Sygn. akt: KIO 3193/23

WYROK
z 9 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 9 listopada 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej25 października 2023 r. przez wykonawcę PAGMA - BUD sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Państwową Uczelnię Zawodową Im. Ignacego Mościckiego w Ciechanowie

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża w odwołującego: PAGMA - BUD sp. z o.o. z siedzibą
w Łodzi i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego
z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) 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 3193/23

U z a s a d n i e n i e

Państwowa Uczelnia Zawodowa Im. Ignacego Mościckiego w Ciechanowie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie podstawowym pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z rozbudową budynku. Inwestycja realizowana jest w formule zaprojektuj i wybuduj w ramach zadania pn.: Rozbudowa budynku dydaktycznego WNoZiNS przy ul. Wojska Polskiego 51 w Ciechanowie", numer: KAI.262.14.2023, zwane dalej postępowaniem.
Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane 24 kwietnia 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2023/BZP 00189203.

25 października 2023 r. wykonawca PAGMA - BUD sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 255 ust. 3 Pzp przez niezasadne unieważnienie postępowania z uwagi na to,
że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia mimo,
że Zamawiający dotychczas 3-krotnie dokonywał wyboru ofert wykonawców, których ceny przekraczały ww. kwotę, co wskazywało, że zwiększenie tych środków zostało dokonane.
2.art. 260 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne zaniechanie podania uzasadnienia prawnego i faktycznego w zakresie unieważnienia postępowania oraz brak wykazania przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania
a w konsekwencji naruszenie zasady przejrzystości postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania ponownej oceny i badania ofert i wybór oferty Odwołującego, która przeszła wszystkie etapy oceny ofert, w tym kwalifikację podmiotową i zakończyła się ona pozytywną oceną.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał m. in.:

Zamawiający prowadzi postępowanie w przedmiocie zaprojektowania i wykonania robót budowlanych związanych z rozbudową budynku dydaktycznego. W postępowaniu ofertę złożyli:

1.Wykonawca Redirem - zaoferował cenę 14 637 000 zł,
2.Odwołujący - zaoferował cenę 14 875 000 zł,
3.Wykonawca Rembud - zaoferował cenę 15 213 778,84 zł.

Zamawiający podał przed otwarciem ofert kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. 12 000 000 zł brutto.
Zamawiający w tym postępowaniu trzykrotnie dokonywał wyboru oferty najkorzystniejszej, które na skutek odwołań wnoszonych przez Odwołującego były unieważniane:

1. wybór oferty REDIREM nastąpił 1.06.2023 r., zaś w wyniku złożonego 6.06.2023 r. odwołania Zamawiający pismem z 14.06.2023 r. unieważnił tą czynność,
2. wybór oferty REDIREM nastąpił 28.06.2023 r., jednak w wyniku złożonego 3.07.2023 r. odwołania Zamawiający pismem z 4.07.2023 r. unieważnił wykonaną czynność, a następnie odrzucił ofertę REDIREM,
3. wybór oferty – REMBUD oraz odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiły 31.08.2023 r. jednak w wyniku uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania Odwołującego zapadł wyrok nakazujący unieważnienie czynności wyboru REMBUD, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonanie ponownej oceny i badania ofert (wyrok z 20.09.2023 r. sygn. akt KIO 2622/23).

