

Warszawa, dnia 27 maja 2024 roku

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a, 02 – 676 Warszawa

Odwołujący:

ERBUD INTERNATIONAL

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

Jasionka 942, 36 – 002 Jasionka

KRS Nr: 0000000746

tel.: 17 771 43 33

e – mail: erbud-international@erbud.pl

reprezentowany przez:

adwokata Rafała M. Skrzypczaka

adres do doręczeń do pełnomocnika:

ERBUD Spółka Akcyjna

ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa

tel.: 22 548 70 00

e – mail: rafal.skrzypczak@erbud.pl

Zamawiający:

Państwowy Instytut Medyczny MSWiA

Ul. Wołowska 137

02-507 Warszawa

Tel.: 0477221809

Adres poczty elektronicznej:

zamowieniapubliczne@cskmswia.gov.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Przebudowa Budynków I i II Państwowego Instytutu Medycznego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Wesolej*
Numer referencyjny: PIMMSWIA-2375/24/07/01/2023, dalej „**Postępowanie**”

Ogłoszenie: nr **2023/S 186-583299** z **2023-09-27**

ODWOŁANIE

- I. Działając w imieniu wykonawcy – ERBUD International Sp. z o. o. (zwana dalej również „Odwołującym” - pełnomocnictwo w załączeniu), na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej „**PZP**”), wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań czynności Zamawiającego we wskazanym powyżej postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. od:
 - 1) czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokonanej pismem Zamawiającego z 15 maja 2024r., które opublikowane zostało 17 maja 2024r.
 - 2) zaniechania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
- II. Odwołujący uzyskał informację o zaskarżonych w niniejszym odwołaniu czynnościach i zaniechaniach czynności Zamawiającego **w dniu 17 maja 2024r.** W związku z tym

niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie.

III. Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom czynności Zamawiającego, a w konsekwencji Zamawiającemu, zarzuca się:

- a) naruszenie art. 255 pkt 3) PZP, art. 16 pkt 1 i 2 PZP** poprzez niezasadne i bezpodstawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy Zamawiający mógł zwiększyć kwotę na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, a Zamawiający nawet nie zweryfikował możliwości zwiększenia tej kwoty i nie wykazał braku możliwości jej zwiększenia, jak również kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia została zaniżona w odniesieniu do rzeczywistej wartości zamówienia;
- b) naruszenie art. 260 PZP w zw. z art. 255 pkt 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP** poprzez zaniechanie uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania, z uwagi na brak uzasadnienia faktycznego odnośnie podjęcia działań mających na celu zweryfikowanie możliwości zwiększenia kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- c) naruszenie art. 239 ust. 1 i ust. 2 PZP, art. 16 pkt 1 i pkt 2 PZP** poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, zaniechanie przeprowadzenia badania i oceny złożonych ofert, a w konsekwencji zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej, a przez to brak prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz w sposób przejrzysty.

IV. Mając na uwadze powyższe, w imieniu Odwołującego wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;**
- 2) dokonania badania i oceny złożonych ofert;**
- 3) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.**

V. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy przedmiotowa sprawa i jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. W celu uzyskania zamówienia Odwołujący złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Oferta Odwołującego zawiera najkorzystniejszą cenę. Oferta złożona przez Odwołującego powinna zatem otrzymać najwyższą ze wszystkich ofert liczbę punktów w ramach oceny ofert i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Tymczasem Zamawiający niezasadne dokonał unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. W konsekwencji tego Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia, mimo że złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu, co potencjalnie skutkować może powstaniem po stronie Odwołującego szkody m.in. w postaci utraty korzyści i zysków wynikających z możliwości realizacji zamówienia. Uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu uzyskać przedmiotowe zamówienie i wynikające z niego korzyści. W konsekwencji stanowi to wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w PZP, w tym dla wniesienia niniejszego odwołania.

VI. Jednocześnie w imieniu Odwołującego wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na

rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty zapłaconej tytułem wpisu od niniejszego odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedłożonej faktury VAT, według norm przepisanych.

VII. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu.

