

WYROK
z dnia 25 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu rozprawy w dniu 25 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Drogowe DROBUD J. Kulesza, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne-Łódź Sp. z o.o., Biprogeo-Projekt Sp. z o.o., Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej FITTING Sp. z o.o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., Berger Bau Polska Sp. z o.o., Wrocław, ul. Bolesławiecka 9a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Wrocław, reprezentowana przez Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o., Wrocław, ul. Ofiar Oświęcimskich 36** protestu z dnia 28 maja 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Drogowe DROBUD J. Kulesza, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne-Łódź Sp. z o.o., Biprogeo-Projekt Sp. z o.o., Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej FITTING Sp. z o.o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., Berger Bau Polska Sp. z o.o., Wrocław, ul. Bolesławiecka 9a** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Drogowe DROBUD J. Kulesza, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne-Łódź Sp. z o.o., Biprogeo-Projekt Sp. z o.o., Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej FITTING Sp. z o.o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., Berger Bau Polska Sp. z o.o., Wrocław, ul. Bolesławiecka 9a,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4428 zł 20 gr (słownie: cztery tysiące czterysta dwadzieścia osiem złotych dwadzieścia groszy) przez **Konsorcjum: DROBUD J. Miejskie Przedsiębiorstwo Drogowe Kulesza, Przedsiębiorstwo Komunikacyjne-Łódź Sp. z o.o., Biprogeo-Projekt Sp. z o.o., Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej FITTING Sp. z o.o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., Berger Bau Polska Sp. z o.o., Wrocław, ul. Bolesławiecka 9a** na rzecz **Gmina Wrocław, reprezentowana przez Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o., Wrocław, ul. Ofiar Oświęcimskich 36,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa procesowego i kosztów dojazdu.
- 3) dokonać wpłaty kwoty **xxx** zł **xxx** gr (słownie: **xxx**) przez **xxx** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów

**o.o., Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Inżynierii
Sanitarnej FITTING Sp. z o.o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego
ZABERD S.A, Berger Bau Polska Sp. z o.o., Wrocław, ul. Bolesławiecka
9a.**

Uzasadnienie

Gmina Wrocław, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zadanie 1: Przebudowa ul. Świeradowskiej, Zintegrowany System Transportu Szynowego w Aglomeracji i we Wrocławiu – etap I - Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Świeradowskiej wraz ze stacją zasilania Bardzka, Zadanie 2: Przebudowa ul. Bardzkiej w ciągu drogi wojewódzkiej 395 we Wrocławiu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 22 lutego 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 37-050751.

Zamawiający, dnia 21 maja 2008 r., na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp, unieważnił postępowanie. Czynność ta stała się podstawą do wniesienia, dnia 28 maja 2008 r., protestu przez Odwołującego się, w którym zarzucono naruszenie art. 86 ust. 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego się, Zamawiający utożsamia pojęcie „kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” z pojęciem „kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”. Tymczasem ustawodawca użył w obu przepisach odmiennych zwrotów „zamierza” i „może”, zatem kwoty podanej przed otwarciem ofert nie można traktować jako ostatecznej, powodującej – w sytuacji złożenia oferty najkorzystniejszej ją przekraczającej – unieważnienie postępowania. Kwota to może ulec zmianie w wyniku korekty planu finansowego, jednakże w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie skorzystał z tej możliwości. Zdaniem Odwołującego się, stanowisko takie zajął również Urząd Zamówień Publicznych w opinii nr 23.

Odwołujący się wniósł o nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i zawarcie umowy z Odwołującym się, który złożył ofertę najkorzystniejszą.

Dnia 6 czerwca 2008 r. Zamawiający protest oddalił. Decyzja o unieważnieniu postępowania została podjęta po potwierdzeniu przez Gminę Wrocław braku możliwości przeznaczenia na realizację przedmiotowej inwestycji kwoty przekraczającej określoną w budżecie. Zamawiający przeznaczył na: przebudowę ul. Świeradowskiej - kwotę 22.245.208,69 zł, Zintegrowany System Transportu Szynowego w Aglomeracji i we

Wrocławiu – etap I – Budowę trasy tramwajowej wzdłuż ul. Świeradowskiej wraz ze stacją zasilania Bardzka - kwotę 30.000.000,00 zł, przebudowę ul. Bardzkiej w ciągu drogi wojewódzkiej 395 we Wrocławiu – etap I - kwotę 69.173.689,00 zł, co stanowi w sumie 121.418.897,69 zł brutto. Kwota ta została odczytana przed otwarciem ofert.

W Wieloletnim Planie Inwestycyjnym Gminy Wrocław, na realizację zadania zabezpieczono kwotę w wysokości 127.664.689,00 zł. Ze względu na fakt, iż cena oferty najkorzystniejszej (Odwołującego się) – 176.885.189,63 zł – przekracza kwotę planowaną w budżecie Gminy Wrocław i nie ma możliwości zwiększenia środków finansowych na realizację zamówienia, Zamawiający zmuszony był unieważnić postępowanie.

