

Sygn. akt: KIO 1384/16
KIO 1401/16
KIO 1402/16
KIO 1404/16
KIO 1413/16

WYROK
z dnia 16 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Protokolant: **Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2016 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 26 lipca 2016 r. przez Odwołującego **Zakłady Usługowe „Wschód” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Lublinie przy ul. Gazowej 6, 20-406 Lublin (sygn. akt KIO 1384/16);
- B) w dniu 29 lipca 2016 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Joannitów 13, (50-525 Wrocław), **A. Ś.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „ANN-POL” Ś. A., ul. Olsztyńska 25 (45-260 Opole), **P. Ś.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P., ul. Piotrkowska 9/27 (45-304 Opole) (sygn. akt KIO 1401/16);
- C) w dniu 29 lipca 2016 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą we Wrocławiu, ul. Boczna 2 (50-502 Wrocław), **Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Joannitów 13, (50-525 Wrocław), **Wodrol Inwestycje Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Kielczowie, ul. Wilczyka 14 (55-093 Kielczów) (sygn. akt KIO 1402/16);
- D) w dniu 29 lipca 2016 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Zakłady Usługowo-Produkcyjno-Handlowe „Pomorze” Spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, ul. Narutowicza 22 (70-231 Szczecin), **Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118 (53-111 Wrocław) (sygn. akt KIO 1404/16);

E) w dniu 29 lipca 2016 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Zakłady Usługowe Zachód Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Poznaniu, ul. Robocza 40 (61-517 Poznań), **Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118 (53-111 Wrocław), **H. S.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Alkom” Firma Handlowo-Usługowa, Poznań, ul. Falista 6/1 (61-249 Poznań), **J. D.** prowadzący działalność pod nazwą Hade Zakład Handlowo-Usługowy J. D., Szczecin, ul. Chlebowa 11 (71-006 Szczecin) (sygn. akt KIO 1413/16)

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP S.A. z siedzibą w Warszawie** w imieniu i na rzecz Zamawiających: **Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna**, ul. Szczęśliwicka 62 (00-973 Warszawa) **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna**, ul. Targowa 74 (03-734 Warszawa)

przy udziale

wykonawcy **A. Ch.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowe „Natura Tur” A. Ch., ul. Pietkiewicza 11 lok. 3, 15-687 Białystok, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1384/16 po stronie Odwołującego

orzeka:

1

- A. Oddała odwołanie wniesione przez Odwołującego Zakłady Usługowe „Wschód” Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (sygn. akt KIO 1384/16);**
- B. Oddała odwołanie wniesione przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, A. Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „ANN-POL” Ś. A., Opole, P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś., Opole (sygn. akt KIO 1401/16);**
- C. Oddała odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (50-502 Wrocław), Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z**

o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Wodrol Inwestycje Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kielczowie (sygn. akt KIO 1402/16);

D. Oddała odwołanie wniesione przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Zakłady Usługowo-Produkcyjno-Handlowe „Pomorze” Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 1404/16);

E. Oddała odwołanie wniesione przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Alkom” Firma Handlowo-Usługowa, Poznań, J. D. prowadzący działalność pod nazwą Hade Zakład Handlowo-Usługowy J. D. (sygn. akt KIO 1413/16).

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołujących: Zakłady Usługowe „Wschód” Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (sygn. akt KIO 1384/16), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, A. Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „ANN-POL” Ś. A., Opole, P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś., Opole (sygn. akt KIO 1401/16), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (50-502 Wrocław), Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Wodrol Inwestycje Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kielczowie (sygn. akt KIO 1402/16), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Zakłady Usługowo-Produkcyjno-Handlowe „Pomorze” Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 1404/16), oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Alkom” Firma Handlowo-Usługowa, Poznań, J. D. prowadzący działalność pod nazwą Hade Zakład Handlowo-Usługowy J. D. (sygn. akt KIO 1413/16) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **75.000 zł 00 gr.** (słownie: siedemdziesiąt pięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących: Zakłady Usługowe Wschód Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 1384/16), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, A. Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „ANN-POL” Ś. A., Opole, P. Ś. prowadzący

działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P., Opole (sygn. akt KIO 1401/16), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Wodrol Inwestycje Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Kielczowie (sygn. akt KIO 1402/16), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Z.U.P.H. „Pomorze” Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118 (53-111 Wrocław) (sygn. akt KIO 1404/16), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Alkom” Firma Handlowo-Usługowa, Poznań, J. D. prowadzący działalność pod nazwą Hade Zakład Handlowo-Usługowy J. D., Szczecin (sygn. akt KIO 1413/16), tytułem wpisów od odwołań.

2.2 Zasądza od Odwołujących: Zakłady Usługowe Wschód Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 1384/16), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, A. Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „ANN-POL” Ś. A., Opole, P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P., Opole (sygn. akt KIO 1401/16), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Wodrol Inwestycje Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Kielczowie (sygn. akt KIO 1402/16), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Z.U.P.H. „Pomorze” Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, (sygn. akt KIO 1404/16), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Alkom” Firma Handlowo-Usługowa, Poznań, J. D. prowadzący działalność pod nazwą Hade Zakład Handlowo-Usługowy J. D., Szczecin (sygn. akt KIO 1413/16) na rzecz Zamawiającego kwotę **8.750 zł 00 gr.** (słownie: osiem tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika, oddzielnie do każdej ze spraw połączonych w tym:

A) od Zakładów Usługowych Wschód Sp. z o.o. kwotę **1.750 zł 00 gr.** (słownie: jeden tysiąc siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) w sprawie KIO 1384/16,

- B) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, A. Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „ANN-POL” Ś. A., Opole, P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P., Opole kwotę **1.750 zł 00 gr.** (słownie: jeden tysiąc siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) w sprawie KIO 1401/16;
- C) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Wodrol Inwestycje Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Kielczowie, kwotę **1.750 zł 00 gr.** (słownie: jeden tysiąc siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) w sprawie KIO 1402/16;
- D) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Z.U.P.H. „Pomorze” Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę **1.750 zł 00 gr.** (słownie: jeden tysiąc siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) w sprawie KIO 1404/16;
- E) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Alkom” Firma Handlowo-Usługowa, Poznań, J. D. prowadzący działalność pod nazwą Hade Zakład Handlowo-Usługowy J. D., Szczecin kwotę **1.750 zł 00 gr.** (słownie: jeden tysiąc siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) w sprawie KIO 1413/16.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164.) 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:

**Sygn. akt: KIO 1384/16
KIO 1401/16
KIO 1402/16
KIO 1404/16
KIO 1413/16**

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PKP S.A na rzecz PKP SA i PKP PLK S.A. w trybie przetargu nieograniczonego na *świadczenie usług utrzymania czystości w wybranych lokalizacjach zarządzanych przez PKP S.A. i PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.* (nr postępowania: KIZ/2016/WNP - 004720), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2016/S 077-138071 w dniu 20 kwietnia 2016 r., wobec czynności unieważnienia postępowania na zadania: 3, 16, 18, 22, 23 zostały wniesione w dniach 26 i 29 lipca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawców: Zakłady Usługowe WSCHÓD Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 1384/16), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, A. Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „ANN-POL” Ś. A., Opole, P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P., Opole (sygn. akt KIO 1401/16), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Wodrol Inwestycje Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Kiełczowie (sygn. akt KIO 1402/16), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Z.U.P.H. „Pomorze” Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118 (53-111 Wrocław) (sygn. akt KIO 1404/16), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Alkom” Firma Handlowo-Usługowa, Poznań, J. D. prowadzący działalność pod nazwą Hade Zakład Handlowo-Usługowy J. D., Szczecin (sygn. akt KIO 1413/16).

Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania w częściach, w których wniesione zostały odwołania w dniu 19.7.2016 r.

Wspólnym we wszystkich odwołaniach był zarzut bezpodstawnego unieważnienia postępowania w poszczególnych częściach na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy, wywodzony z faktu braku przekroczenia kwoty środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia objętego daną częścią (zadania).