Uzasadnienie

Wstęp

Ostatecznie pismem z 24 października 2023r. (zawiadomienie o zmianie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia) Zamawiający zmienił m.in. termin składania ofert i termin otwarcia ofert w Postępowaniu wskazując, że:

*„Termin składania ofert ustalony zostaje na dzień:
23.11.2023 roku godz. 14.00*

Termin otwarcia ofert ustalony zostaje na dzień 23.11.2023 roku godz. 14.30”.

Następnie, pismem z 24 listopada 2023r. (informacja z otwarcia ofert) Zamawiający poinformował, że podczas otwarcia ofert, mającego miejsce w dniu 23/11/2023 o godz. 14:30, otwarte zostały oferty następujących wykonawców:

1. ERBUD INTERNATIONAL SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, JASIONKA 942, 36-002 JASIONKA, cena oferty **50 863 887,48 zł**; oraz
2. ZAB-BUD Sp. z o.o., Nowosielecka 14a/2, 00-466 Warszawa, cena oferty **52 287 018,64 zł**.

Dnia 23 listopada 2023 o godz. 14:00 została opublikowana na podstawie art. 222 ust. 4 PZP przez Zamawiającego informacja o kwocie przeznaczonej na realizację zamówienia, z której wynika, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wynosi: **36 462 174,32 zł brutto**.

Pomimo licznych monitów ze strony Odwołującego, dopiero w dniu 17 maja 2024r. - **po upływie prawie aż 6 miesięcy od otwarcia ofert (!)** - Zamawiający opublikował informację na temat tego, w jaki sposób Zamawiający zakończył ww. postępowanie. Pismem z 14 maja 2024r. Zamawiający zawiadomił, że: „(...) *unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego*.”

Uzasadnienie prawne:

Art. 255 pkt. 3 ustawy Pzp cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia

Uzasadnienie faktyczne:

Zgodnie z art. 255 pkt 3 Zamawiający unieważnia postępowanie jeśli cena lub koszt najkorzystniejszej 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 przedmiotowym postępowaniu cena obydwu złożonych ofert przekracza środki przeznaczone na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia kwoty, a zatem należało unieważnić przedmiotowe postępowanie”.

Jak wynika z treści ww. pisma, brak jest uzasadnienia faktycznego odnośnie do podjęcia przez Zamawiającego jakichkolwiek działań mających na celu zweryfikowanie możliwości zwiększenia kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający nie przedstawił również żadnych faktów ani też dowodów, które leżały u podstaw przyjęcia określonego w art. 255 pkt 3 PZP działania Zamawiającego.

Podkreślić należy, że Zamawiający prowadzi Postępowanie z rażącym naruszeniem wszystkich zasad określonych w art. 16 PZP, w szczególności zasady jawności, gdyż do dnia niniejszego odwołania Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu pomimo jego licznych wniosków dokumentacji dotyczącej Postępowania, w tym dokumentacji pozwalającej na ocenę zaskarżonych niniejszym odwołaniem czynności/zaniechań Zamawiającego. **Pierwszy taki wniosek został złożony po otwarciu ofert, a więc od jego złożenia upłynęło już prawie 6 miesięcy.** Odwołujący najpóźniej na rozprawie przedłoży korespondencję z Zamawiającym ww. kwestii w celu potwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego w Postępowaniu zasad:

- 1) zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; oraz
- 2) przejrzystości.

Powyższe uchybienia świadczą o arbitralnym prowadzeniu Postępowania przez Zamawiającego i uniemożliwiają dokonanie merytorycznej oceny zaskarżonych czynności przez Krajową Izbę Odwoławczą, a co za tym idzie uzasadniają żądanie unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania.

W tym kontekście Odwołujący zastrzega również prawo zgłaszania dalszych zarzutów w toku sprawy, w następstwie powoływania przez Zamawiającego twierdzeń w oparciu o dowody dotychczas nieudostępnione Odwołującemu w toku Postępowania.

Odwołujący zastrzega również, że domagał będzie się od Zamawiającego w drodze odrębnych środków prawnych naprawienia w całości wyrządzonej szkody w skutek prowadzenia przez Zamawiającego Postępowania niezgodnie z przepisami PZP.