Obecnie Zamawiający unieważnił postępowanie i nie wykonał wyroku Izby w zakresie ponownej oceny i badania ofert.
Poprzednie wybory oferty najkorzystniejszej wiązały się z wyłonieniem wykonawców, których oferty cenowe znacząco przekraczały kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć
na realizację zamówienia, ujawnioną przed otwarciem ofert. Pierwszy wykonawca REDIREM zaoferował cenę 14 637 000 zł, a więc jedynie o 200 000 zł tańszą od oferty Odwołującego (14 875 000 zł). Po odrzuceniu, na skutek wnoszonych przez Odwołującego odwołań oferty ww. wykonawcy Zamawiający zdecydował się na dokonanie 31.08.2023 r. wyboru oferty wykonawcy REMBUD, który zaoferował cenę jeszcze wyższą niż cena oferty Odwołującego – 15 213 778,84 zł. Wobec możliwości udzielenia zamówienia wykonawcy oferującemu cenę
o ponad 3 200 000 zł wyższą niż pierwotne możliwości Zamawiającego niezrozumiałe wydaje się obecne rozstrzygnięcie postępowania, gdzie Zamawiający twierdzi, iż nie posiada środków na wybór oferty Odwołującego, która jest znacznie korzystniejsza – jest niższa od oferty REMBUD o ponad 330 000 zł.
W uzasadnieniu unieważnienia postępowania z 20.10.2023 r. Zamawiający wskazał, że nie może obecnie zwiększyć tej kwoty, wobec czego zobligowany jest unieważnić postępowanie stosownie do dyspozycji art. 255 pkt 3 Pzp. Zamawiający powołał się ponadto na brak możliwości zwiększenia kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia
do ceny najkorzystniejszej oferty.
Jak wynika z protokołu z posiedzenia komisji przetargowej z 31.08.2023 r. Kwestor Uczelni pismem z 30.08.2023 r. potwierdził dostępność środków do kwoty 15 213 778,84 zł, która
to kwota znacząco przewyższała cenę oferty Odwołującego, a następnie 18.10.2023 r. a więc 1,5 miesiąca później Kwestor poinformował o braku aprobaty na zwiększenie środków
do kwoty oferty Odwołującego.
W ocenie Odwołującego działania Zamawiającego mają jedynie na celu wyeliminowanie Odwołującego z postępowania. Skoro było bowiem możliwe udzielenie zamówienia wykonawcy z ceną wyższą niż cena Odwołującego w tak krótkim czasie i nie nastąpiły żadne inne wydarzenia, w tym zmiany uchwał budżetowych czy modyfikacja alokacji środków trudno uznać, że podjęte działania są racjonalne i celowe.
Zamawiający jako uczelnia publiczna prowadzi gospodarkę finansową w oparciu o plan rzeczowo finansowy przyjęty w formie uchwały przez Radę Uczelni. W zakresie omawianego okresu Rada Uczelni przyjęła uchwałę nr 42/II/2023 z 27.06.2023 r. w sprawie zaopiniowania planu rzeczowo – finansowego na rok 2023. Uczelnia w ramach prowadzonej działalności opracowuje ponadto, jak wynika z opublikowanej dokumentacji, Plan Inwestycyjny Uczelni, przy czym ostatnia uchwała w sprawie zaopiniowania zaktualizowanego projektu Planu Inwestycyjnego Uczelni na lata 2021-2025 została przyjęta przez Radę Uczelni 28.02.2023 r. pod numerem 38/II/2023. W uchwale tej, w poz. 2 przewidziano w omawianym okresie kwotę 12 067 650 zł na realizację Rozbudowy budynku Wydziału Nauk o Zdrowiu i Nauk Społecznych. Ani plan rzeczowo – finansowy ani też plan inwestycyjny nie zostały zmodyfikowane po dniu 31.08.2023 r., a więc po zwiększeniu środków na ww. inwestycję
do kwoty ponad 15 mln zł. Zamawiający będący uczelnią publiczną prowadzi więc działalność w ramach, które są wyznaczane przez Uchwały Rady Uczelni. Skoro więc na bazie przyjętego planu finansowego ustalono możliwość udzielenia zamówienia wykonawcy REMBUD
na kwotę ponad 15 mln i nie było następnie żadnych przesunięć ani modyfikacji zamierzeń inwestycyjnych w tej jednostce to należy uznać, że decyzja Zamawiającego dotycząca unieważnienia postępowania z uwagi na przekroczenie kwoty jest decyzją nieprawidłową. Zamawiający nie ma bowiem żadnych wiarygodnych powodów, aby po upływie 1,5 miesiąca odmówić udzielenia zamówienia, którego był w stanie udzielić gdy rozważana była oferta innego wykonawcy. W

