytuacji.

Jednocześnie wymaga wskazania, że zgodnie 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.

Izba uznała, że informacja Zamawiającego o unieważnieniu przetargu skierowana do wykonawców zawierała wszelkie elementy konieczne opisane w przepisie, o którym wyżej mowa, do przyjęcia skuteczności jego oświadczenia o unieważnieniu postępowania o uzp.

Wystarczającym uzasadnieniem faktycznym do umotywowania unieważnienia przetargu w trybie art.255 pkt 3 ustawy Pzp jest – w opinii Izby - sama informacja Zamawiającego o przekroczeniu kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w stosunku do kwoty najkorzystniejszej oferty.

Dodatkowo, w tej materii Izba oparła swoje rozstrzygnięcie na poglądach doktryny wyrażonych między innymi w publikacji autorstwa Małgorzaty Rakowskiej wyrażonej w Prawie Zamówień Publicznych z 2023 r., Nr 4, str. 46-55 pod tytułem „Unieważnienie przetargu z braku dostatecznego pokrycia finansowego”, gdzie przedstawiono następujące przekonanie nawiązujące do istoty sporu w rozpoznawanej sprawie:

„Sformułowanie, że zamawiający „może” zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia nie odnosi się bowiem do woli zamawiającego (chcę - nie chcę), lecz do faktycznych możliwości w zakresie dobra, jakie chce pozyskać, udzielając zamówienia. Oznacza to, że ustawodawca dopuścił możliwość zwiększenia kwoty pokrycia finansowego w związku z wyborem oferty. Jednak decyzja o zwiększeniu tej kwoty jest oparta na swobodnym uznaniu zamawiającego. Wyrażenie „może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty” należy interpretować jako uprawnienie zamawiającego i to do jego decyzji należy kwestia możliwości zwiększenia środków finansowych na dany cel. Podkreślić przy tym należy, że Zamawiający, działając jako gospodarz postępowania, zawsze może dokonać korekt wydatków w swoim planie finansowym, może więc zwiększyć tę kwotę. Zwiększenie jest jednak uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Zamawiający nie ma zatem obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W każdym przypadku powinien więc zweryfikować swoje możliwości finansowe, biorąc pod uwagę charakter i okoliczności udzielanego zamówienia oraz uwzględniając wiążące go przepisy i zasady dotyczące gospodarowania środkami

finansowymi. A tym samym wykonawcy uczestniczący w postępowaniu nie mogą domagać się od zamawiającego, aby znalazł dodatkowe środki na sfinansowanie danego zamówienia. To zamawiający dokonuje bowiem oceny, jaką kwotę przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a kontrola gospodarowania środkami finansowymi przez zamawiającego nie należy do kompetencji uczestników postępowania.

Oznacza to więc, że nie można wymagać od zamawiającego, aby dokonywał przesunięć swoich środków finansowych, rezygnując z zadań, które ma zaplanowane do wykonania w ramach danego okresu budżetowego i przeznaczyć uzyskane stąd kwoty na jedne zakupy kosztem drugich albo też nakazywanie mu wydania na dane zamówienie kwoty, którą zamierzał wydać na coś innego lub którą zamierzał zaoszczędzić. Przepisy nie przyznają wykonawcom uprawnień do żądania ingerencji w budżet zamawiającego pod kątem wydatkowania przez niego środków budżetowych, a także kontroli tych wydatków w zakresie celowości i gospodarności. Kontrolę prawidłowości wydatków zamawiającego sprawują powołane w tym celu instytucje. Taką instytucją nie jest Krajowa Izba Odwoławcza, gdyż Izba nie jest uprawniona do ingerencji w gospodarkę finansową Zamawiającego i nie może też nakazać zwiększenia środków przeznaczonych na realizację zadania.