I. odnośnie zarzutu naruszenia art. 255 pkt 3) PZP, art. 16 pkt 1 i 2 PZP

Zaskarżona tym zarzutem czynność i zaniechanie Zamawiającego nie zasługują na aprobatę, albowiem dokonując wskazanej czynności i zaniechania Zamawiający naruszył przepisy wskazane w zarzutach przedstawionych w *petitum* niniejszego odwołania.

Zgodnie z art. 222 ust. 4 PZP Zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie brutto, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający przed otwarciem ofert ogłosił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości **36 462 174,32 zł brutto**. Odwołujący złożył w postępowaniu najniższą niepodlegającą odrzuceniu ofertę w kwocie **50 863 887,48 zł brutto**, a więc wyższą niż kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający nie wykazał, że wykorzystał wszystkie możliwości pozyskania środków na finansowanie inwestycji do wartości najniższej z ofert złożonych w Postępowaniu. Zamawiający nie wyjaśnił, że z uwagi na zmianę rządu zaistniałą w toku Postępowania i

zmianę priorytetów wydatków budżetowych nie jest możliwe wykonania zamówienia objętego Postępowaniem w cenie zaoferowanej przez Odwołującego. Zamawiający nie przedstawił również żadnych dowodów co do tego, że nie jest możliwe pozyskanie przez Zmawiającego dodatkowych środków na realizację zamówienia, czy to z subwencji, pożyczek, dotacji, środków unijnych itp.

Jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy o Państwowym Instytucie Medycznym Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz OCENY SKUTKÓW REGULACJI, że realizacja zamówienia objętego Postępowaniem miała zostać sfinansowana z pokaźnej kwoty pieniędzy m.in. na inwestycje otrzymanej przez Zamawiającego w związku przekształceniem Szpitala w Państwowy Instytut Medyczny MSWiA, czyli w instytut badawczy. W ocenie skutków regulacji opisano, jaką kwotą zostanie doinwestowany Zamawiający przy okazji przekształcenia. Kwota została rozpisana na poszczególne lata.

„Źródłem finansowania wydatków związanych z realizacją postanowień projektowanej ustawy będą środki zabezpieczone corocznie w ustawach budżetowych z przeznaczeniem na:

- 1) dotacje podmiotowe na zabezpieczenie wydatków bieżących Instytutu, zgodnie z art. 131 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 305, z późn. zm.) – łączna kwota dotacji na lata 2022 – 2031 wyniesie 220,722 mln zł;*
- 2) dotacje celowe na finansowanie lub dofinansowanie kosztów realizacji inwestycji, zgodnie z art. 127 ust. 1 pkt 1 lit. f ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych – łączna kwota dotacji na lata 2022 – 2031 wyniesie 1089,8 mln zł.*

Skutki ustawy będą mieścić się w ramach nakładów na zdrowie, o których mowa w art. 131c ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1285, z późn. zm.).

Źródłem dochodów będą: odprowadzany do budżetu państwa podatek dochodowy – łączna kwota 17,7 mln zł i odprowadzane do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych składki w wysokości łącznej 48,3 mln zł.

Podział dotacji podmiotowej i celowej w poszczególnych latach wyniesie:

Rodzaj wydatku	Rok budżetowy - kwoty podane w mln. zł										
	2022	2023	2024	2025	2026	2027	2028	2029	2030	2031	RAZEM
dotacja podmiotowa	15,30	20,60	21,156	21,685	22,227	22,783	23,352	23,936	24,535	25,148	220,722
dotacja celowa na inwestycje	22,00	165,00	135,00	269,00	224,00	51,70	53,40	55,00	56,70	58,00	1089,8
RAZEM	37,30	185,60	156,156	290,685	246,227	74,483	76,752	78,936	81,235	83,148	1310,522

W 2022 r. wskazana została kwota 37,30 mln zł, która stanowi sumę:

- 1) dotacji podmiotowej w kwocie 15,30 mln zł;*
- 2) dotacji celowej na dofinansowanie inwestycji w kwocie 22,00 mln zł.*

która zostanie przeznaczona na nowe zadania inwestycyjne w 2022 roku i nie została

ujęta w ustawie budżetowej na 2022 rok. Realizacja tych zadań jest konieczna ze względu na zapewnienie równoległego rozwoju Szpitala i realizacji celów powoływanego Instytutu.