ocenie Odwołującego zachowanie Zamawiającego nakierowane jest na dyskryminację Odwołującego i wyeliminowanie go z postępowania.
Zamawiający wszczynając postępowanie musi liczyć się z tym, że unieważnienie postępowania nie jest jego arbitralną decyzją, lecz musi być oparte o konkretny przepis. Zaistnienie okoliczności stanowiących podstawę unieważnienia należy wykazać, a więc
w sposób rzeczowy wyjaśnić i przedstawić konkretne przyczyny takiej decyzji. Zamawiający nie wskazał w piśmie z 20.10.2023 r. na żadne okoliczności zaistniałe po 31.08.2023 r., które choćby uprawdopodabniałyby konieczność unieważnienia postępowania. Zamawiający przyjął jedynie, że skoro oferta Odwołującego jest wyższa niż ujawniona przed otwarciem ofert kwota to materializuje się obowiązek unieważnienia postępowania.
Stosownie do art. 260 ust. 1 ustawy Pzp obowiązkiem Zamawiającego jest podanie uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej decyzji. Wytłumaczenie powodów z jakich nie jest możliwe udzielenie zamówienia za zaoferowaną kwotę wydaje się stanowić właśnie owe uzasadnienie faktyczne. Zamawiający zaś skupił się wyłącznie na porównaniu arytmetycznym wartości oferty i ujawnionej przed otwarciem kwoty a pominął całkowicie okoliczność, iż uprzednio 3-krotnie istniała możliwość udzielenia zamówienia mimo, iż oferty przewyższały ustaloną pierwotnie kwotę. W tych wyjątkowych okolicznościach, nie było właściwe i wystarczające odniesienie się wyłącznie do pierwotnie ustalonej kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Skoro bowiem
po otwarciu ofert Zamawiający ją zmodyfikował przez przesunięcie środków, to do tej właśnie kwoty powinien Zamawiający odnieść się w uzasadnieniu unieważnienia a nie zupełnie pominąć ten fakt.
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał m. in.:
Zarzut nr 1
Zamawiający planował przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 12.000.000 zł, podając ją przed otwarciem ofert. Z uwagi na to, że wszystkie oferty przekraczały powyższą kwotę Zamawiający dokonał analizy stanu budżetu, wystąpił do Kwestury (księgowość) o informację czy możliwe jest podwyższenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia. 01.06.2023 r. Zamawiający, po uzyskaniu zapewnienia Kwestury oraz dysponenta środków finansowych
o dostępności środków, najpierw w formie ustnej, potwierdzonej następnie pisemnie, dokonał wyboru oferty REDIREM w wysokości 14.637.000 zł. Do podpisania umowy nie doszło z uwagi na odwołanie złożone przez PAGMA-BUD i unieważnienie czynności wyboru oferty.
Po uzupełnieniu postępowania, w dn. 28.06.2023 r., Zamawiający ponownie dokonał czynności wyboru oferty REDIREM. Z uwagi na kolejne odwołanie PAGMA-BUD
i po przeprowadzeniu dodatkowych czynności oferta firmy REDIREM została odrzucona. 31.08.2023r. nastąpił wybór oferty firmy REMBUD i odrzucenie oferty firmy PAGMA-BUD,
co poprzedzone było bieżącym uzyskaniem informacji z Kwestury po uzgodnieniu
z dysponentem środków o aktualną wówczas dostępność środków w wysokości podwyższonej do kwoty 15.213.778,84 zł. Było to tym bardziej ważne, że już wówczas minął okres związania ofertami złożonymi przez oferentów i nie było żadnej pewności czy dojdzie do zawarcia umowy. Kolejny raz PAGMA-BUD złożyła odwołanie, które na skutek wyroku KIO
z 20.09.2023 r. przyniosło unieważnienie czynności wyboru i unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego.
Tak więc w związku z wyrokiem KIO, Zamawiający ponownie stanął przed koniecznością badania ofert – pozostała oferta REMBUD i Odwołujący. Kolejny też raz Dział Administracyjno-Inwestycyjny wystąpił z pytaniem do Kwestury o aktualną możliwość podwyższenia środków na realizację zamówienia. Tym razem po zasięgnięciu opinii dysponenta środków finansowych Kwestura (księgowość) udzieliła odpowiedzi odmownej wraz z sugestią zmiany zakresu zamówienia. Zmiana stanowiska władz Uczelni wynikła z szeregu zdarzeń i inwestycji, które wystąpiły w okresie od ogłoszenia postępowania, ale szczególnie w okresie września
i października br. W szczególności wpływ miało tu powołanie i uruchomienie studiów II stopnia na kierunku logistyka oraz powołanie i pozytywny nabór na całkowicie nowy kierunek fizjoterapia. Decyzja Ministra Edukacji i Nauki o zezwoleniu na uruchomienie fizjoterapii została wydana w dn. 04.08.2023 r., ale dopiero wynik rekrutacji z 27.09.2023 r. i pozyskanie 66 studentów na kierunku fizjoterapia oznaczał możliwość otwarcia kierunku i konieczność poniesienia kolejnych pilnych wydatków. Podobnie Decyzja Ministra Edukacji i Nauki dotycząca kierunku logistyka została wydana 12.06.2023 r., ale wynik rekrutacji – 90 osób - znany był dopiero 27.09.2023 r. Z racji więc uzyskania zgód i uruchomienia tych dwóch kierunków (a także wobec wysokiego zainteresowania jakim cieszą się te nowe kierunki) zmieniły się priorytety Zamawiającego i wynikające z konieczności poczynienia pilnych nakładów na zapewnienie należytej realizacji nowych zadań.
Zamawiający przedstawił listę wydatków poniesionych ze względu na konieczność realizacji zadań związanych z uruchomieniem ww. kierunków (łączna kwota 1 434 913,49 zł).
Mając na uwadze powyższe okoliczności, 20.10.2023 r. Zamawiający podjął decyzję