A. Sygn. akt KIO 1384/16

Odwołujący – Zakłady Usługowe „Wschód” Sp. z o.o. zakwestionował jako niezgodne z Ustawą czynności Zamawiającego podjęte w zadaniu nr 16, polegające na unieważnieniu postępowania przy braku ustawowych przesłanek do jego unieważnienia, nieodrzczeniu

oferty, która podlegałaby odrzuceniu oraz zaniechaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy pzp przez zastosowanie przesłanki unieważnienia postępowania w sytuacji faktycznej, która nie pozwalała na jej zastosowanie. Poprzez bezzasadne i bezprawne unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający dysponował środkami na sfinansowanie zamówienia, co wskazał na otwarciu ofert, a także w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania;
2. art. 16 ust. 5 Ustawy Pzp przez dokonanie nadinterpretacji tego przepisu skutkujące w konsekwencji niewłaściwym i niezgodnym z prawem zastosowaniem art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty P.U. Natura TUR A. Ch. ze względu na fakt, iż treść oferty nie odpowiada treści siwz;
4. art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez niezasadne i bezprawne zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zadaniu nr 16, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, nakazanie odrzucenia oferty P.U. Natura TUR A. Ch. i dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Na istnienie legitymacji Odwołującego do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp wskazywać ma fakt pozbawienia Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na chronologię czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu obejmującym 23 zadania częściowe, a dotyczące zadania nr 16 (obszar Skarżysko Kamienna), na które to zadanie Odwołujący złożył ofertę wycenioną w kwocie brutto 3.673.132,09 zł. Oferty w tym zadaniu złożyli również P.U. Natura Tur A. Ch. na kwotę brutto 3.000.169,74 zł oraz Konsorcjum Konsalnet Holding S.A, Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. na kwotę brutto 4.066.083,75 zł.

Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w rozbiciu na poszczególne części (23 zadania), wskazując dla zadania 16 kwotę 4.116.014,55 zł. Ponadto Zamawiający wskazał na kwotowy udział dwóch Zamawiających w przedmiocie zamówienia składające się na środki przeznaczone na zadanie nr 16, odpowiednio 2.169.714,56 zł (PKP S.A) i 1.946.299,99 zł (PKP PLK S.A.).

Zamawiający wezwał w dniu 20.6.2016 r. Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, które Odwołujący udzielił w piśmie z dnia 22.6.2016 r.

Zamawiający dokonał w dniu 27.6.2016 r. wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucił ofertę złożoną przez PU Natura Tur A. Ch., jako niezgodną z siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2). Następnie w dniu 4.7.2016 r. Zamawiający przekazał sprostowanie do zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazując, iż w zadaniu 16 w zakresie oferty PU Natura Tur A. Ch. nie została podjęta jeszcze żadna decyzja. Ostatecznie w dniu 19.7.2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania, między innymi w zadaniu 16 wskazując na podstawę prawną z art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp, tj. *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*. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał na odpowiednie stosowanie art. 16 ust. 1 Ustawy do Zamawiających na rzecz których postępowanie prowadzi PKP S.A., co oznacza, że do Zamawiających prowadzących postępowanie wspólnie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące pojedynczego Zamawiającego. Zamawiający wskazał, iż cena oferty najkorzystniejszej lub oferty z najniższą ceną w odniesieniu do zakresu usługi, które mają być świadczone na rzecz pojedynczego Zamawiającego prowadzącego postępowanie wspólnie z innym Zamawiającym jest wyższa od kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, której nie jest w stanie zwiększyć do ceny oferty najkorzystniejszej.

W ofertach wyceniono usługi na kwotę całkowitą brutto oraz w rozbiciu na każdy obiekt (w rozbiciu na dwóch Zamawiających).

Na sfinansowanie zamówienia w zadaniu nr 16 przeznaczona została kwota 4.116.014,55 zł. w tym: 2.169.714,56 zł (PKP S.A) i 1.946.299,99 zł (PKP PLK S.A.). Cena w ofercie PU Natura Tur A. Ch. wyniosła 3.002.169,74 zł brutto, w tym dla PKP S.A. 700.946,06 zł. i dla PKP PLK S.A 2.301.223,68 zł. brutto.

Nie ulega wątpliwości, iż pomimo, że postępowanie prowadzone jest na rzecz dwóch Zamawiających, wciąż mamy do czynienia z jednym postępowaniem. Zamawiający dopuszczając składanie ofert częściowych musi mieć na względzie, iż każda z „części zamówienia” stanowi przedmiot odrębnego postępowania. Zamawiający ma prawo podzielić proces badania i oceny ofert na części odpowiadające częściom zamówienia.

Dokonując wykładni rozszerzającej art. 16 ust. 1 ustawy Zamawiający uznał, iż zasadne będzie podzielenie części zamówienia na dodatkowe dwie części i unieważnił postępowanie. Takie działanie jest bezprawne, co również irracjonalne. Należałoby zatem zadać pytanie, czy wobec powyższego nie powinno wykonawcy zostać udzielone zamówienie w tej części zadania, w której kwoty na sfinansowanie zamówienia nie przekroczył. W ocenie Odwołującego kwestia podziału finansowego zamówienia pomiędzy Zamawiających jest dla wykonawców sprawą wtórną, mającą znaczenie na etapie podpisania umów. Zamawiający

podzielił zamówienie na części i w taki też sposób wyceniona była cena całkowita oferty brutto.

W konsekwencji bezprawnego unieważnienia postępowania Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty PU Natura Tur A. Ch. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy z uwagi na złożenie formularza cenowego nie w oryginale lecz na płycie CD.

B. Sygn. akt KIO 1401/16

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o., A. Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „ANN-POL” Ś. A., P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. (Konsorcjum), zaskarżyli czynność unieważnienia postępowania na zadanie nr 3, jako prowadzące do naruszenia:

1. art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 86 ust. 3 Ustawy przez błędne przyjęcie, że cena najkorzystniejszej oferty, jak również cena Odwołującego przewyższa kwotę podaną przed otwarciem ofert, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,
2. naruszenie art. 86 ust. 3 Ustawy w zw. z § 2 ust. 1 pkt 13 rozporządzenia Prezesa RM z 26.10.2010 r. w sprawie protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458) przez naruszenie zasad sporządzania protokołu, tj. wpisanie do pkt 6 protokołu kwot dla poszczególnych Spółek PKP, w sytuacji gdy winna być wpisana tylko jedna kwota.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na zadanie nr 3, nakazanie powtórzenia oceny ofert w zadaniu nr 3.

Interes we wniesieniu odwołania polega na tym, że złożona przez Odwołującego oferta została sklasyfikowana na pierwszym miejscu i nie została wybrana.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na podaną przy otwarciu ofert kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia na zadanie 3 w wysokości 3.405.667,88 zł (w tym dla PKP S.A 1.870.837,75 zł i dla PKP PLK S.A. 1.534.830,13 zł) oraz wysokość własnej oferty wycenionej w kwocie brutto na 3.249.249,20 zł (w tym dla PKP S.A. 556.762,00 zł. i dla PKP PLK 2.692.487,20 zł).

Do nieuzasadnionego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy doprowadziła niedopuszczalna wykładnia rozszerzająca przepisu, którego wyjątkowe zastosowanie wynika z braku osiągnięcia celu postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego. Przesłanka do unieważnienia postępowania wskazuje na kwotę podaną przez Zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert na podstawie art. 86 ust. 3 Ustawy. Regulacja ustawowa stanowić ma gwarancję dla wykonawców przed arbitralnymi decyzjami Zamawiającego w trakcie oceny ofert w zakresie unieważnienia postępowania, gwarantując przejrzystość i jawność postępowania, a także służyć realizacji zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, iż ceny dotyczące poszczególnych Spółek nie stanowią ceny oferty, gdyż Zamawiający nie przewidział możliwości składania ofert częściowych na poszczególne Spółki, jak również nie dokonał rozdzielnia przedmiotu zamówienia na poszczególne Spółki wspólnie udzielające zamówienia. Wykonawcy oferowali jedną cenę w formularzu cenowym dla całego zadania bez rozbicia na obie Spółki, która to cena stanowiła kryterium oceny ofert. Odwołujący wskazał na poprzednio prowadzone postępowanie również na rzecz tych samych podmiotów, co wówczas nie objawiało się rozbijaniem ceny na poszczególne Spółki, a podstawą oceny i wyboru była cena za całość zadania.