Szczegółowe uzasadnienie wydatków inwestycyjnych zostało przedstawione w załączniku nr 1 do niniejszej oceny skutków regulacji.

Sfinansowanie działalności Instytutu będzie stanowiło podstawę do ubiegania się o dodatkowe środki

z budżetu państwa dla części 42 – Sprawy wewnętrzne na ten cel, w tym w 2022 r. w kwocie 37,30 mln zł (suma kwot dotacji podmiotowej oraz celowej na inwestycje, wykazanych w powyższej tabeli) oraz w latach kolejnych w kwotach wykazanych w powyższej tabeli skutków finansowych.

W 2022 roku 15,30 mln zł stanowi dotacja podmiotowa na dofinansowanie działalności bieżącej. Kwota ta nie została ujęta w ustawie budżetowej na 2022 rok i obejmuje finansowanie działalności bieżącej

w okresie 1 lipca – 31 grudnia 2022 (6 miesięcy). Dla tego wyliczenia przyjęto założenie, że ustawa wejdzie w życie z dniem 1 lipca 2022 roku.

Bazą ustalenia dotacji podmiotowej był rok 2022, przy założeniu, że dotacja podmiotowa (15,3 mln zł) na ten rok obejmuje 6 miesięcy działalności (od 1 lipca do 31 grudnia 2022 r.) oraz konieczność poniesienia nakładów na pierwsze wyposażenie specjalistyczne i kwaterunkowe. Od roku 2023 kwotę wydatków dla budżetu państwa w kolejnych latach obliczono w oparciu o wskaźnik CPI – dynamika średnioroczna na podstawie dokumentu: Wytyczne dotyczące stosowania jednolitych wskaźników makroekonomicznych będących podstawą oszacowania skutków finansowych projektowanych ustaw, Minister Finansów, Aktualizacja – sierpień 2021 r. Przewiduje się, że w kolejnych latach będzie istniała konieczność ponoszenia kosztów operacyjnych zgodnych z opisaną strukturą, kosztów konserwacji i napraw zakupionego sprzętu oraz koszty odtworzeniowe, ze względu na możliwą ich zawodność.

Łącznie bezpośredni skutek dla budżetu państwa, jaki wynika z projektu ustawy w 2022 roku to 37,30 mln zł.

Ponadto biorąc pod uwagę projektowane przepisy ustawy, w latach kolejnych otwarta jest również możliwość ewentualnego finansowania wydatków wynikających z ustawy ze środków subwencji

z budżetu Ministra Edukacji i Nauki”.

W ww. dokumencie autorzy szeroko rozpisują się o zasadach finansowania przedmiotowego zamówienia. Na stronie 10 pkt 10 tego opracowania wskazano:

„10. Niezbędnym jest przeprowadzenie gruntownej modernizacji nieruchomości będącej własnością Szpitala, zlokalizowanej w warszawskiej dzielnicy Wesoła i adaptowanie budynku na potrzeby zakładu opiekuńczo- leczniczego dla dorosłych oraz oddziału rehabilitacji dziennej nakierowanej na leczenie pacjentów po przebytej chorobie COVID-19. Obecnie budynek ten jest od 8. lat nie używany (zamknięcie ze względu na stan techniczny), co pogłębia proces jego dewastacji. Inwestycja będzie cennym uzupełnieniem kompleksowości świadczonych usług o nowy zakres opieki długoterminowej. Szacowany **koszt inwestycji – 60 mln zł**. Ze względu na dbałość o posiadaną infrastrukturę, inwestycja planowo rozpocznie się w 2022 roku, a oddanie do użytkowania nastąpi w 2024 roku. Realizacja zadania jest zgodna z celem Instytutu, którym jest udzielanie świadczeń zdrowotnych. W chwili obecnej Szpital nie realizuje zakresów opieki długoterminowej. Byłby to kolejny rodzaj działalności

leżący w sferze zainteresowania pracowników naukowych Instytutu Medycznego. Co istotne, uruchomienie Oddziału w Wesolej udrożniłoby przepływ pacjentów hospitalizowanych w lokalizacji Wołoska, wpływając na poprawę organizacji pracy zarówno Szpitala jak i części naukowo-dydaktycznej". Dalej w tym opracowaniu w zestawieniu dotacji celowej na inwestycje w podziale na lata budżetowe 2022-2031. zwrócono uwagę, że przedmiotowe zamówienie objęte Postępowaniem otrzyma ww. dotację w następujących w częściach:

1. W 2022r. w kwocie 2 mln na przygotowanie projektu
2. W 2023r. w kwocie 30 mln na realizację inwestycji (I transza)
3. W 2024r. w kwocie 28 mln (II transza + wyposażenie)

Oznacza to, że Zamawiający miał zabezpieczone środki na realizację przedmiotowego Zamówienia w kwocie 60 mln zł, a cena oferty złożonej przez Odwołującego na poziomie 50 863 887,48 zł w Postępowaniu mieści się w puli planowanych dotacji na realizację tego zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, w pierwszej kolejności wskazać należy, że zasada przejrzystości prowadzenia postępowania, a także przepis art. 255 pkt 3) PZP zobowiązują Zamawiającego aby dokonał sprawdzenia możliwości zwiększenia kwoty, którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do wysokości ceny najniższej oferty. Zgodnie z art. 255 pkt 3 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.*

Natomiast zgodnie z wyrokiem KIO z 23.10.2017 r. w sprawie **KIO 2093/17** „*przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. nie daje zamawiającemu wyłącznego i arbitralnego uprawnienia do decydowania o tym, czy zwiększyć kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, czy też nie. **Przed wszystkim zamawiający obowiązany jest zbadać, czy istnieje obiektywna możliwość zwiększenia tej kwoty i dopiero wówczas, w przypadku, gdy wynik badania okaże się negatywny, podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania***". W świetle powyższego, Zamawiający nie powinien unieważniać przetargu, bez uprzedniego podjęcia czynności zmierzających do zbadania możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zadania.

Tymczasem jak wynika z powyższego Zamawiający miał zapewnione dotacje na poziomie 60 mln zł na realizację przedmiotowego zamówienia, a gdyby nawet ich nie miał, czemu zaprzeczam, to Zamawiający nie podjął żadnych czynności mających na celu zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, pomimo że takie dodatkowe mechanizmy były przewidziane również w uzasadnieniu projektu ustawy o Państwowym Instytucie Medycznym Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, a jedynie porównał wielkość kwoty, którą zamierzał pierwotnie przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z wartością oferty najkorzystniejszej i zdecydował o unieważnieniu postępowania. Zamawiający nie przeprowadził żadnego badania czy istnieje możliwość zwiększenia wskazanych środków w zestawieniu z kwotą rzekomego budżetu Zamawiającego.

Przedstawione powyżej okoliczności stanowią o naruszeniu art. 255 pkt 3) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 2 PZP.

Jednocześnie należy podkreślić, że z informacji z otwarcia ofert w Postępowaniu wynika, iż żaden z wykonawców ubiegających się o realizację zamówienia objętego Postępowaniem nie złożył oferty, której cena mieściłaby się w budżecie Zamawiającego. Najbliższą tego budżetu była oferta Odwołującego. Dlatego też Zamawiający przed podjęciem decyzji o unieważnieniu Postępowania powinien był przeanalizować, czy czynność ta będzie dla niego korzystna, skoro z uwagi na obecny poziom inflacji oraz wzrost cen towarów i usług zaistniały od daty upływu terminu na składanie ofert oczywistym jest, iż w toku ewentualnego kolejnego postępowania na realizację tego samego zamówienia ceny ofert złożonych przez wykonawców będą znacząco wyższe od ceny oferty Odwołującego.

Na marginesie należy również zauważyć, że w innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: *"Termomodernizacja w ramach projektu „Poprawa efektywności energetycznej w budynkach CSK MSWiA w Warszawie” w systemie „zaprojektuj i wybuduj” w ramach działania 1.3.1 oś priorytetowa I Zmniejszenie emisyjności gospodarki Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020"* – znak sprawy CSKDZP-2375/01/02/01/2022 Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia dla przedmiotowego postępowania kwotę 68 673 090,94 zł (brutto).