o unieważnieniu postępowania z uwagi na brak możliwości zwiększenia środków na realizację zadania objętego sporem. Zarzuty odwołującego jakoby Zamawiający kierował się bliżej nieokreślonymi przesłankami niemerytorycznymi, były bezpodstawne.

Co do merytorycznej oceny decyzji finansowych Zamawiającego, w tym takich jak decyzja o zwiększeniu (bądź nie) kwoty pierwotnie przeznaczonej na zamówienie, należy poczynić stanowcze zastrzeżenie, że sposób gospodarowania środkami finansowymi przez Zamawiającego należy do jego wyłącznej kompetencji, co oznacza, że Odwołujący nie może podnosić zarzutów w tym obszarze, zaś Zamawiający nie jest zobligowany do dowodzenia słuszności podejmowanych przez siebie decyzji gospodarczych.

Postępowanie prowadzone było od kwietnia br., tj. kilka miesięcy. Powyższe należy widzieć na tle aktualnego dynamicznego rozwoju Uczelni (zwłaszcza w roku bieżącym) w tym także jeśli chodzi o nowoczesną infrastrukturę. Jednocześnie realizowanych jest kilka dużych przedsięwzięć, co wiąże się z koniecznością równoległego finansowania i operowania znacznymi kwotami. To z kolei wymaga odpowiedniej optymalizacji gospodarowania środkami, przy czym przez optymalne gospodarowanie rozumie się osiągnięcie możliwie wielu celi, ale w granicach racjonalnie ocenianych, dopuszczalnych ryzyk gospodarczych. Innymi słowy, Uczelnia inwestuje tak dużo i szybko, jak na to pozwalają ramy bezpieczeństwa budżetowego, przy czym najbardziej optymalne to takie wydatkowanie środków, które tych ram nie przekracza, ale maksymalnie się do nich zbliża. Oczywistą jest także kwestia, że część gospodarki finansowej Uczelni, jak każdego podmiotu tego rodzaju, opiera się także na prognozach wpływów finansowych.

Odwołujący zaś, na gruncie przedmiotowego postępowania, przedstawił uproszczony schemat rzeczywistości, sprowadzony do twierdzenia, że w pewnej dacie Zamawiający mógł przeznaczyć kwotę wyższą niż oferta Odwołującego, zaś obecnie Zamawiający już nie ma możliwości odpowiedniego zwiększenia, co miałoby sugerować, że dla innego wykonawcy Zamawiający miał środki, ale dla Odwołującego już nie.

Spośród 5 ofert, w sumie aż 3 zostały odrzucone przez Zamawiającego. Nie jest wiec tak, że Zamawiający chciał z jakichś powodów wyeliminować jakiś jeden konkretny podmiot (np. Odwołującego). Zamawiający za każdym razem gdy dokonywał wyboru oferty wybierał ofertę najtańszą, niepodlegającą odrzuceniu (wybór dokonywany był kilkukrotnie wobec zasadnych odwołań składanych w sprawie).

Zamawiającydziałał konsekwentnie, systematycznie, każdorazowo podejmując decyzje adekwatnie do etapu postępowania i jego stanu kreowanego przez uwzględnienie danego odwołania, czy jak ostatnio - na skutek wyroku KIO, nie zaś w oparciu o jakieś bliżej nieokreślone przesłanki pozaustawowe, sugerowane przez Odwołującego.