Warto zwrócić uwagę na dwa orzeczenia, w których Izba, rozpoznając zasadność unieważnienia postępowania na podstawie prawnej będącej przedmiotem niniejszych rozważań odniosła się także do kwoty, którą zamawiający podał jako przeznaczoną na realizację przedmiotu zamówienia podkreślając, że kwota była nieadekwatna do jego wartości, o czym Zamawiający musiał wiedzieć. W konsekwencji - w ocenie Izby - doszło do unieważnienia postępowania na podstawie pozornego wypełnienia się przesłanek określonych w PrZamPubl, gdyż zamawiający bezprawnie unieważnił postępowanie, uznając, że nie może zwiększyć kwoty na realizację przedmiotu zamówienia, po tym, gdy zamawiający celowo zaniżył tę kwotę. O ile Izba nie jest uprawniona do ingerencji w gospodarkę finansową gminy, stąd nie może nakazać zwiększenia środków przeznaczonych na realizację tego zamówienia, o tyle może nakazać, aby Zamawiający rozważył zwiększenie kwoty środków, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie powyższego zamówienia, do ceny oferty Odwołującego, z uwzględnieniem ustalonych powyżej okoliczności.

Wobec tego należy rozważyć czy skoro decyzja o zwiększeniu środków finansowych na realizację zamówienia jest uprawnieniem zamawiającego to, czy w sytuacji gdy nawet dojdzie „do celowego zaniżenia tej kwoty” ingerencja w gospodarkę finansową zamawiającego jest możliwa? Takiej możliwości nie ma. Dlatego też wystarczającym jest, aby w informacji o unieważnieniu postępowania zamawiający wskazał jedynie, że dokonał weryfikacji swoich możliwości w tym zakresie z negatywnym wynikiem.

Odnosząc się do decyzji zamawiającego o ewentualnym zwiększeniu kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną, nie sposób nie odnieść się do sytuacji, w których postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest z podziałem na części. Jednak i w takim przypadku zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w danej części zamówienia (wyodrębnionego zadania). Dla każdego zadania prowadzone było bowiem odrębne postępowanie przy wyborze oferty, w tym odrębnie szacowane były wartości, a także odrębnie ogłoszona została na tle składanych w danym zadaniu oferty przed ich otwarciem - kwota, jaką zamierzał zamawiający przeznaczyć w danym zadaniu na realizację zamówienia. Takie procedowanie mieści się w kompetencjach zamawiającego, które dopuszczają możliwość unieważnienia postępowania przez zamawiającego, po samym tylko ustaleniu, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w danej części zamówienia (wyodrębnionego zadania). Oznacza to, że takie same zasady stosuje się do postępowań prowadzonych z podziałem na części, odnosząc je do każdej z tych części z osobna.”.

Izba zaaprobowала również stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Zamówień Publicznych z dnia 22 lipca 2022 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 73/22, w którym przyjęto zapatrywanie, że decyzja co do możliwości zwiększenia kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia należy do zamawiającego, bowiem to zamawiający podejmuje decyzję o wszczęciu postępowania i o budżecie na ten cel przeznaczony, a kwestia faktycznych zasobów finansowych zamawiającego nie ma w tej kwestii znaczenia. Ewentualne zmiany co do możliwości zwiększenia kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia są czynnościami leżącymi po stronie zamawiającego i w zależności od jego statusu prawnego podlegają decyzji własnej zamawiającego lub są uzależnione od innych podmiotów, w szczególności od dysponentów budżetowych określonego stopnia. Art. 93 ust. 1 pkt 4 dopuszcza wprost możliwość unieważnienia postępowania przez zamawiającego, po samym tylko ustaleniu, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą

zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Możliwość podwyższenia kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia stanowi jego uprawnienie, a nie obowiązek. To uprawnienie nie oznacza jednak nałożenia na zamawiającego obowiązku korygowania uprzednio ustalonych i ogłoszonych zamiarów co do kwoty przewidzianej do wydatkowania. Zatem zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 .

Przewodniczący:.....

.....

.....