Dowód: pismo Zamawiającego z 21 marca 2022r., Sygnatura postępowania: CSKDZP-2375/01/02/01/2022

Z wykazu złożonych ofert w ww. postępowaniu wynikało natomiast, iż złożono następujące oferty:

Nr oferty	Nazwa i adres wykonawcy	Cena oferty	Kryterium dodatkowa gwarancja i rękojmia
1	EBS BUD Sp. z o.o. ul. Kostki Potockiego 2B/39 02-958 Warszawa	200 999 945,70 zł	3 lata ponad minimalny okres gwarancji i rękojmi 3(lata), tj. w sumie 6 gwarancji i rękojmi
2	Climamedic spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa ul. Stanisława Bodycha 73A, Reguły kod: 05-816 Michałowice	186 456 484,41 zł	6 lat łącznie tj.: 3 lata minimalny okres plus dodatkowe 3 lata
3	ZAB-BUD Sp. z o.o. ul. Nowosielecka 14a/2, 00-466 Warszawa	139 250 000,00 zł	6 lat

Z powyższego wynika, że najniższą ofertą ZAB-BUD Sp. z o.o., ul. Nowosielecka 14a/2, 00-466 Warszawa była wyższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację tego zamówienia o kwotę **70 576 909,06 zł (!)**. Mimo tego 17 czerwca 2022r.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej jaką jest oferta ZAB-BUD Sp. z o.o., ul. Nowosielecka 14a/2, 00-466 Warszawa, cena brutto oferty: 139 250 000,00 zł, która przekraczała budżet Zamawiającego o **70 576 909,06 zł**. Skoro Zamawiający w innym postępowaniu nie unieważnił postępowania z tego powodu, iż najniższa z ofert złożonych w tym postępowaniu przekraczała budżet Zamawiającego, i to o ponad 100%, to tym bardziej w niniejszym Postępowaniu Zamawiający nie powinien z tego tylko powodu unieważniać postępowania, skoro oferta Odwołującego jest wyższa od budżetu Zamawiającego jedynie o 39,49%.

Dowód: pismo Zamawiającego z 17 czerwca 2022r., Sygnatura postępowania: CSKDZP-2375/01/02/01/2022

Mając powyższe na uwadze, a także potencjalne dysponowanie przez Zamawiającego dotacją w kwocie 60 mln zł na realizację tego zamówienia, powołane na wstępie liczne instrumenty wsparcia oraz pozyskania finansowania, jakimi potencjalnie może dysponować Zamawiający na pokrycie kosztów realizacji zamówienia objętego Postępowaniem, stwierdzić należy, iż zaskarżona czynność jest wadliwa.

II. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 260 PZP w zw. z art. 255 pkt 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP

Kwestia braku możliwości zwiększenia kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie została w żaden sposób uzasadniona ani wyjaśniona przez Zamawiającego poza lakoniczną informacją o podstawie prawnej unieważnienia i ograniczeniu się do wskazania kwot widniejących w protokole postępowania.

Na wstępie należy stwierdzić, że uzasadnienie jest z oczywistych względów błędne. Zgodnie z art. 255 pkt 3 PZP, Zamawiający unieważnia postępowanie jeśli cena lub koszt najkorzystniejszej 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. Natomiast w uzasadnieniu zaskarżonej czynności Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu cena obydwu złożonych ofert przekraczają środki przeznaczone na sfinansowanie zamówienia, co jest irrelewantne z punktu widzenia treści ww. przepisu PZP, który nie odnosi się do ofert złożonych w postępowaniu, lecz tylko do najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną.

Zgodnie z art. 260 PZP Zamawiający zobowiązany jest podać nie tylko podstawę prawną z przytoczeniem treści przepisu, lecz w szczególności obowiązany jest do podania uzasadnienia faktycznego, które leżało u podstaw przyjęcia określonego wskazanym przepisem działania Zamawiającego. Niezbędne jest dokładne poinformowanie o okolicznościach faktycznych, wyczerpujących przesłankę zawartą w powoływanym przepisie.