Plan Inwestycyjny na lata 2021-2025 z 28.02.2023 r., po uprzednim pozytywnym zaopiniowaniu przez Radę Uczelni nadal przewiduje na realizację zadania pn. Rozbudowa budynku Wydziału Nauk o Zdrowiu i Nauk Społecznych kwotę 12 067 650 zł. Stan taki wynika z faktu, że mimo dokonania trzech wyborów ofert, za każdym razem w terminie do 5 dni od dnia wyboru najkorzystniejszej oferty wpływało odwołanie PAGMA-BUD, unieważniano czynność wyboru i nigdy nie doszło do etapu zawarcia umowy. Gdyby bowiem postępowanie dotarło do etapu skutecznego dokonania wyboru, przystąpienia do podpisania umowy to konieczne stałoby się dokonanie zmiany Planu finansowego.

Zarzut nr 2

Zamawiający w treści informacji o unieważnieniu postępowania z 20.10.2023 r. wyraźnie wskazał zarówno uzasadnienie prawne i faktyczne. Gołosłowny jest zarzut rzekomego braku uzasadnienia faktycznego. Treść informacji o unieważnieniu postępowania wskazuje na fakty będące przesłankami normy prawnej, wynikającej z art. 255 pkt 3 Pzp, tj. fakt, że cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a także fakt, że zamawiający nie może obecnie zwiększyć tej kwoty.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1.dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem kolejnych decyzji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, wraz z odpowiednimi dokumentami dotyczącymi możliwości zwiększenia środków przeznaczonych
na realizację zadania,
2.uzasadnienia decyzji Zamawianego o unieważnienia postępowania,
3.Planu Inwestycyjnego Zamawiającego na lata 2021 – 2025 r.,
4.Decyzji Ministerstwa Edukacji i Nauki dotyczących powołania dwóch nowych kierunków nauczania.

Izba ustaliła, co następuje:

Między stronami nie było sporu, co do przebiegu postępowania i chronologii zdarzeń prowadzących do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp.

Istotne znaczenie dla oceny ewentualnej zasadności zarzutów odwołania miały następujące okoliczności:

I.Zgodnie z punktem III SWZ (opis przedmiotu zamówienia):
1.Przedmiotem zamówienia jest realizacja inwestycji pn.: „Rozbudowa budynku dydaktycznego WNoZiNS przy ul. Wojska Polskiego 51 w Ciechanowie" w formule „zaprojektuj i wybuduj" .
Wykonawca przyjmuje do wykonania zamówienie obejmujące wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z wykonaniem robót budowlanych
o powierzchni użytkowej 779 m^2 (…).
2.W ramach realizacji przedmiotu umowy Wykonawca w szczególności:
1)wykona dokumentację projektową oraz uzyska w imieniu Zamawiającego prawomocne pozwolenia na budowę;
2)wykona roboty budowlane, zgodnie z zatwierdzoną dokumentacją projektową,
3)wykona dokumentację powykonawczą;
4)przeniesie na Zamawiającego majątkowe prawa autorskie do dokumentacji projektowej oraz do dokumentacji powykonawczej na warunkach określonych w § 5 projektu umowy;
5)zawrze umowę ubezpieczenia z tytułu odpowiedzialności związanej
z wykonywaniem przedmiotu umowy;
6)udzieli gwarancji na roboty budowlane oraz infrastrukturę towarzyszącą;
7)uzyska prawomocne pozwolenie na użytkowanie budynku.

II.Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na 9 684 443,09 zł netto,
a na realizację przedmiotu zamówienia przeznaczył 12 000 000 zł.

III.W postępowaniu wpłynęło pięć ofert, każda z ceną przekraczającą kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia:
1.Redirem z siedzibą w Mławie, cena: 14 637 000,00 zł,
2.GRUPA KDM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, cena: 17 534 750,57 zł,
3.PAGMA-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (Odwołujący), cena: 14 875 000,00 zł,
4.REMBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Przasnyszu, cena: 15 213 778,84 zł,
5.JL Sp. z o.o. z siedzibą w Łomży, cena: 24 262 402,21 zł.

IV.Zamawiający trzykrotnie dokonywał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu:
1.Redirem - 1 czerwca i 28 czerwca 2023 r.,
2.REMBUD Sp. z o.o. - 31 sierpnia 2023 r.
Za każdym razem Zamawiający podejmował decyzję o zwiększeniu budżetu
na realizację zadania do wartości wybranej oferty.

V.Po kolejnym unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty na skutek wykonania wyroku KIO 2622/23 Zamawiający odstąpił od kolejnego wyboru i 20 października
2023 r. unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp.