Zamawiający nie był również uprawniony do podania w protokole kilku cen. Rozporządzenie Prezesa RM z 26.10.2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dopuszcza wpisanie tylko jednej ceny (§ 2 ust. 1 pkt 13).

Ponieważ postępowanie prowadzone było wspólnie przez dwa podmioty, powinny one porozumieć się co do sposobu postąpienia w takiej sytuacji, w szczególności określając w sposób transparentny wszelkie kwestie związane z udziałem w postępowaniu i udzieleniem zamówienia, w tym również rozliczenia finansowe pomiędzy stronami (art. 16 Ustawy). Dodatkowo, odpowiedzialność względem Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jest solidarna, co oznacza, że Zamawiający może dochodzić w pełnym zakresie swych roszczeń według własnego wyboru względem jednego z wykonawców lub względem wszystkich łącznie. Odpowiedzialność wykonawców rozciąga się również na działania i zaniechania podmiotów, z którymi wykonują zamówienie. Stąd w analogiczny sposób należy skonstruować odpowiedzialność Zamawiających wspólnie udzielających zamówienie wobec wykonawcy. W związku z odpowiedzialnością solidarną za zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia (art. 370 K.C.). Brak realizacji świadczenia (np. płatności) przez jednego z Zamawiających pociąga za sobą odpowiedzialność również drugiego podmiotu.

Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania nie wykazał, że nie jest w stanie zwiększyć kwoty na sfinansowanie przedmiotu zamówienia lub nie jest w stanie przesunąć kwoty pomiędzy poszczególnymi zadaniami lub pomiędzy Zamawiającymi. Odwołujący przedstawił stan postępowania po unieważnieniu zadań, których łączna wartość wynosi niemal 60 mln zł., co powinno skłonić Zamawiającego do przesunięcia kwoty środków przeznaczonych na sfinansowanie zadania pomiędzy obiema Spółkami, jak miało to miejsce

w tym postępowaniu na zadanie nr 10 – obszar Olsztyn oraz zadanie nr 11 – obszar Opole, w których wybrane zostały oferty z kwotami wyższymi od środków przeznaczonych na sfinansowanie usługi na rzecz PKP PLK S.A. Odwołujący wskazał również na oszczędności jakie uzyskał Zamawiający na części zadań, które łącznie dla PKP S.A. i PKP PLK S.A. wynoszą 4.721.145,64 zł (w tym dla PKP PLK SA 1.690.063,38 zł.).

C. Sygn. akt KIO 1402/16.

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie: Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o., Wodrol Inwestycje Sp. z o.o. Sp. k. zaskarżyli czynność unieważnienia postępowania na zadanie nr 22 oraz zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Klinet Sp. z o.o. (Konsorcjum Konsalnet), prowadzące do naruszenia:

1. art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 86 ust. 3 Ustawy pomimo, że cena oferty najkorzystniejszej, jak również cena Odwołującego nie przewyższa kwoty podanej przed otwarciem ofert, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zakresie zadania nr 22;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum Konsalnet z uwagi na rażąco niską cenę oferty w zakresie zadania nr 22 i naruszenie zasad uczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez stosowanie ceny poniżej kosztów świadczenia usługi;
3. art. 86 ust. 3 Ustawy w związku z art. § 2 ust. 1 pkt 13 rozporządzenia Prezesa RM z 26.10.2010 r. w sprawie protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458) przez naruszenie zasad sporządzania protokołu, tj. wpisanie do pkt 6 protokołu kwot dla poszczególnych Spółek PKP, w sytuacji gdy winna być wpisana tylko jedna kwota.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 22, nakazanie powtórzenia oceny ofert w zadaniu nr 22, nakazanie wykonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Konsalnet.

Interes we wniesieniu odwołania wskazywać ma okoliczność, iż złożona przez Odwołującego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu, a w wyniku unieważnienia postępowania i zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Konsalnet, nie została wybrana.

W uzasadnieniu zarzutu naruszania art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy, Odwołujący wskazał na podaną przy otwarciu ofert kwotę środków, jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie

zadania nr 22 w wysokości 11.995.585,69 zł. W postępowaniu złożone zostały 4 oferty z cenami: 9.413.090,82 zł. brutto (Konsorcjum Konsalnet), 10.448.113,03 zł. brutto (oferta Konsorcjum B. – wykluczone z postępowania), 10.467.528,63 zł. brutto (oferta Odwołującego), 12.653.057,09 zł. brutto (oferta Impel Cleaning Sp. z o.o.).

W uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania na zadanie nr 22 Zamawiający podał, że na sfinansowanie zadania zamierza przeznaczyć kwotę 11.995.585,69 zł. brutto (w tym dla PKP S.A.: 6.891.234,05 zł., dla PKP PLK S.A.: 5.104.351,64 zł), wskazując jednocześnie że oferta z najniższą ceną wynosi 9.413.090,82 zł brutto (w tym dla PKP S.A.: 2.415.141,04 zł, dla PKP PLK S.A.: 6.997.949,78 zł.). Podniósł również, że nie jest w stanie zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. Odwołujący wskazał, że zarówno oferta z najniższą ceną, jak i jego oferta mieści się w kwocie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy podana kwota przy otwarciu ofert była wyższa od zaoferowanych cen, co ma wyeliminować praktyki manipulowania tą kwotą i podejmowania arbitralnej decyzji o unieważnieniu postępowaniu z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia. Wprawdzie wykonawcy byli zobowiązani do podania cen dla poszczególnych spółek PKP, jednak ceny te nie stanowią ceny oferty. Zamawiający nie przewidział składania ofert częściowych na poszczególne Spółki Zamawiających, jak również w żaden sposób nie dokonał rozdzielenia przedmiotu zamówienia na poszczególne Spółki Zamawiających wspólnie udzielających zamówienia. Zamawiający przewidział możliwość złożenia tylko jednej oferty z jedną ceną dla całego zadania. W formularzu ofertowym nie ma rozbicia na dwie ceny, jedną dla PKP S.A. i drugiej dla PKP PLK S.A. Podstawą wyboru oferty nie są ceny za świadczenie usług na rzecz poszczególnych Zamawiających lecz łączna cena oferty na wykonanie całego zadania. Również kryteria wyboru ofert nie wskazują na to, że Zamawiający zamierzał oceniać cenę w rozbiciu na cenę świadczenia usługi na rzecz PKP S.A. i PKP PLK S.A. W kryterium ceny porównywana miała być cena oferty brutto za zadanie. Odwołujący wskazał również na zasady na jakich udzielone było poprzednie zamówienie obejmujące usługi świadczone na rzecz spółek PKP, realizowane w ramach jednej umowy za zaoferowaną cenę brutto za całość zadania. W ocenie Odwołującego, koniecznym było poinformowanie wykonawców w siwz o intencji unieważnienia postępowania, gdy ceny częściowe oferty przekroczą budżet każdego z Zamawiających. Pozwoliłoby to wykonawcy na etapie wyceny prac takie skalkulowanie ceny, aby nie przekroczyć żadnej z kwot, ze świadomością, iż ich przekroczenie będzie prowadziło do unieważnienia postępowania.

Zamawiający był zobowiązany do wyboru oferty mieszczącej się w kwocie środków podanej przed otwarciem ofert. Ponieważ Zamawiający nie przewidział złożenia oferty częściowej

jedynie na świadczenie usługi utrzymania czystości na rzecz PKP S.A lub PKP PLK SA, zobowiązany był wziąć pod uwagę cenę za całe zadanie nr 22.

Zamawiający nie był również uprawniony do podania w protokole kilku cen. Rozporządzenie Prezesa RM z 26.10.2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dopuszcza wpisanie tylko jednej ceny (§ 2 ust. 1 pkt 13).