Z rozstrzygnięciem Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i wniósł 11 czerwca 2008 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Ponadto Odwołujący się podnosi, iż w budżecie Miasta Wrocławia na rok 2008 w załączniku nr 11 zawarte są wydatki związane z wieloletnimi programami inwestycyjnymi. I tak dla inwestycji objętych przedmiotem zamówienia zaplanowano następujące koszty: przebudowa ul.

Bardzkiej w ciągu drogi Wojewódzkiej 395 we Wrocławiu – 126.000.000,00 zł (poz. 27), Zintegrowany System Transportu Szynowego w Aglomeracji we Wrocławiu – etap I – 109.586.000,00 zł (poz. 30), przebudowa ul. Świeradowskiej – 28.492.000,00 zł (poz. 31). Łącznie stanowi to kwotę 264.078.000,00 zł, co uzasadnia wnioski, że Zamawiający może przeznaczyć faktycznie dużo większe środki na realizację zamówienia. Podobne wnioski płyną z analizy załącznika nr 1 (w szczególności poz. 48, 50, 52) do uchwały nr XVI 465/07 Rady Miasta Wrocławia z dnia 27 grudnia 2007 r. Dodatkowo Odwołujący się podkreśla, że jak wynika z § 6 ust. 2 pkt 4 uchwały nr XVI/459/07, rezerwa celowa z przeznaczeniem na zadania inwestycyjne wynosi 58.000.000,00 zł, zaś Prezydent upoważniony jest do zaciągania zobowiązań na finansowanie wydatków wynikających z Wieloletniego Planu Inwestycyjnego Miasta w wysokości 1.110.376.298,00 zł.

Nie bez znaczenia jest fakt, że kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia jest zbyt niska i nie uwzględnia znacznego wzrostu cen i stawek w sektorze robót budowlanych. Odwołujący się podkreśla, iż kolejna oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu opiewa na kwotę 227.857.900,10 zł. Zatem jest wyższa o ponad 50% od przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby przyjąć, że Zamawiający istotnie ma ograniczone środki, nie wykazał on, iż podjął jakiekolwiek działania zmierzające do pozyskania dodatkowych funduszy na realizację zamówienia a taką możliwość dopuszcza art. 188 ustawy o finansach publicznych (Dz. U. 2005, Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.).

4

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji, postępowania, dowodów złożonych na rozprawie oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia dotyczącą przebudowy ul. Świeradowskiej, jak i Zintegrowanego Systemu Transportu Szynowego w Aglomeracji i we Wrocławiu – etap I – Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ulicy Świeradowskiej wraz ze stacją zasilania Bardzka na kwotę 42.823.941,55 zł (brutto 52.245.208,69 zł), co wynika z wniosku z dnia 13 lutego 2008 r. o zatwierdzenie trybu – dotyczy zamówień, których wartość przekracza równowartość 14 000 euro oraz *Określenia wartości szacunkowej* i Załącznika nr 1 *Informacja szczegółowa*, również z dnia 13 lutego 2008 r. Zaś wartość szacunkową przebudowy ul. Bardzkiej w ciągu drogi wojewódzkiej nr 395 Zamawiający określił na poziomie 56.699.745,00 zł (brutto 69.173.689,00 zł), co potwierdza wniosek z dnia 14 lutego 2008 r. o zatwierdzenie trybu – dotyczy zamówień, których wartość przekracza równowartość 14 000 euro. Podana wartość, jak wynika z załączników do przedmiotowego wniosku, dotyczy I etapu inwestycji. Suma tych wartości stanowi wartość szacunkową przedmiotu zamówienia i wynosi 99.523.868,55 zł (121.418.897,69 zł brutto).

Bezpośrednio przed otwarciem ofert, Zamawiający zgodnie z dyspozycją przepisu art. 86 ust. 3 ustawy Pzp podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i była to kwota stanowiąca wartość szacunkową zamówienia powiększona o podatek VAT. Należy jednakże podkreślić, że wartość zamówienia na roboty budowlane określa się w sposób wskazany w przepisie art. 33 ustawy Pzp, czego Zamawiający nie uczynił, np. w odniesieniu do przebudowy ul. Bardzkiej (podstawą ustalenia wartości szacunkowej była wartość rynkowa robót wg aktualnie realizowanej przebudowy ul. Lotniczej we Wrocławiu). Jednakże takie naruszenie nie powoduje, iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, którą to okoliczność Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu (art. 191 ust. 3 ustawy Pzp). Wobec powyższego, zarzut naruszenia przepisu art. 86 ust. 3 należy uznać za chybiony.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 86 ust. 3 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Nie można bowiem przypisać Zamawiającemu utożsamiania pojęcia „kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” z pojęciem „kwoty, którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”. Stanowisko takie znalazło potwierdzenie w piśmie z dnia 20 maja 2008 r., z którego wynika, że Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 121.418.897,69 zł, natomiast w budżecie zabezpieczył kwotę nieco większą, na poziomie 127.664.689,00 zł. Zamawiający liczył się więc z możliwością złożenia ofert, których cena przekracza wartość szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy Zamawiający przeznaczył w *Wieloletnim Planie Inwestycyjnym* środki wystarczające na realizację przedmiotowego zamówienia, Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż w badanym stanie faktycznym zarzut ten nie znalazł potwierdzenia. Należy bowiem zauważyć, że z załącznika nr 11 do uchwały Nr XVI/459/07 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 27 grudnia 2007 r. (poz. 27, 30, 31) wynikają globalne kwoty przeznaczone na realizację zadań wymienionych w analizowanych pozycjach. Przedmiot zamówienia nie stanowi zaś wyczerpującego zakresu rzeczowego wskazanych inwestycji. Stąd też twierdzenie Odwołującego się, że Zamawiający dysponuje wystarczającymi środkami na realizację zamówienia nie znajduje potwierdzenia. Prawdą jest, że cena oferty najkorzystniejszej mieści się w kwocie przewidzianej na realizację przedmiotowych inwestycji, jednakże kwota ta nie została przeznaczona na realizację spornych inwestycji tylko w zakresie, który był przedmiotem badanego postępowania.

Nie bez znaczenia w kontekście tych rozważań jest pismo z dnia 21 maja 2008 r. Skarbnika Miasta Wrocławia Głównego Księgowego Budżetu Marcina U., z którego jednoznacznie wynika, że Gmina Wrocław nie ma możliwości zwiększenia środków finansowych na realizację zadań stanowiących przedmiot badanego postępowania ponad kwotę 127.664.689,00 zł, zaplanowaną w *Wieloletnim Planie Inwestycyjnym* Miasta. Ponadto należy zwrócić uwagę, że główny księgowy, zgodnie z art. 45 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy o finansach publicznych wykonuje obowiązki i ponosi odpowiedzialność w zakresie wykonywania dyspozycji środkami pieniężnymi oraz dokonywania wstępnej kontroli zgodności operacji gospodarczych i finansowych z planem finansowym, a biorąc pod uwagę przepis art. 35 ust. 1 przedmiotowej ustawy, wydatki publiczne mogą być ponoszone na cele i w wysokości ustalonych w ustawie budżetowej, uchwale budżetowej jednostki samorządu terytorialnego i w planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych. W tym kontekście upoważnienie Prezydenta do zaciągania zobowiązań na finansowanie wydatków wynikających z *Wieloletniego Planu Inwestycyjnego* Miasta w wysokości 1.110.376.298,00 zł, wynikające z § 7 ust. 2 pkt 1 uchwały Nr XVI/459/07 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 27 grudnia 2007 r. w sprawie budżetu Miasta na rok 2008, nie ma znaczenia dla sprawy.

Przewidziana w § 6 ust. 2 pkt 4 przytaczanej uchwały, rezerwa celowa z przeznaczeniem na zadania inwestycyjne, nie może być wykorzystana na realizację przedmiotowego zamówienia, gdyż zgodnie z przepisem art. 173 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, rezerwy celowe tworzone są na wydatki, których szczegółowy podział na pozycje klasyfikacji budżetowej nie może być dokonany w okresie opracowywania budżetu. Sytuacja taka nie ma miejsca w rozpatrywanej sprawie, gdyż przedmiotowe zamówienie zostało ujęte i odpowiednio sklasyfikowane w budżecie.

Zamawiający przewidział więc możliwość zwiększenia środków finansowych na realizację przedmiotowego zamówienia, choć w niewielkiej wysokości, tj. 6.245.791,31 zł i w sytuacji, kiedy nie ma możliwości pozyskania dodatkowych funduszy, a to jednoznacznie zostało potwierdzone przez Głównego Księgowego Budżetu, zobowiązany jest na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp unieważnić postępowanie, bowiem cena najkorzystniejszej oferty przekracza możliwości finansowe Zamawiającego. Stanowisko takie potwierdza dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 18 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 87/08) oraz sądów okręgowych (wyrok Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu z dnia 18 kwietnia 2008 r., sygn. akt IV Ga 10/08). W tych okolicznościach, Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do przypisania Zamawiającemu zarzutu naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Dodatkowo należy podkreślić, że biorąc pod uwagę cenę ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i oświadczenie Zamawiającego złożone na rozprawie, iż w kolejnym postępowaniu zmniejszy zakres prac, można wysnuć wniosek, że wysoce prawdopodobne jest, iż cała inwestycja nie zostanie zrealizowana. W efekcie może dojść do sytuacji, w której inwestycja jako całość nie zostanie zrealizowana, ryzyko w odniesieniu do dalszych etapów jest tym większe, zważywszy na przyszły, bliżej nieokreślony termin udzielenia zamówienia (postępowanie nie zostało jeszcze wszczęte) i czas realizacji zamówienia, jednakże prawidłowość decyzji Zamawiającego w świetle art. 35 ust. 3 ustawy o

finansach publicznych, pozostaje poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600.,00 zł oraz koszty związane z dojazdem w kwocie 828,20 zł.

7

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

** niepotrzebne skreślić*

8