

WYROK
z dnia 10 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 lipca 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **S.Ś., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą KERAM, ul. Wystawowa 1, 51-618 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Intercity S.A., Al. Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa**

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża S.Ś., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą KERAM, ul. Wystawowa 1, 51-618 Wrocław i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez S.Ś., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą KERAM, ul. Wystawowa 1, 51-618 Wrocław tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

1

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Intercity S.A. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest prowadzenie sprzedaży biletów kolejowych w kasach biletowych oraz udzielanie informacji kolejowej na dworcach usytuowanych w Łęborku, Rybniku, Krakowie Głównym (Antresola), Lublińcu i Dębicy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem S56 104375-1017-PL w dniu 21.03.2017r.

W dniu 22.06.2017r. Odwołujący - S.Ś., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Keram S.Ś. – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność Zamawiającego związaną z badaniem i oceną ofert oraz unieważnieniem postępowania w zakresie części 3 i 5 zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 4 i w zw. z tym art. 7 ust. 1 ustawy przez nieprawidłowe, nieuzasadnione faktycznie ani prawnie unieważnienie postępowania w zakresie części 3 oraz części 5 przedmiotu zamówienia;
2. art. 32 ust. 1 ustawy przez nieustalenie wartości zamówienia z należytą starannością i naruszenie art. 34 ust. 1 pkt 1 ewentualnie pkt 2 i w zw. z tym art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez pominięcie przy ustalaniu wartości zamówienia łącznej wartości zamówień tego samego rodzaju udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy albo których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze;
3. art. 36 ust 1 pkt 12 i w zw. z tym art. 7 ust. 1 ustawy przez brak w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia przejrzystego opisu sposobu obliczania ceny,
4. art. 34 ust. 5 i w zw. z tym art. 7 ust. 1 ustawy przez brak w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia zdefiniowania i wyjaśnienia pojęcia „opcji”;

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- ponownej oceny ofert w zakresie części 3 oraz części 5 przedmiotu zamówienia;
 - ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w powyższym zakresie.
- a ponadto
- o dopuszczenie dowodów zawnioskowanych w uzasadnieniu na okoliczności tam wskazane;
 - o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia kompletu dokumentacji przedmiotowego postępowania przetargowego;
-

- o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym wynagrodzenia pełnomocnika i wydatków oraz kosztów w sprawie, stosownie do przedłożonych na rozprawie dokumentów a także zgodnie z normami przepisnymi

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że w dniu 12 czerwca 2017r. został poinformowany drogą elektroniczną o wyniku postępowania w zakresie części 2 i unieważnieniu postępowania w zakresie części 1, 3, 4 oraz 5 zamówienia. Wskazując na interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej, podniósł, że decyzja Zamawiającego w zakresie unieważnienia części 3 i 5 zamówienia jest wadliwa. Odwołujący przywołał treść postanowienia rozdz. XIV pkt 6 SIWZ, gdzie Zamawiający podał sposób obliczenia ceny wskazując, że liczby określone w formularzach cenowych są liczbami szacunkowymi. Faktyczna liczba zleconych czynności zależeć będzie od potrzeb Zamawiającego. Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za faktycznie wykonane i przyjęte usługi (czynności). Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o wykonanie umowy do pełnej kwoty maksymalnego zobowiązania Zamawiającego z tym zastrzeżeniem, że Zamawiający gwarantuje zlecenie czynności na poziomie minimalnie 60% ceny zamówienia podstawowego określonego w formularzu ofertowym. Odwołujący podniósł, że jakkolwiek z porównania kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia z ceną oferty Odwołującego w częściach 3 i 5, wydawałoby się że Zamawiający zasadnie unieważnił postępowanie, to jednak po wnikliwej analizie całości materiału, w tym SIWZ i porównaniu regulacji rozdziału XIV pkt 6 SIWZ kategorycznie należy wskazać, że Zamawiający niezasadnie i nieprawidłowo unieważnił postępowanie w zaskarżonym zakresie. Określenie mechanizmu kształtowania ceny w Formularzach cenowych zostało narzucone co do sposobu przez Zamawiającego (w tym konstrukcja informatyczna oprogramowania tabeli załącznika nr 2) a liczby tamże ujawnione stanowią jedynie wartość szacunkową. Jakkolwiek z jednym ważnym zastrzeżeniem - iż Zamawiający gwarantuje 60 % tych wartości, tj. w formularzach cenowych wykazanych. W konsekwencji tej regulacji należy zważyć, że wartość wynagrodzenia (ceny zamówienia) należnego Wykonawcy, która obciąża Zamawiającego, i to w taki sposób, że musi się z tym liczyć i ująć tę pozycję w planach budżetowych - stanowi wartość 60% kwoty podanej przez Wykonawcę. Dalej Odwołujący wskazał, że gwarantowane 60% ceny jego oferty to jest kwota dla części 3 – 576 454,43 zł; dla części 5- 293 861,15 zł, mieści się w kwotach jakie Zamawiający przeznaczył na realizację tych części zamówienia. Odmienne stanowisko byłoby nieracjonalne, nielogiczne i kłóciło się z istotą zamówienia i faktycznego sposobu jego realizacji. Zamówienie dotyczy prowadzenia sprzedaży biletów w kasie kolejowej i udzielania informacji kolejowej. Cenę - wynagrodzenie dla Wykonawcy - kształtuje de facto wartość procentowa od obrotu, tj. od sprzedaży biletów. W tym też celu Formularz cenowy - załącznik nr 2 do SIWZ wymagał od