Ponieważ postępowanie prowadzone było wspólnie przez dwa podmioty, powinny one porozumieć się co do sposobu postąpienia w takiej sytuacji, w szczególności określając w sposób transparentny wszelkie kwestie związane z udziałem w postępowaniu i udzieleniu zamówienia, w tym również rozliczenia finansowe pomiędzy stronami (art. 16 Ustawy). Dodatkowo odpowiedzialność względem Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jest solidarna, co oznacza, że Zamawiający może dochodzić w pełnym zakresie swych roszczeń według własnego wyboru względem jednego z wykonawców lub względem wszystkich łącznie. Odpowiedzialność wykonawców rozciąga się również na działania i zaniechania podmiotów, z którymi wykonują zamówienie. Stąd w analogiczny sposób należy skonstruować odpowiedzialność Zamawiających wspólnie udzielających zamówienie wobec wykonawcy. W związku z odpowiedzialnością solidarną za zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia (art. 370 K.C.). W przypadku braku realizacji świadczenia (np. płatności) przez jednego z Zamawiających pociąga za sobą odpowiedzialność również drugiego podmiotu.

Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania nie wykazał, że nie jest w stanie zwiększyć kwoty na sfinansowanie przedmiotu zamówienia lub nie jest w stanie przesunąć kwoty pomiędzy poszczególnymi zadaniami lub pomiędzy Zamawiającymi. Odwołujący przedstawił stan postępowania po unieważnieniu zadań, których łączna wartość wynosi niemal 60 mln zł., co powinno skłonić Zamawiającego do przesunięcia kwoty środków przeznaczonych na sfinansowanie zadania pomiędzy obiema Spółkami, jak miało to miejsce w postępowaniu na zadanie nr 10 – obszar Olsztyn oraz zadanie nr 11 – obszar Opole, w których wybrane zostały oferty z kwotami wyższymi od środków przeznaczonych na sfinansowanie usługi na rzecz PKP PLK S.A. Odwołujący wskazał również na oszczędności jakie uzyskał Zamawiający na części zadań, które łącznie dla PKP S.A. i PKP PLK S.A wynoszą 4.721.145,64 zł (w tym dla PKP PLK SA 1.690.063,38 zł.).

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez nieodrzczenie oferty Konsorcjum Konslanet Odwołujący odniósł się do wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę, w których nie udowodniono, że Konsorcjum Konslanet jest w stanie z zyskiem wykonać zamówienie oraz że nie doszło do zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zakwestionował przyjęte do kalkulacji założenie co do ilości roboczogodzin, która po przeliczeniu na osoby wskazuje na 2 osoby

do obsługi całej powierzchni wewnętrznej PKP S.A., tj. 12.250,62 m², przy pracy zmianowej przez siedem dni w tygodniu. Również ilość roboczogodzin przyjęta dla powierzchni wewnętrznych należących do PKP PLK SA nie jest wystarczająca (81,67 r-g dziennie) przy potrzebie zapewnienia serwisu dziennego na Dworcu Wrocław Główny. Ponadto w kalkulacji nie zostały uwzględnione koszty prac okresowych, czy też pielęgnacji terenów zielonych. Konsorcjum dopuściło się błędu przyjmując do kalkulacji wartość brutto poszczególnych elementów wyceny, gdy tymczasem należało przyjąć wartości netto i sumując koszty netto, należne podatki oraz zakładany zysk wykazać, że jest się w stanie zrealizować usługę w oferowanej cenie netto osiągając zysk. W dalszej części Odwołujący prezentował okoliczności wskazujące na zaniżenie kosztów usługi.

4. Sygn. akt KIO 1404/16.

Odwołujący - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Z.U.P.H. „Pomorze” Sp. z o.o., Impel Cleaning Sp. z o.o. zaskarżyli czynności Zamawiającego podjęte w zadaniu nr 18, polegające na braku wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechaniu odrzucenia oferty A. Ch. (PU Natura TUR) i unieważnieniu postępowania, jako naruszające:

1. art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców podczas weryfikacji poprawności złożonych ofert, dokonania ich oceny i klasyfikacji;
2. art. 16 poprzez błędne ustalenie zakresu obowiązków Zamawiającego prowadzącego postępowanie;
3. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz pkt 8 w zw. z art. 82 Ustawy w zw. z art. 78 k.c. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Natura TUR, pomimo, iż złożone przez niego dokumenty są niezgodne z siwz i z ustawą z uwagi na brak złożenia formularza cenowego;
4. art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej;
5. art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy poprzez wadliwe unieważnienie postępowania;
6. art. 93 ust. 3 Ustawy poprzez wadliwe uzasadnienie prawne i faktyczne unieważnienia postępowania przetargowego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu uchylecia czynności unieważnienia postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w części 18, z uwzględnieniem podstawy do odrzucenia oferty Natura TUR i nakazanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Istnienie interesu w złożeniu odwołania Odwołujący wynika z możliwości uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał na zakres świadczenia objętego daną częścią, wynikający z zakresu usługi, która ma być świadczona na rzecz dwóch Zamawiających

prowadzących wspólnie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 16 Ustawy. W danej części wykonawcy mogli złożyć tylko jedną ofertę. Na zadanie nr 18 złożone zostały dwie oferty, a na sfinansowanie tej części Zamawiający przeznaczył kwotę 11.686.186,87 zł, w tym dla PKP PLK 6.201.210,59 zł., a na rzecz PKP 5.484.976,28 zł. W ofercie z najniższą ceną zaferowano kwotę 8.624.874,88zł, z podziałem dla PKP – 1.829,365,52 zł i dla PLK – 6.795.509,36 zł.

Powodem unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy było stwierdzenie przez Zamawiającego, że doszło do przekroczenia budżetu w sytuacji, gdy wykonawcy przekroczyli kwotę, jaką na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć PKP lub PLK.

Ponadto Zamawiający uznał, iż obie oferty nie podlegają odrzuceniu pomimo, iż do oferty Natura TUR nie został załączony formularz cenowy, tj. dokument zawierający zobowiązanie wykonawcy potwierdzone podpisem w sposób dopuszczalny obowiązującymi przepisami prawa. Dołączono jedynie wersję elektroniczną formularza cenowego, pozbawioną podpisu czy to odręcznego, czy to certyfikowanego elektronicznie, a Zamawiający w siwz wymagał złożenia formularza cenowego w oryginale i podpisanego przez osobę uprawnioną (rozdział V.III siwz). Uchybienie tym wymaganiom prowadzić powinno do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 82 ust. 2 Ustawy w zw. z art. 78 k.c. Zamawiający nie był uprawniony do uzasadniania decyzji o unieważnieniu postępowania odnosząc się do kwot zawartych w formularzu cenowym zapisanym na CD, który nie mógł mieć znaczenia jako nie wywołujący skutków właściwych dla oświadczenia woli.

W uzasadnieniu unieważnienia postępowania, Zamawiający w sposób nieprawidłowy wskazał, iż zaistniała przesłanka unieważnienia postępowania. Zamawiający podaje, „że gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną w odniesieniu do zakresu usług, które mają być świadczone na rzecz pojedynczego Zamawiającego prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wspólnie z innym Zamawiającym, jest wyższa od kwoty, którą Zamawiający jest w stanie przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz nie jest w stanie zwiększyć do ceny oferty najkorzystniejszej, to zachodzi podstawa do unieważnienia postępowania”.

W uzasadnieniu unieważnienia brak jest informacji, która ze złożonych ofert została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w zadaniu nr 18. Mamy tylko informację o ofercie najtańszej. Tymczasem prawidłowe ustalenie przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej jest podstawą do prowadzenia przez Zamawiającego badania czy wartość tak wybranej oferty przekracza, czy nie, wysokość środków przewidzianych przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Ponieważ Zamawiający pominął całkowicie

etap oceny ofert, Odwołujący jedynie domniemywa, że uznał on ofertę złożoną przez Natura TUR za prawidłową i być może za najkorzystniejszą.

Przy braku wyboru oferty najkorzystniejszej decyzja o unieważnieniu postępowania powinna być uznana za przedwczesną.