W analogicznej sprawie co niniejsza, na skutek odwołania również wniesionego przez Odwołującego, Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 12 października 2023 r. (KIO 2832/23) stwierdziła, że *„Izba pragnie w tym miejscu zaznaczyć, że w pełni podziela pogląd, wyrażony w przywoływanym przez odwołującego wyroku z 23 października 2017 r., sygn. akt KIO 2093/17, w którym Izba przedstawiła swoje stanowisko dotyczące tego w jaki sposób należy odczytywać przesłanki określone w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp (dawniej art. 93*

ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z 2004 r.). W myśl wskazanego przepisu, będącego podstawą czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena 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 najkorzystniejszej oferty. Analiza treści przepisu wskazuje, iż jego dyspozycja znajduje zastosowanie w przypadku kumulatywnego wystąpienia dwóch, wskazanych w nim przesłanek: (1) cena najkorzystniejszej oferty lub cena z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz (2) zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Jak trafnie podkreślono w cytowanym orzeczeniu, wskazany przepis nie daje zatem zamawiającemu wyłącznego i arbitralnego uprawnienia do decydowania o tym, czy zwiększyć kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, czy też nie. Zamawiający obowiązany jest zbadać, czy istnieje obiektywna możliwość zwiększenia tej kwoty i dopiero wówczas, w przypadku, gdy wynik badania okaże się negatywny, podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania. Tylko takie działanie zapewnia, że przestrzegane będą zasady udzielania zamówień publicznych: jawności i przejrzystości postępowania, a także uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający bowiem nie podejmuje w tym zakresie arbitralnej decyzji, kierując się względami i przesłankami innymi, niż jego możliwości budżetowe. Należy w tym miejscu wskazać, że to na zamawiającym, jako podmiocie obowiązany do wykazania zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, spoczywał ciężar udowodnienia, iż nie istnieje po jego stronie obiektywna możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. (...) Rację ma także odwołujący wskazując, że zamawiający naruszył także przepisy art. 260 ustawy Pzp, gdyż w piśmie informującym o unieważnieniu postępowania kwestia braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, nie została w żaden sposób uzasadniona ani wyjaśniona, poza lakoniczną informacją o podstawie prawnej unieważnienia i ograniczeniu się do wskazania kwot widniejących w protokole postępowania. Jak wynika z przepisu art. 260 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest podać nie tylko podstawę prawną z przytoczeniem treści przepisu, lecz w szczególności obowiązany jest do podania uzasadnienia faktycznego, które leżało u podstaw przyjęcia określonego wskazanym przepisem działania zamawiającego. Niezbędne jest dokładne poinformowanie o okolicznościach faktycznych, wyczerpujących przesłankę zawartą w powoływanym przepisie. Zamawiający powinien zatem w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania wskazać, czy podejmował próby zwiększenia środków przeznaczonych na realizację zamówienia, jakie kroki podjął i czy w ogóle jakieś czynności zostały przez niego zainicjowane celem zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Dopiero takie opisanie powodów unieważnienia postępowania powinno zakończyć się stwierdzeniem, że zamawiający nie może zwiększyć kwoty, którą przeznaczył na realizację zamówienia do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia jest przecież kwotą o charakterze minimalnym. Oznacza to, że zamawiający może dokonać korekt wydatków w budżecie, dokonując jej zwiększenia. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, o czym orzeczono w pkt 1 sentencji.”.

Tymczasem przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie unieważnienia postępowania jest lakoniczne. Zamawiający nie wskazał konkretnych okoliczności, na jakich

oparł swoje stwierdzenie, że brak jest możliwości zwiększenia kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, czyniąc je samowolnym i arbitralnym. Zamawiający nie sprostął obowiązkowi podania uzasadnienia faktycznego podejmowanej czynności w sposób zgodny z przepisami prawa, nie wskazując precyzyjnie okoliczności stanowiących uzasadnienie unieważnienia postępowania — utrudniając w ten sposób możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości przez Odwołującego. Zamawiający ograniczył się jedynie do porównania kwot i lakonicznego stwierdzenia, że wartość oferty Odwołującego przekracza kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (zaniżoną o czym w pkt I powyżej).

Taki sposób działania Zamawiającego narusza art. 260 PZP w zw. z art. 255 pkt 3 PZP, co prowadzi do naruszenia podstawowych zasad uregulowanych w art. 16 pkt 1 i 2 PZP, w związku z czym już samo tylko wskazane naruszenie powinno skutkować unieważnieniem zaskarżonej czynności Zamawiającego.

Odnosnie braku uzasadnienia faktycznego co do podjęcia działań mających na celu zweryfikowanie możliwości zwiększenia kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, Izba wypowiedziała się również w wyroku z dnia 26 września 2017 r., sygn. akt KIO 1878/17, wskazując m.in., że: *„Zatem, co należy podkreślić Zamawiający nie jest zobowiązany do unieważniania postępowania w każdym przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza równowartość kwoty, którą planował przeznaczyć na realizację zamówienia. Zamawiający może zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, tak aby była ona wyższa od ceny zawartej w ofercie najkorzystniejszej, w granicach i na zasadach określonych ustawą o finansach publicznych, o ile uzna to za uzasadnione i celowe, udzielając następnie zamówienia wykonawcy. Dopiero w sytuacji, gdy dokonanie takich przeniesień nie jest możliwe lub celowe, a kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.* **Określenie w ustawie, że Zamawiający „może” zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia nie oddolności się do jego woli (chcę/nie chcę), lecz do faktycznych możliwości w zakresie dobra jakie chce pozyskać,** przy czym podkreślić należy również, że ocena możliwości musi być dokonywana z uwzględnieniem faktu, że są takie zamówienia, które nie mogą nie zostać udzielone, a ich zakres determinowany jest nałożonymi na Zamawiającego obowiązkami. **Jednakże to wszystko w ocenie Izby powinno mieć odzwierciedlenie w informacji o unieważnieniu postępowania.** (...) Izba wskazuje, że zestawiając cel prowadzenia postępowania oraz obowiązki informacyjne Zamawiającego, **winien on podać do wiadomości wykonawców dlaczego nie może przeznaczyć na realizację zamówienia kwoty na poziomie najkorzystniejszej oferty, a w efekcie zmuszony był unieważnić postępowanie.** (...) Instytucja unieważnienia postępowania ma znamienny wpływ na los postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skutki jakie wywołuje dla jego uczestników przesądzają o tym, że obowiązek wykazania, że czynność ta znalazła dla określonego postępowania swoje prawne i faktyczne uzasadnienie spoczywa każdorazowo na Zamawiającym. Tym samym wykazanie i udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy spoczywa zawsze na Zamawiającym, a fakt ten powinien zostać jednocześnie uzewnętrzniony wszystkim wykonawcom”.

W tym miejscu przytoczyć należy okoliczności wskazane w pkt I powyżej uzasadnienia

niniejszego odwołania, w szczególności Zamawiający w żaden sposób nie poinformował wykonawców czy podjął zgodnie z art. 255 pkt 3 PZP próbę zwiększenia kwoty przeznaczonej na finansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty.

Powyższe stanowisko Izby znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie. Już tylko sam brak wystarczającego uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania powoduje zatem, że czynność ta nie może się ostać i powinna zostać unieważniona.

III. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP

Przedmiotowy zarzut jest konsekwencją zarzutów podniesionych i opisanych w pkt I i II uzasadnienia powyżej. Zgodnie z art. 239 ust. 1 PZP Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, zaś zgodnie z ust. 2 powołanego przepisu najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, brak jest podstaw do unieważnienia postępowania, jako najkorzystniejszą ofertę Zamawiający winien wybrać ofertę Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego, i jest jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu. Przy czym zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 PZP, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z faktu konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert. Tym samym, uchybienia przedstawione powyżej w uzasadnieniu odwołania oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz – po przeprowadzeniu ponownego badania i oceny ofert – dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z powyższych względów w pełni uzasadnione jest postawienie zarzutów naruszenia przepisów w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu.

Mając na uwadze wszystkie wskazane powyżej okoliczności, wnoszę jak na wstępie.

W załączeniu:

1. potwierdzenie zapłaty wpisu od odwołania;
2. pełnomocnictwo od ERBUD;
3. informacja z KRS dot. ERBUD;
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.