wykonawców - oferentów wpisania wartości proponowanej prowizji w rubryce „D”. Pozostałe rubryki: E, F, G - ulegały automatycznemu wypełnieniu (program informatyczny), bez możliwości innej ingerencji ze strony Wykonawcy, jak tylko zmiana wartości w rubryce „D”. Ponadto wartości rubryki E (i w konsekwencji rubryk F i G) stanowią wartości jedynie „szacunkowe”, które nie mogą rodzić żadnych roszczeń Wykonawcy względem Zamawiającego - z zastrzeżeniem, że 60% tych wartości Zamawiający gwarantuje. A przy tym podana wartość procentowa w rubryce „D” nie stanowi - stosownie do SIWZ - kryterium oceny oferty.

Odnosnie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy tj. zasady przejrzystości, Odwołujący podkreślił, że w omawianym zakresie zasada ta została naruszona przez niejasne i niewystarczające uzasadnienie powodów unieważnienia postępowania w zaskarżonym zakresie. Z ostrożności wskazał na naruszenie art. 32 ust. 1 ustawy podnosząc, że ustawa nakłada na

Zamawiającego obowiązek ustalenia wartości zamówienia z należytą starannością, co pozostaje w przedmiotowej sprawie w bezpośrednim związku z nakazem wynikającym z art. 34 ust. 1 pkt. 1 ew. 2 ustawy - polegającym na uwzględnieniu przy ustalaniu wartości zamówienia łącznej wartości zamówień tego samego rodzaju udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy albo których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze. W przedmiotowej sprawie Zamawiający powyższego zaniechał, czego wynikiem jest min. wskazana przezeń szacunkowa wartość zamówienia oraz dalsze konsekwencje w postaci przyjęcia jako zadane przez Zamawiającego wartości w rubrykach E, F i G Formularza cenowego - załącznika nr 2 do SIWZ.

W zakresie naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 podniósł, że opis sposobu obliczania ceny w SIWZ nie spełnia wymagań określonych w tym przepisie, jest niejasny, nieobiektywny, z nieuzasadnionym stopniem ingerencji przez Zamawiającego w sposób ukryty, w oparciu o niewiadome kryteria, które mogą wypaczać rzeczywisty stan. Jest tak z uwagi na to, że:

- a) w ofercie w załączniku nr 1 wykonawcy zobowiązani byli wpisywać kwoty liczbowo, wynikające z formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2, w którym wykonawcy mogli jedynie wpisać wartość procentową w rubryce „D”, zatem nie mieli oni wpływu na wskazanie wartości liczbowej proponowanego wynagrodzenia,
 - b) jak wynika z wyjaśnień na formularzu cenowym - zał. nr 2: szacowana wartość zamówienia (rubryka „E”) dla całego okresu umowy składa się z 2 części: pierwszej dot. sprzedaży biletów IC, która uzależniona jest od wartości wpisanej do kolumny „D” i drugiej (sprzedaż na rzecz pozostałych przewoźników), która jest stała - i jak wynika z § 7 ust. 1 pkt 2 wzorca umowy - wynosi 2,5%
-
- c) jednak wbrew wyjaśnieniom na formularzu - zał. nr 2 - szacunkowa wartość pozycji „E”, która ma stanowić szacunkową wartość całego zamówienia (tj. sprzedaż na rzecz PKP IC oraz na rzecz pozostałych przewoźników), ujawnia się dopiero po wypełnieniu rubryki „D” czyli po podaniu wartości procentowej rzekomo zmiennej dot. sprzedaży biletów tylko na rzecz PKP IC. W konsekwencji rubryka „E” pokazuje wartość wynikającą z zadanego przez wykonawcę procentu w rubryce „D” co stanowi pewne zakłamanie, gdyż składową wartości „E” jest także sprzedaż na rzecz pozostałych przewoźników - obłożona stałym procentem 2,5%. Nie jest jednak wiadome, jaka wielkość z całej sprzedaży w tych szacunkach została przewidziana na jedną a jaka na drugą sprzedaż.
 - d) w konsekwencji wykonawca zakładając wartość procentową w rubryce D dla sprzedaży na rzecz PKP IC otrzymuje (w rubryce E) wartość szacunkową całej sprzedaży, łącznie ze sprzedażą na rzecz pozostałych przewoźników (2,5% stałej prowizji) - bez wiedzy o wzajemnych relacjach tych wielkości w udziale całościowej sprzedaży - i taką wartością musi się posłużyć w formularzu – zał. nr 1
 - e) dodatkowo niejasne i niezrozumiałe jest posługiwanie się pojęciem „liczba czynności” w rozdz. XIV ust. 6 SIWZ w odniesieniu do Formularzy cenowych, podczas gdy same formularze takim pojęciem się nie posługują, używając zaś: „stawka prowizji”, „szacowana wartość zamówienia netto”, „cena”.
- Odnosnie naruszenia art. 34 ust. 5 w zw. z art. 7 ust. 1 Odwołujący podniósł, że brak w specyfikacji zdefiniowania pojęcia „opcja” wpływa istotnie na niejasność sposobu ustalania ceny. Przedmiot zamówienia odzwierciedlający zakres zamówienia udzielanego z wykorzystaniem instytucji prawa opcji oraz jego wartość powinny być określone przez zamawiającego już na etapie przygotowania postępowania. W konsekwencji, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, wzór czy warunki przyszłej umowy powinny zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia. To w przedmiotowej sprawie nie ma miejsca. Z ostrożności przyjął, że zastosowane pojęcie „opcji” jest bezużyteczne i nie znajduje zastosowania w sprawie.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz mając na uwadze stanowiska stron postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalnoprawne do merytorycznego rozpoznania odwołania, a Odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania, dodatkowo na skutek działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Przepis art. 86 ust. 3 Pzp nakłada na zamawiających obowiązek podania bezpośrednio przed otwarciem kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Podanie tej kwoty stanowi przejaw zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne i ma charakter gwarancyjny dla wykonawców, chroni bowiem przed arbitralnym i nieuzasadnionym unieważnieniem postępowania o zamówienie publiczne. Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia powinna wynikać z planu finansowego zamawiającego i oznacza środki, jakie mają być przeznaczone na pokrycie realnych wydatków z tytułu realizacji zamówienia publicznego.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp daje zamawiającemu uprawnienia do zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty najkorzystniejszej. Zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia należy oceniać jako wyjątek do zasady realizacji zamówienia publicznego za kwotę podaną bezpośrednio przed otwarciem ofert. Podkreślić należy, że ewentualne zwiększenie kwoty do ceny oferty najkorzystniejszej jest to uprawnienie a nie obowiązek zamawiającego, który jako organizator postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma prawo zdecydować czy zwiększenie środków przeznaczonych na realizację zamówienia jest celowe i gospodarne. Decyzję tę podejmuje w pewnych, określonych warunkach rynkowych i w granicach wyznaczonych przez siebie możliwości finansowych do jakich realizacja danego zamówienia publicznego jest dla niego opłacalna. Przy podejmowaniu decyzji o ewentualnym zwiększeniu środków przeznaczonych na realizację zamówienia, zamawiający musi mieć na uwadze nadrzędne dyrektywy, wynikające z ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którymi dokonywanie wydatków

następuje w granicach kwot określonych w planie finansowym, z uwzględnieniem prawidłowo dokonanych przeniesień i zgodnie z planowanym przeznaczeniem, w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu zamierzonych celów (art. 44 ust. 1 i ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (Dz.U. 2016r, poz. 1870 ze zm.)). Podkreślić należy, że kontrola gospodarowania środkami publicznymi nie leży w gestii uczestników postępowania o zamówienie publiczne a organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 24 kwietnia 2008, Sygn. akt XIX Ga 131/08). Zamawiający ma zatem pełną autonomię co do podjęcia decyzji o poszukiwaniu dodatkowych środków na realizację zamówienia. *A contrario* zamawiający nie jest zobligowany do podjęcia jakichkolwiek działań celem zwiększenia kwoty ponad kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia publicznego. Skoro zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia leży w wyłącznej gestii zamawiającego to odmowa zwiększenia tej kwoty nie może stanowić podstawy do jakichkolwiek roszczeń.

Niespornym jest, że w rozpatrywanym stanie faktycznym, kwota jaką Zamawiający podał na sfinansowanie zamówienia:

- w części 3 (kasy biletowe na dworcu Kraków Główny – Antresola) to 886 180,24 zł brutto,
- w części 5 (kasy biletowe na dworcu PKP w Dębicy) to 399 377,93 zł brutto.

Natomiast ceny oferty najkorzystniejszej to:

- w części 3 - 960 757,39zł brutto.
- w zakresie 5 - 489 768,59zł brutto.

Z samego porównania tych kwot wynika wprost, że cena oferty najkorzystniejszej w zadaniach 3 i 5 przekracza kwoty podane przez Zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert, co stanowi wystarczającą przesłankę do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Wbrew temu co twierdzi Odwołujący, Zamawiający nie jest zobligowany do udowodnienia

czy podjął jakiekolwiek czynności zmierzające do ewentualnego zwiększenia budżetu przeznaczanego na realizację zamówienia publicznego. Jest to autonomiczna decyzja Zamawiającego, który założył sobie pewien budżet na realizację tego zakresu przedmiotu zamówienia, którego nie zamierza przekroczyć. Należy wziąć pod uwagę, że w analizowanym postępowaniu o zamówienie publiczne najistotniejszym czynnikiem cenotwórczym jest prowizja agenta od sprzedaży biletów, a ostateczna wartość umowy jest zależna od faktycznego obrotu. Zamawiający, kalkulując opłacalność realizacji tego przedsięwzięcia założył, że szacowana stawka prowizji dla agenta nie przekroczy 3,30% dla części 3 oraz 6% dla części 5.

Tymczasem, jak wynika z oferty Odwołującego, przyjął on stawki prowizja wyższe, odpowiednio dla części 3 - 3,60%, zaś dla części 5 - 7,50%. Zamawiający ma prawo uznać, że realizacja zamówienia publicznego za kwoty wyższe niż podane bezpośrednio przed otwarciem oferty, jest dla niego nieopłacalna i jest to decyzja biznesowa Zamawiającego. Oceny dokonanej przez Izbę nie zmienia także treść postanowienia rozdz. XIV pkt 6 SIWZ, na którą powoływał się Odwołujący. Z postanowienia tego wynika, że wykonawcy przysługuje wygródzenie za faktyczne wykonane i przyjęte usługi (czynności) i nie przysługuje mu roszczenie o wykonanie umowy do pełnej kwoty maksymalnego zobowiązania Zamawiającego, z zastrzeżeniem, że Zamawiający gwarantuje zlecenie czynności na poziomie minimalnie 60% ceny zamówienia podstawowego określonego w formularzu ofertowym. Postanowienie to ma charakter gwarancyjny dla wykonawców i jest powszechnie stosowane w zamówieniach publicznych, w których rozliczenie z wykonawcą jest zależne od faktycznie zrealizowanych zadań, których ostateczna ilość nie jest możliwa do przewidzenia. Wówczas zamawiający określają pewną górną granicę kwotową, której nie można przekroczyć realizując umowę, zaś zapewnienie wykonawcom realizacji umowy na pewnym minimalnym poziomie pełni funkcję gwarancyjną. Kalkulując ofertę wykonawcy mają bowiem zagwarantowane, że realizacja zamówienia osiągnie przynajmniej minimalny poziom. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający jest zainteresowany realizacją zamówienia wyłącznie na poziomie minimalnym za kwoty wyższe niż przeznaczył na jego wykonanie. W interesie Zamawiającego jest wybór wykonawcy mogącego wykonać 100% zamówienia publicznego za kwotę przeznaczoną na jego realizację. Przyjęcie za prawidłowe stanowiska Odwołującego oznaczałoby realizację mniejszej ilości transakcji za kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, co nie leży w interesie Zamawiającego. Stąd nie można podzielić stanowiska Odwołującego, że skoro Zamawiający przewidział gwarantowany poziom realizacji umowy na poziomie 60% wartości umowy to może zawrzeć umowę na kwotę wyższą niż wartość przeznaczonych środków na jej realizację. Izba uznała, że pozostałe zarzuty podniesione przez Odwołującego dotyczące naruszenia: art. 32 Pzp przez nieustalenie z należytą starannością wartości zamówienia, art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp przez brak w SIWZ przejrzystego opisu sposobu obliczania ceny oraz art. 34 ust. 4 Pzp przez brak zdefiniowania i wyjaśnienia w SIWZ pojęcia „opcja” są zarzutami spóźnionymi. Zarzuty te dotyczą postanowień SIWZ, które wykonawca mógł kwestionować zgodnie z art. 182 ust 2 pkt 1 ustawy w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej. Ponadto zarzut naruszenia art. 32 ustawy dotyczący oszacowania wartości zamówienia wykracza poza dyspozycję art. 180 ust. 1 ustawy, bowiem dotyczy czynności przygotowawczej podejmowanej przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia a nie czynności bądź zaniechań podjętych w tok postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący

.....