Odwołujący nie miał na etapie przygotowania oferty świadomości, że wymaganym jest, aby oferta cenowo mieściła się w każdej z trzech kwot dla danego zadania, tj. łącznej wartości środków oraz środków każdego z dwóch Zamawiających.

Ponieważ cena zaoferowana przez Odwołującego mieściła się w kwocie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia (zadania), czynność unieważnienia postępowania naruszała przepisy Ustawy.

5. Sygn. akt KIO 1413/16.

Odwołujący - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Z.U.Zachód Sp. z o.o., Impel Cleaning Sp. z o.o., H. S. (Alkom Firma Handlowo-Uslugowa), J. D. (Zakład Handlowo-Uslugowy), zaskarżyli czynności Zamawiającego podjęte w zadaniu nr 23, polegające na braku wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnieniu postępowania, jako naruszające:

1. art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 16 poprzez niewłaściwe zrealizowanie obowiązków Zamawiających wspólnie prowadzących postępowanie;
3. art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej;
4. art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy poprzez wadliwe unieważnienie postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności dotyczących zadania nr 23 i nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty Odwołującego).

Istnienie interesu w złożeniu odwołania Odwołujący wynika z możliwości uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał na wysokość środków przeznaczonych przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia objętego zadaniem nr 23 wyrażone kwotą 8.634.282,43 zł., w tym dla PKP SA – 4.280.432,49 zł i PKP PLK S.A. – 4.353.849,94 zł. W ofercie Odwołujący wycenił zadanie na kwotę 7.590.218,33 zł. brutto, z podziałem dla PKP S.A.– 1.988.350,06 zł i dla PKP PLK SA – 5.601.868,27 zł.

Powodem unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy było stwierdzenie przez Zamawiającego, że doszło do przekroczenia kwoty środków przeznaczonych przez PKP PLK SA.

Ponieważ w siwz ustalono jako kryterium oceny cenę brutto za zadanie, brak jest mechanizmu wartościującego jej wysokość ze względu na część przypadającą na PKP S.A., czy PKP PLK S.A. Stąd oferty powinny być oceniane wyłącznie w oparciu o cenę wskazaną w formularzu cenowym. Zmiana zasad oceny po otwarciu ofert, tj. przez odnoszenie cen odrębnie dla PKP SA i PKP PLK SA, jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji wyrażającej się w art. 7 ust. 1 Ustawy. Wykonawcy nie mieli bowiem świadomości, że Zamawiający będzie dodatkowo wartościował cenę oferty w zależności od tego, jak będzie się ona rozkładać na poszczególne Spółki. Bez znaczenia pozostaje fakt wskazania przez Zamawiającego, że będzie zawierał dwie odrębne umowy z każdą ze Spółek odrębnie, co ma wymiar czysto techniczny. Zamawiający mógł przewidzieć odrębne zadania obejmujące odrębnie zamówienie dla PKP SA i PKP PLK SA i wówczas przekroczenie kwot w ramach budżetów poszczególnych Zamawiających nie byłoby możliwe do zakwestionowania.

Zamawiający nie mógł się uchylać od obowiązku wskazania oferty najkorzystniejszej, gdyż przepisy Ustawy nie uprawniały go do badania wystąpienia przesłanki do unieważnienia postępowania oddzielnie w stosunku do każdego z Zamawiających.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Zamawiający na posiedzeniu złożył odpowiedzi do każdej ze spraw połączonych do wspólnego rozpoznania wnosząc o oddalenie wszystkich odwołań.

Na posiedzeniu niejawnym Izba dopuściła do udziału w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1384/16 wykonawcę przystępującego po stronie Odwołującego – A. Ch. (Natura TUR). Odwołujący w tej sprawie wniósł ustnie do protokołu posiedzenia opozycję wobec dopuszczenia do udziału w postępowaniu Wykonawcy, wobec którego oferty podnosi zarzuty i formułuje żądanie odrzucenia Jego oferty. Powyższe pozbawiać ma Wykonawcę interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, tj. uwzględnienia odwołania, w którym kwestionowana jest nie tylko sama czynność unieważnienia postępowania, ale także zaniechanie dokonania odrzucenia oferty Wykonawcy przystępującego po stronie Odwołującego. Izba na posiedzeniu

proszonym z udziałem stron postanowiła oddalić opozycję Odwołującego uznając, iż Wykonawca przystąpił do odwołania wyłącznie w zakresie zarzutów związanych z czynnością unieważnienia postępowania w zadaniu, na które złożył własną ofertę, a uwzględnienie w tym zakresie odwołania leży w interesie Wykonawcy, który ubiegał się o to zamówienie. Dodatkowy zarzut podnoszony w odwołaniu i żądanie odrzucenia oferty Przystępującego, nie zamykało drogi do skutecznego przystąpienia do odwołania w części zarzutu. Jediną konsekwencją takiej konstrukcji przystąpienia jest brak możliwości zajmowania stanowiska sprzecznego z czynnościami i oświadczeniami Odwołującego co do podstaw odrzucenia oferty (art. 185 ust. 5 Ustawy). Przystępujący wprost wskazał, iż przystępuje po stronie Odwołującego w zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy, a uwzględnienie żądania unieważnienia decyzji o unieważnieniu postępowania, przy braku wskazania dotychczas przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej prowadzi do wniosku, że każdy z wykonawców, który ubiegał się o przedmiotowe zamówienie posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, którego efektem byłoby dalsze prowadzenie postępowania zmierzające do wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponadto, należy zauważyć, iż wykonawca nie może przystąpić do obu stron sporu (w zakresie poszczególnych zarzutów), co czyniłoby takie przystąpienie nieskutecznym. W świetle tych okoliczności nie mogło znaleźć uznania twierdzenie Odwołującego, iż Przystępujący nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, tj. uwzględnienia odwołania w związku z uznaniem, iż czynność unieważnienia postępowania dokonana została z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy.

Przechodząc do rozpoznania merytorycznego zarzutów podniesionych w odwołaniach, wspólnym i decydującym o kierunku rozstrzygnięcia był zarzut nieuprawnionego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy postępowania w zadaniach, których dotyczą poszczególne odwołania. W tym zakresie ustalenia i rozważania Izby pozostają wspólne dla każdej ze spraw rozpoznawanych łącznie.

Na podstawie dokumentacji postępowania w tym protokołu oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba ustaliła.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego - PKP SA, upoważnionego do przeprowadzenia i udzielenia zamówienia wspólnego w imieniu i na rzecz Zamawiających - PKP SA i PKP PLK SA (art. 16 Ustawy). Przedmiot zamówienia został podzielony na części – łącznie 23 zadania wyznaczone obszarami, w których składane były oferty częściowe.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia dla zadań, których dotyczą odwołania na kwoty netto wskazane w protokole postępowania (druk ZP-PN, pkt 2) wyrażone kwotą całkowitą na zadanie i w rozbiciu na obu Zamawiających (Spółki PKP):

- zadanie nr 16: 1.978.142,16 zł. (PKP S.A.) i 1.802.129,73 zł. (PKP PLK SA);
- zadanie nr 3: 1.679.406,48 zł. (PKP SA) i 1.374.832,45 zł. (PKP PLK SA);
- zadanie nr 22: 6.253.995,60 zł. (PKP SA) i 4.693.823,19 zł. (PKP PLK SA);
- zadanie nr 18: 5.041.503,84 zł. (PKP SA) i 5.734.621,77 zł. (PKP PLK SA);
- zadanie nr 23: 3.904.566,48 zł. (PKP SA) i 3.998.472,84 zł. (PKP PLK SA).