W uzasadnieniu unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał:

„Zamawiający podejmując przeanalizowaną decyzję o braku możliwości zwiększenia kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty brał pod uwagę celowość i efektywność gospodarowania środkami publicznymi.

Zamawiający powołuje się na orzecznictwo KIO, iż możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia pozostaje w gestii Zamawiającego. Co do zasady bowiem, komentowany przepis stanowi podstawę unieważnienia postępowania, którego zamawiający może uniknąć, jeśli będzie miał możliwość zwiększenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia – tak też KIO w wyr. z 11.5.2023 r. (KIO 1186/23, Legalis), w którym dobitnie wskazała, że okoliczności związane ze zwiększeniem kwoty przeznaczonej na finansowanie zamówienia dotyczą stricte zamawiającego, który będąc dysponentem środków publicznych, obracając się w ramach posiadanego

budżetu
jednostki, mając na względzie swoje zamierzenia inwestycyjne oraz bieżącą działalność
jako jedyny właściwy podmiot jest w stanie ocenić i ustalić czy budżet jednostki pozwala
mu na zwiększenie pierwotnie ustalonej kwoty.
W konsekwencji Izba stwierdziła, że art. 255 pkt 3 PZP nie nakłada na zamawiającego szczegółowego uzasadnienia podjętej decyzji". Podobny pogląd wyraziła KIO w wyroku
z 29.8.2019 r. (KIO 1593/19, Legalis), stwierdzając, że sformułowanie może zwiększyć
tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty należy interpretować jako uprawnienie zamawiającego i to do jego decyzji należy kwestia możliwości zwiększenia środków na dany cel. Zob. też wyr. KIO z 5.7.2022 r., KIO 1559/22, niepubl.; wyr. KIO z 19.11.2021 r., KIO 3133/21, Legalis oraz wyr. SO w Łodzi z 18.8.2016 r., X GC 937/15, Legalis.
W świetle powyższego nie powinno budzić wątpliwości unieważnienie postępowania bez wyboru najkorzystniejszej oferty, w sytuacji gdy cena ofert przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia".
Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył przepisów Pzp unieważniając postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem 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. Co za tym idzie Zamawiający tylko wtedy jest uprawniony do odstąpienia od unieważnienia postępowania gdy zaistnieje przesłanka określona w przytoczonym przepisie. Jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa więc kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to zasadą jest unieważnienie postępowania, a możliwość odstąpienia od tej zasady uzależniona jest
od okoliczności leżących po stronie zamawiającego i od niego zależnych.
Co równie istotnie art. 255 pkt 3 Pzp nie daje podstawy do uznania, że zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty oznacza zwiększenie tej kwoty w sposób wiążący w zakresie przyszłych, kolejnych czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Zwiększenie kwoty po to, by uniknąć konieczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp ma pozwolić na wybór najkorzystniejszej oferty mimo zaistnienia podstawy do unieważnienia postępowania.
Tym samym zwiększenie tej kwoty nie jest samodzielną, odrębną czynnością zamawiającego w postępowaniu, a decyzją związaną bezpośrednio z czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty. Z tego względu, zamawiający który dokonuje ponownej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty nie jest związany pierwotną decyzją o zwiększeniu kwoty na realizację przedmiotu zamówienia.
Izba uznała również za wiarygodne wyjaśnienia Zamawiającego wraz ze złożonymi dowodami, z których wynikało, że Zamawiający poniósł określone wydatki inwestycyjne, co nie pozwala mu na ponowne zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia
do ceny oferty Odwołującego.
Nie potwierdził się również zarzut nr 2 odwołania. Uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania w wystarczający sposób przedstawiało przyczyny, dla których Zamawiający zdecydował się w ten sposób zakończyć postępowanie. Przepisy Pzp nie nakazują przy tym Zamawiającemu, by w uzasadnieniu czynności unieważnienia na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp wykazywał on brak możliwości zwiększenia budżetu na realizację zadania. W ocenie Izby uzasadnienie unieważnienia o ile zwięzłe było odpowiednie, by Odwołujący był w stanie
na jego podstawie wnieść odwołanie i podjąć polemikę ze stanowiskiem Zamawiającego,
co dowodzi, że Zamawiający nie naruszył art. 260 ust. 1 Pzp.
Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..……..……..……..……