Każda ze Spółek (Zamawiających) podjęła uchwały w sprawie wyrażenia zgody na zaciągnięcie zobowiązania finansowego na kwoty netto: 80.517.000,00 zł (PKP PLK SA – uchwała nr 62/2016 Zarządu PKP PLK SA z 19 stycznia 2016 r. oraz uchwała nr 5/2016 Rady Nadzorczej PKP PLK SA z dnia 28 stycznia 2016 r.) oraz 73.006.128,14 zł. (PKP SA – uchwała Nr 1201/195/VI Rady Nadzorczej PKP SA z dnia 31 marca 2016 r.). Łączne kwoty wynikające z uchwał Spółek stanowiły wartość szacunkową zamówienia wskazaną w protokole postępowania (druk ZP-PN) z tym zastrzeżeniem, iż wskazana w protokole łączna wartość szacunkowa zamówienia dla PKP PLK SA wynosi 80.515.286,46 zł. netto.

Łącznie na 23 zadania złożonych zostało 20 ofert. Na otwarciu ofert Zamawiający podał kwoty środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, składające się łącznie na kwotę 168.430.197,61 zł. brutto (dla 23 zadań), w tym: dla PKP PLK SA – 87.623.033,52 zł brutto, a dla PKP SA – 80.807.164,09 zł. brutto w podziale na 23 części zamówienia wskazane w druku ZP-PN oraz protokole z otwarcia ofert z dnia 3.6.2016 r. W zakresie części, których dotyczą odwołania Zamawiający podał kwoty środków w wysokości:

- zadanie nr 16: wartość brutto zadania 4.116.014,55 zł., w tym dla PKP SA – 2.169.714,56 zł. a dla PKP PLK SA – 1.946.299,99 zł. (odwołanie o sygn. akt KIO 1384/16);
- zadanie nr 3: wartość brutto zadania 3.405.667,88 zł, w tym dla PKP SA -1.870.837,75 zł. , a dla PKP PLK SA – 1.534.830,13 zł. (odwołanie o sygn. akt KIO 1401/16);
- zadanie nr 22: wartość brutto zadania 11.995.585,69 zł, w tym dla PKP SA -6.891.234,05 zł. , a dla PKP PLK SA – 5.104.351,64 zł. (odwołanie o sygn. akt KIO 1402/16);
- zadanie nr 18: wartość brutto zadania 11.686.186,87 zł, w tym dla PKP SA -5.484.976,28 zł. , a dla PKP PLK SA – 6.201.210,59 zł. (odwołanie o sygn. akt KIO 1404/16);
- zadanie nr 23: wartość brutto zadania 8.634.282,43 zł, w tym dla PKP SA -4.280.432,49 zł. , a dla PKP PLK SA – 4.353.849,94 zł (odwołanie o sygn. akt KIO 1413/16).

Postępowanie zakończyło się wyborem ofert najkorzystniejszych w 8 częściach z cenami brutto uwzględniającymi prawo opcji: zadanie nr 12 (5.899.940,92 zł:), zadanie nr 17 (5.908.316,07 zł), zadanie nr 20 (4.956.529,54 zł.), zadanie nr 1 (2.814.005,88 zł.), zadanie nr 4 (7.999.990 zł.), zadanie nr 5 (1.684.096,60 zł.), zadanie nr 10 (5.392.278,86 zł.),

zadanie nr 11 (4.835.101,32 zł.). Umowy z wybranymi w danej części wykonawcami zostały zawarte oddzielnie przez każdego z Zamawiających (łącznie 16 umów) na kwotę łączną ponad 39 mln złotych z ponad 168 mln przeznaczonych na całe zamówienie.

W pozostałych częściach postępowanie zostało unieważnione z uwagi na brak ofert (zadanie nr 14), na podstawie art. 93.ust. 1 pkt 4 (zadania nr: 2, 3, 6, 7, 8, 9, 13, 15, 16, 18, 19, 21, 22, 23). Przyczyna dla której Zamawiający unieważnił postępowanie w zadaniach: 3, 16, 18, 22 i 23 – było zaoferowanie cen przekraczających środki przeznaczonych przez PKP PLK S.A. na sfinansowanie zamówienia w tych częściach. Zamawiający uznał, iż podstawa do unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy może wystąpić również w odniesieniu do kwot przeznaczonych w danym zadaniu przez każdego z Zamawiających, chociaż cena oferty brutto za zadanie mieściła się w globalnej kwocie przeznaczonej przez obu Zamawiających.

W dniu 5.7.2016 r., wpłynęło do PKP S.A. pismo PKP PLK S.A. dotyczące unieważnienia pozostałych 10 zadań na podstawie art. 93 ust. pkt 4 Ustawy Pzp (dot. zadań: 3, 8, 9, 13, 15, 16, 18, 21, 22, 23) – notatka z posiedzenia Komisji z dnia 8.7.2016 r. W piśmie tym wskazano m.in., iż *Zarząd PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. nie wyraził zgody na zwiększenie zaciągniętego zobowiązania przez co wszystkie przesłanki powyższego zapisu zostały spełnione (...) wspólna realizacja postępowania nie powoduje, że PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. utraciła status zamawiającego, a także ustawową możliwość unieważnienia postępowania w przypadku przekroczenia ceny ofert kwot jakie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. zamierzają przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Mając powyższe na względzie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. wnosi o unieważnienie postępowania (...) w następujących Zadaniach:*

- 1) *zadanie 3: Obszar Częstochowa*
- 2) *zadanie 8: Obszar Łódź*
- 3) *zadanie 9: Obszar Nowy Sącz*
- 4) *zadanie 13: Obszar Poznań*
- 5) *zadanie 15: Obszar Siedlce*
- 6) *zadanie 16: Obszar Skarżysko Kamienna*
- 7) *zadanie 18: Obszar Szczecin*
- 8) *zadanie 21: Obszar Warszawa*
- 9) *zadanie 22: Obszar Wrocław*
- 10) *zadanie 23: Obszar Zielona Góra.*

Zamawiający zawarł umowy na zadania nr: 10, 12, 17, 20 (w dniu 30.6.2016 r.) oraz 1, 4, 5, 11 (w dniu 18.7.2016 r.).

Zamawiający w siwz przewidział, iż wykonawca może złożyć jedną ofertę w zadaniu, które obejmowało wykonanie prac na obiektach znajdujących się w zarządzie obu Zamawiających,

sąsiadujących ze sobą na danym obszarze. Zamawiający celowo wymagał złożenia jednej wspólnej oferty na całość prac objętych danym zadaniem, aby wyłonić jednego wykonawcę odpowiedzialnego za utrzymanie czystości zarówno na obiektach PKP S.A. (zasadniczo związane z infrastrukturą z jakiej korzystają pasażerowie: budynki dworców, parkingi), jak i obiektach administrowanych przez PKP PLK S.A. (infrastruktura torowa, w tym perony). Zamawiający chciał uniknąć problemów na etapie realizacji umowy przy dwóch wykonawcach odpowiedzialnych za porządek na styku obiektów PKP SA i PKP PLK SA, co mogłoby dotyczyć ustaleniem odpowiedzialnego za utrzymanie porządku na styku obiektów (przesuwania śmieci). Rozwiązanie przyjęte przez Zamawiającego miało zatem gwarantować utrzymanie czystości na takim samym poziomie na całym obszarze, gdyż jeden wykonawca będzie odpowiedzialny za porządek na wszystkich obiektach objętych daną częścią. Zamawiający jednocześnie w siwz przewidział, iż umowy z wykonawcą danego zadania będą zawierane oddzielnie z PKP SA i PKP PLK SA (wzór umowy). Zamawiający wymagał przedłożenia w ofercie formularza ofertowego (z jedną ceną za całość zadania) oraz wypełnionych formularzy cenowych (w rozbiciu na wycenę prac na rzecz każdego z Zamawiających), których ceny częściowe łącznie stanowiły cenę oferty brutto za zadanie wskazaną w formularzu ofertowym. Cena brutto zadania była podstawą oceny ofert w kryterium cena.

Mając na uwadze poczynione powyżej ustalenia Izba uznała, iż okoliczności jakie występowały w sprawie prowadziły do wniosku, że Zamawiający był uprawniony do unieważnienia postępowania na zadania, w których zaoferowane ceny wykraczały poza budżet jednego z Zamawiających.

Odnosząc się do wspólnej podstawy unieważnienia postępowania w zaskarżonych częściach przedmiotu zamówienia, istotne okoliczności podnoszone przez Zamawiającego przy każdym z zadań dotyczyły faktu prowadzenia przedmiotowego postępowania na rzecz dwóch niezależnych Spółek, z którymi miały być zawarte umowy. W tej części ustalenia i rozważania Izby pozostają aktualne dla każdej ze spraw rozpoznawanych łącznie. Różnice wynikające z wysokości zaoferowanych cen w poszczególnych częściach pozostają obojętne dla rozstrzygnięcia. Istotną bowiem kwestią była ocena wspólnego stanu faktycznego, w którym łączna kwota środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia przez obu Zamawiających w danej części przekraczała zaoferowane ceny brutto za zadanie. Zamawiający pomimo tego unieważnił na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy postępowanie w częściach, w których wniesiono odwołania, gdyż kwoty środków przewidziane przez PKP PLK SA na sfinansowanie jego części prac objętych danym zadaniem były niższe niż ceny zaoferowane w danej części za jego prace. W świetle

powyższego należało udzielić odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający był uprawniony do porównywania cen częściowych za zadanie obejmujące prace na rzecz PKP PLK SA z kwotami przeznaczonymi przez tego Zamawiającego, jako podstawy do unieważnienia postępowania na całą część, chociaż łączna kwota środków (obu Zamawiających) była wyższa od ceny całkowitej za zadanie. Poziom różnicy w cenach w poszczególnych zadaniach nie miał znaczenia, gdyż spór we wszystkich odwołaniach sprowadzał się do oceny, czy w opisanej powyżej sytuacji zachodziła podstawa do unieważnienia postępowania. Zasadniczo argumenty podnoszone przez każdego z Odwołujących skupiały się wobec konieczności ścisłej interpretacji przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy, co dla podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania w danej części, wymagało dokonania porównania cen brutto z formularzy ofertowych z kwotą podaną na otwarciu ofert za całość zamówienia objętego zadaniem. O braku możliwości porównywania cen częściowych (z formularzy cenowych) z kwotami przeznaczonymi przez poszczególnych Zamawiających w danym zadaniu (podane również na otwarciu ofert), decydować mają również ustalone zasady oceny ofert w kryterium cena, w którym Zamawiający porównywał ceny oferty brutto za zadanie. Ponadto, podniesiona została kwestia ustalenia zasad rozliczenia pomiędzy Zamawiającymi prowadzącymi wspólnie postępowanie i odpowiedzialność wobec wykonawców, którzy kalkulując ceny nie mieli świadomości, że Zamawiający porównywał będzie również kwoty częściowe z środkami każdego z Zamawiających niezależnie od tego, czy cena oferty brutto mieściła się w łącznej kwocie środków przeznaczonych na zadanie. Wszyscy Odwołujący formułowali zarzut braku wykazania przez Zamawiającego w podstawie unieważnienia, iż nie jest możliwe przesunięcie środków pomiędzy zadaniami (wynikające z oszczędności), jak również pomiędzy budżetami obu Zamawiających.

Odnosząc się do tej podstawy odwołań należy wyjść od przesłanki wskazanej przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, 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*. Zgodnie z art. 86 ust. 3 Ustawy, *bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia*.

Słusznie wskazywali Odwołujący, iż przesłanki unieważnienia postępowania należy wyklądać w sposób ścisły, tak aby nie dochodziło do naruszania zasad przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zmiana redakcyjna przepisu, w którym zastąpiono wcześniejsze wskazanie na *kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia*, wskazuje na cel, jakim miało być zapewnienie transparentności czynności

Zamawiającego, który zobowiązany jest podać przy otwarciu ofert kwotę, której przekroczenie może prowadzić do unieważnienia postępowania. Odwołujący zdają się jednak nie dostrzegać okoliczności znajdującej potwierdzenie w protokole postępowania, jak i w części stanowisk pisemnych, że na otwarciu ofert obok kwoty łącznej za zadanie Zamawiający wskazywał kwoty środków przeznaczone oddzielnie przez każdego z Zamawiających. Odwołujący pomijali te okoliczności skupiając swoją uwagę na zsumowanych kwotach środków przeznaczonych łącznie na sfinansowanie poszczególnych zadań (dla PKP SA i PKP PLK SA), podanych również przy otwarciu ofert, a także podane w formularzach ofertowych ceny brutto za zadania. W niniejszej sprawie, Zamawiający dochował staranności w tym, aby wykonawcy mieli świadomość, że zamówienie będzie udzielone w imieniu dwóch podmiotów, a z każdym z nich zawarta zostanie oddzielna umowa w ramach danego zadania, na co wskazywał formularz cenowy oraz postanowienia umowne. Co istotne, na otwarciu ofert Zamawiający podał nie tylko łączną kwotę środków przeznaczonych na każde z zadań, ale także udział finansowy każdego z Zamawiających wynikający z zakresu prac, które będą realizowane na ich rzecz w danym obszarze. Nie można w tej sytuacji stawiać tezy, iż działania Zamawiającego miały na celu manipulowanie kwotą podaną przy otwarciu ofert. Można jedynie zastanawiać się czy do manipulacji cenami nie dopuścili się wykonawcy, gdyż w każdej z pięciu części, której dotyczy odwołania, ceny oferowane za prace świadczone na rzecz PKP PLK SA były wyższe (w większości znacząco), a wycena prac na rzecz PKP SA była zdecydowanie niższa. Również Odwołujący sugerowali możliwość innego rozłożenia cen cząstkowych, gdyby mieli świadomość, iż Zamawiający będzie porównywał te kwoty z środkami poszczególnych Zamawiających. Nie stanowi to przedmiotu zarzutu stąd nie podlega rozstrzygnięciu przed Izbą, natomiast doprowadziło do sytuacji, w której PKP PLK SA musiałaby ponieść wyższe koszty, niż miała to przewidziane w budżecie (około 5 mln.). Nie można tracić z pola widzenia, iż przedmiot zamówienia został podzielony na części (23 zadania), a na chwilę obecną tylko w 8 udało się zawrzeć umowy na kwotę łączną około 39 mln zł. (łącznie 16 umów na rzecz obu Spółek). Zamawiający będą zatem zmuszeni ponownie przeprowadzić postępowanie w ramach pozostałych środków (w tym zaoszczędzonych na 8 zadaniach), a zatem nie mogą w tej chwili ustalić w jakim stopniu wykorzystane zostaną środki na całość zamówienia. Przyjmując argumentację Odwołujących o konieczności wyboru ofert w pięciu unieważnionych częściach, PKP PLK SA musiałoby zaangażować kwotę ponad 24 mln (24.389.038,29 zł. – najniższe z zaoferowanych cen) z 19 mln (19.140.542,29 – suma kwot podanych na otwarciu), przeznaczonych w budżecie na tą część zamówienia, a tym samym uszczuplić budżet na pozostałe 10 zadań (nadal nie rozstrzygniętych). Z uwagi na założony cel postępowania, jakim miało być udzielenie zamówienia jednemu wykonawcy na dany obszar (zadanie), oczekiwanie części Odwołujących, aby Zamawiający dokonał wyboru ofert

w tej części zadania, gdzie cena mieściła się w kwocie przeznaczony przez PKP SA, nie mogło znaleźć poparcia Izby. Należy również zauważyć, że taki sposób rozstrzygnięcia naruszałby ustalone w siwz kryteria oceny ofert, w którym brana mogła być wyłącznie cena całkowita za zadanie. Kryterium oceny nie miało znaczenia z punktu badania wystąpienia podstawy do unieważnienia postępowania. Kryterium ceny miało wyłącznie służyć porównaniu ofert, a więc miało znaczenia dla wskazania oferty najkorzystniejszej cenowo. Nie miało natomiast żadnego przełożenia na ustalenie, czy kwota środków przeznaczona przez każdego z Zamawiających nie została przekroczona. O tym decydowały w niniejszej sprawie kwoty wynikające z budżetów każdego z Zamawiających i podane przy otwarciu ofert w odniesieniu do każdego z zadań. Już w momencie otwarcia ofert wykonawcy mogli stwierdzić, czy zaoferowana cena mieści się w środkach przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia przez Zamawiającego – każdą ze Spółek.

Należy zauważyć, iż w przypadku postępowania prowadzonego wspólnie przez kilku zamawiających, przepisy dotyczące zamawiającego stosuje się odpowiednio (art. 16 ust. 5 Ustawy). Oznacza to zatem, iż stosując przepisy Ustawy należy uwzględnić fakt, iż zamówienie udzielane jest w imieniu i na rzecz tych zamawiających. Fakt, że postępowanie prowadzi jeden z zamawiających nie oznacza, iż sytuacja pozostałych jest obojętna dla podejmowanych w postępowaniu czynności, czy też że tracą oni status zamawiającego. W niniejszym stanie faktycznym należało odnieść się do tego, czy w ramach łącznej kwoty środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia znaczenie dla powodzenia postępowania mają kwoty przeznaczone przez każdego z zamawiających.

Odnosząc się do głównego zagadnienia Izba uznała, iż Zamawiający w sposób prawidłowy unieważnił postępowanie w tych częściach, w których wycena prac dla PKP PLK SA przekraczała kwoty środków przeznaczone przez tego Zamawiającego. Zamawiający zdecydowali o wspólnym prowadzeniu postępowania co nie oznacza, iż pozbawili się uprawnienia do decydowania o własnych środkach budżetowych. Konstrukcja formularza cenowego oraz kształt przyszłych umów wskazują, iż każdy z Zamawiających zachował autonomię w podjęciu decyzji co do możliwości zaciągnięcia zobowiązania, które stanowić będzie przedmiot umowy zawartej już samodzielnie. W tym miejscu w pełni aktualne pozostaje stanowisko Sądu Okręgowego w Koszalinie wyrażone w wyroku z 16.04.2014, sygn. VI Ga 23/14, iż istotą uprawnienia zamawiającego jest zapobieżenie zaciąganiu zobowiązań przekraczających jego możliwości finansowe określone w różnego rodzaju planach finansowych konstruowanych przez te jednostki zgodnie z ustawą o finansach publicznych. Tym samym o możliwości udzielenia zamówienia wykonawcy, który zaoferował cenę przekraczającą założenia przyjęte na etapie przygotowania postępowania, decydować może wyłącznie zamawiający dysponujący kwotą środków podaną na otwarciu

ofert. W ocenie Izby, wskazanie w art. 93 ust. 2 Ustawy na potrzebę badania przesłanki unieważnienia postępowania odrębnie dla każdej z części postępowania, nie stoi na przeszkodzie temu, aby uwzględniać stan środków istniejący po stronie Zamawiających wspólnie prowadzących postępowanie. Sytuacja w postępowaniu prowadzonym wspólnie na rzecz dwóch niezależnych podmiotów odbiega od schematu postępowania jednego zamawiającego. Było to wyraźnie widoczne w niniejszym postępowaniu, którego konstrukcja uwzględniała konieczność odrębnej wyceny prac dla poszczególnych Zamawiających, a podana cena łączna w formularzu oferty miała wyłącznie znaczenie dla oceny ofert w kryterium oceny. Również dla zobowiązania wykonawcy znaczenie miały kwoty podane w formularzu cenowym, wyznaczające wynagrodzenie wykonawcy, należne od Zamawiającego z którym zawarta zostanie umowa.

Ponownie odwołując się do przywołanego już wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie, należy wskazać, iż wartość zamówienia ma jedynie znaczenie dla ustalenia reguł, które obowiązują zamawiającego przy wszczęciu i prowadzeniu postępowania i pozostaje w luźnym związku z kwotą, którą zamawiający przeznacza na sfinansowanie zamówienia częściowego. Znaczenie dla ustalenia, czy zamawiającemu służy uprawnienie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy w odniesieniu do zamówienia częściowego znaczenie ma jedynie kwota podana przez niego przed otwarciem ofert. Zwiększenie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Wystarczającym jest w tym zakresie oświadczenie własne zamawiającego, iż nie zamierza zwiększyć (z jakichkolwiek przyczyn) środków przewidzianych na sfinansowanie tego zadania.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego istniejącego w sprawie rozpoznanej łącznie, Izba uznała, iż Zamawiający mógł odnosić się do kwot poszczególnych Zamawiających podanych przy otwarciu ofert przy każdym z zadań. Ponieważ postępowanie prowadzone jest na rzecz dwóch Zamawiających nie można pomijać faktu, iż finansowanie zamówienia nie jest wspólnym udziałem Zamawiających. Odwołujący próbowali wywodzić odpowiedzialność solidarną Zamawiających w oparciu o art. 78 k.c, co w ocenie Izby nie miało podstaw, gdyż wynikająca z tego przepisu odpowiedzialność warunkowana jest wspólnym mieniem. Takie w niniejszym stanie faktycznym nie występuje. Każdy z Zamawiających administruje własnym mieniem, a jedynie wspólną była decyzja co do przeprowadzenia jednego postępowania na rzecz i w imieniu obu niezależnych podmiotów prawa. Zasadniczo, błędnym jest założenie, iż uzyskanie dodatkowych środków, czy też dokonanie przesunięć pomiędzy zadaniami stanowi obowiązek Zamawiającego. Jak wskazano powyżej jest to uprawnienie, a zatem nie można w tym obszarze poszukiwać odpowiedzialności Zamawiającego za ciążące na nim obowiązki. Wystarczającym było zatem oświadczenie o braku dodatkowych środków po stronie PKP PLK SA zawarte w informacji o unieważnieniu postępowania.

Na koniec należy odnieść się do kwestii wpływu na wystąpienie przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy braku podjęcia przez Zamawiającego decyzji co do wyboru oferty najkorzystniejszej. W ocenie Izby łączenie obu instytucji, zasadniczo różnych co do skutku dla postępowania, nie jest prawidłowe. Zamawiający nie mógł bowiem jednocześnie wskazać oferty najkorzystniejszej, rozumianej jako jej wybór i dokonać unieważnienia postępowania. Prowadziłoby to bowiem do sprzecznych ze sobą decyzji proceduralnych. Jeżeli Zamawiający po porównaniu cen z środkami jakie dysponuje widzi, iż postępowanie będzie podlegało unieważnieniu, gdyż nie ma dodatkowych środków, które pozwoliłyby na wybór oferty najkorzystniejszej, prowadzenie czynności badania i oceny ofert traci sens i niepotrzebnie wydłuża postępowanie.

W świetle powyższego Izba uznała, iż czynność unieważnienia postępowania na zadania 3, 16, 18, 22 i 23 nie naruszała przepisów Ustawy, a odwołania w tym zakresie nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów związanych z zaniechaniem odrzucenia oferty A. Ch. (odwołanie o sygn. akt KIO 1384/16 i KIO 1402/16) oraz zaniechaniem odrzucenia oferty Konsorcjum Konsalnet (odwołanie o sygn. akt KIO 1404/16) Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie zakończył oceny ofert, z uwagi na podjętą decyzję o unieważnieniu postępowania. Ma to potwierdzenie w tym, iż Zamawiający odrzucił z tej samej przyczyny, co wskazana przez Odwołujących ofertę A. Ch. w zadaniu nr 1. Powyższe czyniło bezprzedmiotowym rozważania Izby, które odnosiłyby się do czynności wobec której Zamawiający nie zajął w postępowaniu jednoznacznego stanowiska. Jak wskazał jeden z Odwołujących domyślał się, iż Zamawiający uznał, że oferta nie podlega odrzuceniu.

Podsumowując, o oddaleniu wszystkich odwołań decydowała ocena zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy, który nie zasługiwał na uwzględnienie. Niniejsze rozstrzygnięcie zapadło w związku z okolicznościami w jakich decyzja Zamawiającego była podejmowana, a które wynikały z faktu wspólnego prowadzenia postępowania przez dwa niezależne podmioty, którego źródła finansowania pochodzą z oddzielnych budżetów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkami przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w każdej ze spraw i obciążała nimi Odwołującego.

Przewodniczący: