

**WYROK**  
z dnia 6 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Anna Wojciechowska</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Renata Tubisz</b>
	<b>Rafał Zadrożny</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Adam Skowroński</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 1 grudnia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2017 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia: Konsorcjum firm: S. Ś. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą KERAM S. Ś. z siedzibą we Wrocławiu oraz P. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FHU „GEM” z siedzibą w Gdyni w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Przewozy Regionalne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

**orzeka:**

1. **Oddała odwołanie,**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum firm: S. Ś. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą KERAM S. Ś. z siedzibą we Wrocławiu oraz P. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FHU „GEM” z siedzibą w Gdyni i**
  - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia: Konsorcjum firm: S. Ś. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą KERAM S. Ś. z siedzibą we Wrocławiu oraz P. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FHU „GEM” z siedzibą w Gdyni** tytułem wpisu od odwołania
  - 2.2. Zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia: Konsorcjum firm: S. Ś. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą KERAM S. Ś. z siedzibą we Wrocławiu oraz P. B. prowadzącego działalność**

**gospodarczą pod firmą FHU „GEM” z siedzibą w Gdyni na rzecz zamawiającego Przewozy Regionalne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu poniesionych kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa – Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Przewozy Regionalne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – prowadziło postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na *Agencyjną sprzedaż biletów (nr PZP1-25-140/2017)*. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 sierpnia 2017 r. za numerem 2017/S 157-326112. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem były usługi, była wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 9 listopada 2017 r. Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w zakresie zadania nr 1, 2, 7 i 14. Informacja została przekazana drogą elektroniczną (via e-mail).

W dniu 20 listopada 2017 r. odwołanie wnieśli poprzez elektroniczną skrzynkę podawczą (EPUAP) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia: Konsorcjum firm: S. Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą KERAM S. Ś. z siedzibą we Wrocławiu oraz P. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FHU „GEM” z siedzibą w Gdyni – dalej Odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 listopada 2017 r. udzielonego przez S. Ś., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą KERAM S. Ś. z siedzibą we Wrocławiu oraz P. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FHU „GEM” z siedzibą w Gdyni ujawnionych w CEIDG. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 20 listopada 2017 r. drogą elektroniczną (via e-mail).

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania w zakresie zadania 2 wyżej wymienionego postępowania, mimo braku spełnienia ustawowych przesłanek.

Powyższej wskazanej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w zw. z art. 7 ustawy pzp poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty — oferty Odwołującego — przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji gdy Zamawiający nie wykazał, że nie jest możliwe zwiększenie przez niego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie realizacji zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty oraz w sytuacji, gdy Zamawiający

dysponuje środkami, które mógłby przeznaczyć na sfinansowanie kosztów realizacji zamówienia w oparciu o ofertę Odwołującego,

2) naruszenie art. 7 ustawy pzp poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy w przypadku dziewięciu innych zadań Zamawiający zwiększył kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego,
- nie wyznaczanie rozprawy Krajowej Izby Odwoławczej na dzień 28 listopada 2017 r., z uwagi na okoliczność, iż na ten dzień pełnomocnik Odwołującego ma już wyznaczony termin w innej sprawie, zmiana zaś pełnomocnika na tym etapie sprawy byłaby niecelowa.

Odwołujący podkreślił, że odwołanie zostało złożone w terminie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, ponieważ informacja o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania tj. zawiadomienie o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w zakresie zadania nr 1, 2, 7 i 14 została mu przekazana w dniu 9 listopada 2017 r.

Odwołujący w pierwszej kolejności oświadczył, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy Odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy i która będzie stanowiła dla Zamawiającego ofertę najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w niniejszym postępowaniu w zakresie zadania nr 2, w szczególności jest ofertą z ceną rynkową gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Odstąpienie przez Zamawiającego od wyboru oferty najkorzystniejszej i w konsekwencji od podpisania umowy z Odwołującym, wprost godzi w interes Odwołującego polegający na możliwości uzyskania zamówienia oraz powoduje możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody w postaci utraty zysku, jaki Odwołujący zamierzał uzyskać w związku z realizacją umowy.

Odwołujący przedstawił następnie stan faktyczny. Mianowicie wskazał, że Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Agencyjną sprzedaż biletów”, z podziałem na 18 zadań. Pismem z dnia 20 października 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych w zadaniach nr 5, 6, 8, 9, 12, 15, 16,

przy czym dla zadań nr 5, 6, 9, 15 i 16 jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy Ośrodek Wsparcia Transportu 2 Sp. k. Odwołujący zaznaczył, że w przypadku każdego z tych zadań — z wyłączeniem zadania nr 5 — wartości najtańszych ofert przekraczały kwoty, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Pismem z dnia 25 października 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych w zadaniach nr 10, 11 i 13, w każdym z tych zadań wybierając ofertę wykonawcy Ośrodek Wsparcia Transportu 2 Sp. k. W przypadku każdego z tych zadań wartości najtańszych ofert przekraczały kwoty, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Jak wynika z powyższego, w przypadku zadań nr 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15 i 16, Zamawiający zwiększył kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia. przy czym wszystkie te zadania— z wyłączeniem zadania nr 12 zostały powierzone ternu samemu wykonawcy. Pismem z dnia 9 listopada 2017 r. Zamawiający unieważnił postępowania dotyczące zadań nr 1, 2, 7 i 14 wskazując, że cena najkorzystniejszej oferty jest wyższa niż kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Odwołujący zaznaczył, że w żadnym z tych zadań wykonawca Ośrodek Wsparcia Transportu 2 Sp. k. oferty nie złożył. Zawiadomienie z dnia 9 listopada 2017 r. nie zawiera żadnego dodatkowego uzasadnienia poza przytoczonym powyżej, w szczególności Zamawiający nie wskazał, dlaczego w odniesieniu do tych zadań nie znalazł on dodatkowych środków na realizację zamówienia.

Odnosnie zarzutu niespełnienia przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp Odwołujący zaznaczył, iż zgodnie z tym przepisem 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. Powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok KIO z dnia 22 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1500/15, wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 593/17 i wskazał, że w orzecznictwie, powołując się na cywilnoprawny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazuje się, że wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tworzy zobowiązanie po stronie Zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarcia umowy, które to zobowiązanie może zostać unicestwione, poprzez unieważnienie postępowania, wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach. Odwołujący przytoczył również wyrok KIO z dnia 7 lipca 2008 r. (KIO/UZP 624/08), w którym podkreślono, „że celem organizowania przetargu jest udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest możliwe unieważnienie postępowania bez wskazania wystąpienia istotnej przyczyny; zwłaszcza w sytuacji, gdy cel ten jest możliwy do osiągnięcia, a jedynie nie ma woli do zawarcia umowy”. Odnosząc się do art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 911/16. Dalej Odwołujący zaznaczył, że w przedmiotowym

postępowaniu Zamawiający dokonał prostego zestawienia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia i ceny oferty, a w ślad za tym niejako automatycznie unieważnił postępowanie. Z treści zawiadomienia nie wynika bowiem by Zamawiający prowadził pogłębioną analizę swoich możliwości finansowych i poszukiwał możliwości pozyskania (przesunięcia) środków finansowych niezbędnych do wykonania zamówienia. Dopiero podjęcie takich działań i ustalenie w ich toku, że Zamawiający nie dysponuje odpowiednimi środkami mogłoby wskazywać w ocenie Odwołującego na konieczność unieważnienia postępowania. Odwołujący wskazał na wadliwość pod względem merytorycznym czynności unieważnienia mimo istniejącej możliwości sfinansowania tego zamówienia oraz jednocześnie braku możliwości oczekiwania niższej ceny w kolejnym postępowaniu. Powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: „Zamawiający nie ma prawa, nie naruszając przepisów p.z.p. unieważnić postępowania, jeżeli nie wykaże, iż zachodzą przesłanki określone we wskazanych przepisach (wyrok KIO z dnia 22 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1088/08); „Art. 93 ust. 1 pkt 4 P.z.p. podlega ścisłej wykładni językowej. Unieważnienie postępowania jest wyjątkiem od ogólnej reguły, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się celem wyboru najkorzystniejszej oferty, zatem przesłanki unieważnienia nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Zamawiający nie jest bowiem zobowiązany do unieważnienia postępowania w każdym przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza równowartość kwoty, którą planował przeznaczyć na realizację zamówienia. Dopiero gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty, unieważnia postępowanie” (wyrok KIO z dnia 12 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2347/15). Ustawodawca wyposażył Zamawiającego w bardzo duże kompetencje na wypadek ziszczenia się nieprzewidzianych, istotnych, szczegółowo określonych w ustawie okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania w wyjątkowych sytuacjach. Aby skutecznie dokonać tak silnej ingerencji w zasady prawa zamówień publicznych, Zamawiający musi zdaniem Odwołującego unieść ciężar dowodowy w zakresie wykazania spełnienia odpowiednich przesłanek. Tymczasem, w niniejszym postępowaniu, Zamawiający ograniczył się w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania wyłącznie do wskazania podstawy prawnej swej decyzji, co w żadnym wypadku nie może być ocenione jako uzasadnienie jej zastosowania. Już sam brak właściwego uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania skutkuje nieprawidłowością tej czynności. Zamawiający, nie wskazując żadnej okoliczności faktycznej na potwierdzenie, że przeprowadził proces badania swoich możliwości finansowych i że proces ten doprowadził do wniosków, że nie dysponuje odpowiednimi środkami finansowymi, skutkuje także i tym, że Zamawiający nie wykazał zdaniem Odwołującego, iż w niniejszej sprawie zaszły podstawy do unieważnienia postępowania.

Odwołujący wskazał również na możliwość zwiększenia przez Zamawiającego środków przeznaczonych na realizację zamówienia. Unieważnienie postępowania ma charakter wyjątkowy. Zamawiający poprzez uruchomienie procedury składa bowiem zobowiązanie o określonej treści, po którym Wykonawcy podejmują wysiłki w celu skonstruowania oferty i mają w związku z tym określone oczekiwania. Zamawiający, który posiada środki niezbędne do realizacji zamówienia, a traktuje swe kompetencje do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia jako instrument gry rynkowej, łamie zasady wynikające z ustawy pzp. Odwołujący dodał, iż choć co do zasady to Zamawiający jest odpowiedzialny za własny budżet, to jednak wobec przyznania Odwołującemu prawa do kwestionowania decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania ostateczna ocena, czy Zamawiający ma możliwość wywiązania się ze zobowiązania, jakie zaciągnął względem wykonawców wszczynając postępowanie, należy do Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zaznaczył, że dokonując oceny w tym zakresie Izba winna uwzględnić przede wszystkim to, czy Zamawiający wykazał, że nie dysponuje odpowiednimi środkami finansowymi. W niniejszej sprawie dowodu takiego nie ma i w ocenie Odwołującego, dowód taki nie mógłby zostać przez Zamawiającego przeprowadzony. Z informacji dostępnych na stronach internetowych wynika, że Zamawiający w 2016 r., zanotował zysk ze sprzedaży netto w wysokości 51,2 mln zł, przy czym zysk ten został uzyskany przede wszystkim dzięki wzrostowi liczby pasażerów korzystających z jego usług (łącznie 79,5 mln pasażerów, co oznaczało wzrost do roku poprzedniego o 3 mln). Tak wypracowany zysk, mógłby zdaniem Odwołującego posłużyć m. in. do zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację niniejszego zamówienia, czy też raczej zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia będzie miało wpływ na wysokość przyszłego zysku Zamawiającego. Wynagrodzenie wykonawcy zamówienia nie jest bowiem płatne z budżetu Zamawiającego, a jest wypracowywane przez samego wykonawcę usługi - agenta. Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia jest agencyjna sprzedaż biletów, przy czym wynagrodzeniem wykonawcy zamówienia — agenta, jest wskazana w ofercie prowizja. Wykonawca usługi po osiągnięciu określonego w umowie utargu (§ 7 ust. 1 wzoru umowy) wpłaca utarg na rachunek bankowy Zamawiającego. Po zakończeniu okresu rozliczeniowego — miesiąca, wykonawca uzyskuje wynagrodzenie liczone jako iloczyn ustalanego w ofercie procentu prowizji (a w przypadku sprzedaży biletów pozostałych przewoźników narzuconej przez Zamawiającego — 2%) oraz kwoty wpływów za bilety danego rodzaju pomniejszonej o wartość biletów anulowanych, wartość biletów zwróconych, wartości wystawionych w kasie Wykonawcy biletów do zleceń na kredytowane przejazdy oraz o wartość podatku VAT (§ 8 ust. 1 wzoru umowy). Zwiększenie kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia oznacza więc w pewnym uproszczeniu zgodę na większą prowizję agenta i uszczuplenie (potencjalne i nieznaczne) swoich przyszłych wpływów ze sprzedaży biletów własnych. Cena ofertowa stanowi także maksymalne wynagrodzenie

wykonawcy, przy czym zgodnie z § 8 ust. 14 wzoru umowy, wykonawca może żądać wynagrodzenia należnego z tytułu faktycznie uzyskanych wpływów za bilety bez prawa do jakichkolwiek odszkodowań z tytułu niewyczerpania kwoty maksymalnego wynagrodzenia. Jeżeli więc wykonawca sprzeda mniej biletów niż założono w SIWZ nie uzyska on od Zamawiającego żadnego dodatkowego wynagrodzenia poza wynagrodzeniem wyliczonym na podstawie § 8 ust. 1 umowy. Zamawiający ma więc możliwość zwiększyć budżet na realizację niniejszego zamówienia i dotychczasową jego praktyką - w odniesieniu do pozostałych zadań - było dokonywanie takich zwiększeń. Zamawiający od realizacji niniejszego zamówienia nie zamierza odstąpić (Zamawiający zwolnił znaczną część własnych pracowników obsługujących dotychczas kasy biletowe), a jego późniejsze udzielenie wskutek konieczności powtórzenia postępowania, doprowadzi jedynie do wzrostu kosztów jego realizacji, nie zaś do ich zmniejszenia. Odwołujący zaznaczył, że przy założonym przez Zamawiającego sposobie realizacji zamówienia, w szczególności wobec zawartego w § 4 ust. 4 SIWZ wymogu, by osoby wykonujące zamówienie były zatrudnione na podstawie umowy o pracę i wobec narzuconych przez Zamawiającego godzin otwarcia poszczególnych kas, nie ma obiektywnie możliwości, by za kwoty założone przez Zamawiającego zamówienie zostało wykonane choćby z minimalnym zyskiem wykonawcy. Z obliczeń poczynionych do zadań wynika, że biorąc do obliczeń kosztów wynagrodzeń pracowników tzw. najniższą krajową (2000 zł brutto w roku 2017 i 2100 zł w roku 2018 suma wynagrodzeń dla pracowników wraz ze składkami ZUS i podatkiem PIT-4, przy uwzględnieniu należnych pracownikom urlopów i godzin płatnych za obowiązkowe szkolenia okresowe (3 dni w roku po 5-6 godzin każdy pracownik) przez okres trwania zadania przewyższają kwotę netto, przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację danego zadania. Pamiętać przy tym należy, że poza kosztami pracowniczymi, wykonawcy ponoszą dodatkowo koszty zapewnienia m. in. lokalu i materiałów. Stąd, jak można założyć, prawie wszystkie oferty złożone w tym postępowaniu zawierają kwoty znacznie większe niż przewidział Zamawiający. Zbyt niska kwota przeznaczona na realizację zamówienia jest, jak zakłada Odwołujący, konsekwencją tego, że Zamawiający ustalając ją kierował się cenami z poprzednio prowadzonych postępowań (cyt. z protokołu postępowania: „wartość zamówienia została ustalona w dniu 09.08.2017 r. na podstawie szacowania średniomiesięcznych przychodów ze sprzedaży biletów kolejowych w oparciu o dane historyczne oraz na podstawie stawek prowizji należnej agentowi za sprzedaż biletów zamawiającego oraz pozostałych przewoźników, stosowanych w dotychczasowych umowach), nie uwzględniając m.in. wprowadzonej przez siebie zmiany w sposobie rozliczenia z tzw. agentem za prowadzenie kas zlokalizowanych na niektórych terenach (np. Oddział Poznań). Odwołujący wyjaśnił, że w postępowaniach prowadzonych w latach poprzednich dla tych kas, agent miał zagwarantowane stałe, miesięczne wynagrodzenie, które miało pokryć koszty stałe ponoszone przez agenta niezależnie od ilości sprzedanych biletów, pozostała



część wynagrodzenia miała charakter prowizji. Przy stałym i gwarantowanym elemencie wynagrodzenia, prowizja ta mogła być niższa. Obecnie, Zamawiający nie gwarantuje stałego wynagrodzenia miesięcznego, a co za tym idzie nie mógł oczekiwać, że prowizje tzw. agentów utrzymają się na poziomie lat poprzednich. Zamawiający nie uwzględnił także w sposób odpowiedni założonego przez ustawodawcę wzrostu najniższej płacy krajowej od 1 stycznia 2018 r., chociaż realizacja większości zadań miała trwać od listopada 2017 r. do 31 grudnia 2018 r. (zgodnie z terminami zawartymi w załączniku nr 8 do SIWZ). Zamawiający nie podwyższył bowiem w efekcie swojego szacowania wartości zamówienia kwot, jakie zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, a wręcz przeciwnie, realnie tzw. „budżet” Zamawiającego uległ zmniejszeniu. Wskazane błędy doprowadziły do takiej sytuacji, że kwoty zarezerwowane przez Zamawiającego na realizację zamówienia odbiegają od wartości ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty Odwołującego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ustawy pzp Odwołujący powołał się na wskazaną powyżej argumentację. Dodatkowo zwrócił uwagę na fakt, iż w pozostałych, wskazanych na wstępie odwołania zadaniach Zamawiający zwiększył kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (zgodził się na większą prowizję agenta). Uprzedzając ewentualną argumentację Zamawiającego Odwołujący zaznaczył, że w pozostałych zadaniach (gdzie rozstrzygnięcie postępowania miało miejsce przed dniem 9 listopada 2017 r.) Zamawiający musiał zwiększyć kwoty przeznaczone na realizację zamówienia o mniejsze wartości. Taka konkluzja nie oddaje jednak istoty sprawy, jeśli uwzględni się, że w różnych zadaniach była przewidziana różna ilość kas (lokalizacji) i różna ilość roboczogodzin pracy kasy. Dokonując przeliczenia kwoty, jaką Zamawiający musi „dopłacić” w poszczególnych zadaniach na ilość kas i ilość roboczogodzin, oczywistym staje się, że w odniesieniu do wcześniejszych zadań realny wzrost kosztów realizacji zamówień jest dużo wyższy niż w niniejszej sprawie (dobrym przykładem jest tu zadanie nr 10 i zadanie nr 13). Trudno więc znaleźć w ocenie Odwołującego uzasadnienie, dla odmowy zwiększenia kwot przeznaczonych na realizację właśnie zadania nr 2.

W dniu 21 listopada 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię. Informacja została przekazana drogą elektroniczną (via e-mail).

W dniu 24 listopada 2017 r. do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił swój udział wykonawca P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.U.H. „KAM” P. S. z siedzibą w Korzybie. Zgłoszenie zostało podpisane przez właściciela. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu w dniu 23 listopada 2017 r. Przystępujący zaznaczył, że ma interes w popieraniu odwołania Odwołującego. Interes w zgłoszeniu przystąpienia, jak wskazuje się w orzecznictwie, jest pojęciem szerszym niż

interes we wniesieniu odwołania. Wykonawca ma interes w tym by popierać odwołanie, które wskazuje na nieprawidłowości w działaniu Zamawiającego. Każdy wykonawca powinien być bowiem zainteresowany tym by postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w którym uczestniczył było prowadzone w sposób zgodny z prawem. Wykonawca zgłaszający przystąpienie zakłada, że na zadania, które zostały unieważnione, a dla których nie wniesiono odwołania, zostaną powtórzone postępowania i wykonawca liczy na to, że w razie wykazania przez Izbę nieprawidłowego działania Zamawiającego, Zamawiający tych nieprawidłowości nie powtórzy w kolejnym postępowaniu (w szczególności poprawnie oszacuje wartość zamówienia i w odniesieniu do tak oszacowanej wartości zabezpieczy odpowiednią ilość środków na realizację zamówienia). Zamawiający dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych w zakresie zadań nr 5,6,8,9,12,15,16, chociaż kwota jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia w tych zadaniach była niższa niż wartość najtańszej oferty. W ocenie zgłaszającego przystąpienie świadczy to o nierównym traktowaniu wykonawców biorących udział w postępowaniu — w części zadań Zamawiający znalazł brakujące środki, a dla innych nie. Zgłaszający przystąpienie ma więc interes w tym by wykazać, że Zamawiający nie może w sposób dyskryminujący niektórych wykonawców i całkowicie dowolny wybierać zadania, na których sfinansowanie znajdzie środki, a które unieważni. Uwzględnienie odwołania przez Izbę, w ocenie Przystępującego, będzie przeciwdziało temu, by w przyszłości tego typu naruszenia prawa nie były przez Zamawiającego popełniane.

W dniu 24 listopada 2017 r. do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił swój udział wykonawca M. G., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą M. G. z siedzibą we Wrocławiu. Zgłoszenie zostało podpisane przez właścicielkę. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu w dniu 23 listopada 2017r. Przystępujący zaznaczył, że ma interes w popieraniu odwołania Odwołującego. Interes w zgłoszeniu przystąpienia, jak wskazuje się w orzecznictwie, jest pojęciem szerszym niż interes we wniesieniu odwołania. Przystępujący bierze udział we wskazanym powyżej postępowaniu, tj. złożył ofertę na zadanie nr 14. Zamawiający w dniu 9 listopada 2017 r. unieważnił postępowanie w zakresie wskazanego zadania na tej samej podstawie prawnej i faktycznej, co zadanie nr 2, tj. z uwagi na brak środków na sfinansowanie najtańszej oferty. Jednocześnie Zamawiający, jak zostało to wskazane w odwołaniu, znalazł środki na sfinansowanie innych zadań, co w ocenie zgłaszającego przystąpienie świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zgłaszający przystąpienie ma więc interes w tym by wykazać, że Zamawiający nie może w sposób dyskryminujący traktować niektórych wykonawców i całkowicie dowolny wybierać zadania, na których sfinansowanie znajdzie środki, a które unieważni. Uwzględnienie odwołania przez Izbę, w ocenie Przystępującego, będzie przeciwdziało temu, by w przyszłości tego typu naruszenia prawa

nie były przez Zamawiającego popełniane.

W dniu 24 listopada 2017 r. do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił swój udział wykonawca „DOMPOL P.W.”, Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu w dniu 23 listopada 2017r. Przystępujący zaznaczył, że ma interes w popieraniu odwołania Odwołującego. Interes w zgłoszeniu przystąpienia, jak wskazuje się w orzecznictwie, jest pojęciem szerszym niż interes we wniesieniu odwołania. Przystępujący bierze udział we wskazanym powyżej postępowaniu, tj. złożył ofertę na zadanie nr 13. Zamawiający w dniu 25 października 2017r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie wskazanego zadania, chociaż kwota, jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia była niższa niż wartość najtańszej oferty. W ocenie zgłaszającego przystąpienie świadczy to o nierównym traktowaniu wykonawców biorących udział w postępowaniu — w części zadań Zamawiający znalazł brakujące środki, a dla innych nie. Zgłaszający przystąpienie ma więc interes w tym by wykazać, że Zamawiający nie może w sposób dyskryminujący niektórych wykonawców i całkowicie dowolny wybierać zadania, na których sfinansowanie znajdzie środki, a które unieważni. Uwzględnienie odwołania przez Izbę, w ocenie Przystępującego, będzie przeciwdziało temu, by w przyszłości tego typu naruszenia prawa nie były przez Zamawiającego popełniane.

Zamawiający na posiedzeniu złożył odpowiedź na odwołanie, w której w pierwszej kolejności zaprzeczył twierdzeniu Odwołującego jakoby „Zamawiający dokonał prostego zestawienia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia i ceny oferty, a w ślad za tym niejako automatycznie unieważnił Postępowanie”. Istotą umowy agencyjnej, która ma zostać zawarta w wyniku Postępowania jest pośredniczenie przez wykonawcę w sprzedaży biletów Zamawiającego w zamian za wynagrodzenie w postaci prowizji obliczonej procentowo do utargu ze sprzedaży biletów. Sprzedaż biletów odbywa się w kilkudziesięciu lokalizacjach Zamawiającego, w których skala sprzedaży biletów jest bardzo zróżnicowana. Z tych względów, Postępowanie zostało podzielone na 18 zadań (w zależności od lokalizacji, której dotyczy agencyjna sprzedaż biletów) zaś w każdym z zadań, Zamawiający przeznaczył inną kwotę na realizację zamówienia. Kwoty te wynoszą od 69.000 zł do 800.000 zł, w zależności od wielkości sprzedaży w danej lokalizacji. Powyższe okoliczności same w sobie przesądzają o braku możliwości stosowania przez Zamawiającego automatyzmu w ocenie poszczególnych ofert. Nie ulega żadnym wątpliwościom, że to Zamawiający, jako organizator postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma prawo zdecydować czy zwiększenie środków przeznaczonych na realizację danego zamówienia jest celowe i gospodarne. Decyzję tę podejmuje w pewnych, określonych warunkach rynkowych i w granicach wyznaczonych przez siebie możliwości finansowych do jakich realizacja danego zamówienia publicznego jest dla

niego opłacalna (powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO 1273/17). W konsekwencji, ocena, czy zwiększenie środków na realizację danego zadania jest zasadne, była dokonywana przez Zamawiającego odrębnie dla każdego zadania, z uwzględnieniem dodatkowych czynników, w szczególności wpływów ze sprzedaży biletów. Wyżej wymienione okoliczności były znane wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu, w tym Odwołującemu, który złożył oferty na osiem zadań o różnej wartości, w zależności od lokalizacji. Zgodnie z orzecznictwem, Zamawiający nie musi udowadniać, że jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków finansowych (powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2015 r., sygn. akt KIO 961/15). Nie można również wywodzić z przepisów ustawy pzp jakiegokolwiek obowiązku Zamawiającego dokonywania przesunięć budżetowych, w szczególności wydatkowania środków na zamówienia, które są nieopłacalne, kosztem innych, bardziej rentownych zamówień. Artykuł 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp przyznaje Zamawiającemu uprawnienie, a nie obowiązek zwiększenia kwoty, którą podał podczas otwarcia ofert. To Zamawiający jako dysponent środków finansowych podejmuje decyzję o tym, czy zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia. Zamawiający dysponował określoną pulą środków finansowych przeznaczonych na realizację Postępowania podzielonego na 18 zadań. Zamawiający wyznaczył również sobie górną granicę do jakiej może przekroczyć wartość całego Postępowania. Mając to na uwadze, chcąc uniknąć sytuacji, w której znaczne zwiększenie kwoty na realizację jednego zadania spowoduje niemożność realizacji innego, Zamawiający określił jedną, wspólną dla wszystkich zadań, maksymalną wartość, o którą może zwiększyć budżet na realizację zadania, na poziomie 70.000 zł. Według takiego klucza podejmował decyzję o rozstrzygnięciu lub unieważnieniu Postępowania w odniesieniu do poszczególnych zadań, co zostało szczegółowo przedstawione w zestawieniu wartości ofert złożonych na poszczególne zadania oraz kwot przeznaczonych na realizację zamówienia (załącznik nr 1 do odpowiedzi).

Odnosząc się do argumentów dotyczących zysku wypracowanego przez Zamawiającego w 2016 r., który w ocenie Odwołującego „mógłby posłużyć m.in. do zwiększenia kwoty na realizację zamówienia” jeszcze raz wskazał, że to Zamawiający jest dysponentem swojego budżetu i to Zamawiający decyduje na co przeznaczy zysk wypracowany w latach ubiegłych. W żadnym wypadku, Odwołujący nie jest uprawniony do wpływania na decyzje Zamawiającego w tym zakresie. Zamawiający zgodził się ze stanowiskiem wyrażonym w odwołaniu, że zwiększenie kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia oznacza uszczuplenie swoich przyszłych wpływów ze sprzedaży. Z tych właśnie względów, Zamawiający uznał, że wybór oferty droższej o ponad 113.000 zł jest dla niego nieopłacalny.

Odnosnie argumentów dotyczących zbyt niskiego budżetu, jaki Zamawiający

przewidział na realizację poszczególnych zadań, co oznacza w ocenie Odwołującego, że „nie ma obiektywnie możliwości, aby za kwoty założone przez Zamawiającego zamówienie zostało wykonane choćby z minimalnym zyskiem dla Wykonawcy”, Zamawiający wskazuje, że budżet na realizację zadania nr 2 był szacowany według tych samych zasad, które miały zastosowanie w odniesieniu do pozostałych zadań, zaś w odniesieniu do kilku zadań w Postępowaniu, oferty były niższe aniżeli wysokość kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia i Odwołujący nigdy nie zakwestionował wyboru oferty z niższą ceną z powodu jej rażąco niskiej ceny.

W zakresie insynuacji zawartej w odwołaniu, iż Zamawiający preferuje w Postępowaniu jednego wykonawcę — Ośrodek Wsparcia Transportu 2 sp. k. Zamawiający wskazał, że z zestawienia załączonego do odpowiedzi na odwołanie wynika, że większość wykonawców złożyła w Postępowaniu ofertę na jedno zadanie, podczas gdy Ośrodek Transportu 2 sp. k. złożył oferty na osiem zadań w Postępowaniu zaś Odwołujący na siedem zadań. Dla pięciu z powyższych zadań oferty zostały złożone zarówno przez Ośrodek Wsparcia Transportu 2 sp. k. jak i Odwołującego, w czterech przypadkach ceny ofert złożonych przez Ośrodek Wsparcia Transportu 2 sp. k. były tańsze od ofert złożonych przez Odwołującego, zaś w odniesieniu od jednego zadania, Postępowanie nie zostało rozstrzygnięte. Biorąc pod uwagę, że jedynym kryterium w Postępowaniu była cena (100%), trudno znaleźć uzasadnienie dla innej decyzji Zamawiającego w tym zakresie.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, zmian ogłoszenia, SIWZ wraz z załącznikami, wyjaśnień treści SIWZ i modyfikacji treści SIWZ, informacji z otwarcia ofert i jej sprostowania, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w poszczególnych zadaniach i jej sprostowania, zawiadomienia o unieważnieniu postępowania w poszczególnych zadaniach, oferty Odwołującego. Ponadto Izba dopuściła dowody dołączone do odpowiedzi na odwołanie: zestawienie wartości ofert złożonych na poszczególne zadania oraz kwot przeznaczonych na realizację zamówienia. Izba dopuściła również dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego: informacje prasowe, z których wynika, jaki zysk Zamawiający wypracował w poprzednim roku (2016 r.) i jaki planuje uzyskać w 2017 r. oraz zestawienie obrazujące koszt pracodawcy w przeliczeniu na jedną godzinę zatrudnienia.

Na podstawie tych dokumentów oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Mianowicie, Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie na agencyjną sprzedaż biletów w podziale na 18 zadań, z czego każde zadanie obejmowało inną lokalizację sprzedaży biletów. Otwarcie ofert odbyło się w dniu 5 października 2017 r. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwoty jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w tym dla zadania nr 2 kwotę: 398 000,00 zł brutto. Odwołujący zaoferował w zadaniu nr 2 cenę ofertową brutto: 511 892,15 zł. Na zadanie nr 2 złożona została jeszcze jedna oferta wykonawcy: R. S. prowadząca działalność gospodarcza pod firmą F.H.U. SIGMA R. S. na cenę ofertową brutto: 645 512,26 zł. Wykonawca Przystępujący "DOMPOL P.W." Sp. z o.o. złożył ofertę na zadanie nr 13, w którym w dniu 25 października 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy. Wykonawca Przystępujący Zakład Usługowo-Handlowy "KAM" P. S. złożył ofertę na zadanie nr 16 i tutaj również w dniu 20 października 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy. Odnośnie Przystępującego M. G. to złożyła ofertę na zadanie nr 14, które zostało przez Zamawiającego unieważnione w dniu 9 listopada 2017 r.

W dniu 9 listopada 2017 r. Odwołujący został poinformowany o unieważnieniu zadania nr 2 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, zgodnie z którym Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Z Tabeli załączonej do zawiadomienia oraz oferty Odwołującego wynika, że cena oferty Odwołującego przewyższa kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia o 113 892,15 zł brutto.

Z zestawienia wartości ofert złożonych na poszczególne zadania oraz kwot przeznaczonych na realizację zamówienia, a także odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego wynika, że Zamawiający jest w stanie dołożyć do ceny oferty kwotę 70 000,00 zł brutto. Była to maksymalna kwota jaką Zamawiający założył na dołożenie do cen ofert w każdym zadaniu, dlatego też zadania nr 8-13 i 15, które mieściły się w tej kwocie zostały przez Zamawiającego rozstrzygnięte. Na pięć z tych zadań została wybrana oferta wykonawcy Ośrodek Wsparcia Transportu 2 Sp. k., na pozostałe dwa oferty innych wykonawców.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

art. 7 ust. 1 ustawy pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

art. 32 ust. 4 ustawy pzp - Jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.

art. 86 ust. 3 ustawy pzp - Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp – 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.

art. 93 ust. 2 ustawy pzp - Jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba postanowiła uwzględnić opozycję Zamawiającego wyrażoną na posiedzeniu wobec zgłoszonych przystąpień i nie dopuścić Przystępujących do udziału w postępowaniu odwoławczym ze względu na brak interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, o którym mowa w z art. 185 ust. 3 ustawy PZP. Zgłaszający przystąpienie nie złożyli ofert w zadaniu nr 2, odnośnie którego zostało wniesione odwołanie, a swoje przystąpienie uzasadniali jedynie przeciwdziałaniem występowaniu niezgodnych w ich ocenie z prawem czynności Zamawiającego w przyszłości. Orzeczenie Izby wydane na korzyść którejkolwiek ze stron musi oddziaływać na sferę praw i obowiązków wykonawcy przystępującego. Biorąc pod uwagę, że orzeczenie Izby rozstrzyga spór jedynie w zakresie objętym przedmiotem tego sporu, w tym przypadku w zakresie zadania nr 2 zamówienia i jest wiążące tylko pomiędzy tymi stronami, to nie może oddziaływać na inne zadania tego samego postępowania o zamówienie publiczne, a skoro tak to wydane orzeczenie w niniejszej sprawie nie dotyczy innych zadań postępowania, w związku z tym nie może oddziaływać na sferę praw i obowiązków wykonawców, którzy złożyli oferty na te zadania. Tym samym nie osiągną oni żadnej korzyści z faktu uwzględnienia odwołania (tak też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 marca 2013 r., sygn. akt KIO 390/13).

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia, jak również możliwość poniesienia szkody, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy. Odwołujący złożył ofertę w zakresie zadania nr 2 zamówienia, które zostało przez Zamawiającego unieważnione. Jeśli odwołanie zostałoby uwzględnione i Zamawiający zwiększyłby kwotę przeznaczoną na realizację zadania nr 2 do ceny oferty Odwołującego, mógłby on uzyskać przedmiotowe zamówienie. Czynność unieważnienia naraża Odwołującego na stratę w postaci utraty zysku, jaki Odwołujący zamierzał uzyskać w związku z wykonaniem umowy.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w zw. z art. 7 ustawy pzp.

Izba oceniła, iż zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 4 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. Aby zamawiający mógł unieważnić postępowanie muszą wystąpić dwie przesłanki: cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz istnienie okoliczności uniemożliwiającej zamawiającemu zwiększenie kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia to kwota, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy pzp podawana przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert. Jest to kwota minimalna, gwarantująca przejrzystość postępowania i chroniąca interesy wykonawców. Zamawiający, składając oświadczenie co do kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, zobowiązuje się przyjąć ofertę najkorzystniejszą, pod warunkiem, że zaoferowana cena nie przekroczy podanej przez niego wysokości środków. Jest to bardzo istotna gwarancja legalności działań zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania. Po nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. zamawiający jest również zobowiązany do niezwłocznego zamieszczania na stronie internetowej, w oparciu o art. 86 ust. 5 ustawy pzp, informacji z otwarcia ofert gdzie również podaje się kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Natomiast cena oferty, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, to wynagrodzenie wykonawcy wynikające ze złożonej oferty i odnoszące się do całego zakresu świadczenia opisanego przez zamawiającego w SIWZ, do wykonania którego zobowiązuje się wykonawca, składając ofertę. W myśl art. 93 ust. 2 ustawy pzp zamawiający jest uprawniony dokonać czynności unieważnienia poszczególnych części zamówienia. Uprawnienie to koresponduje z dyspozycją art. 32 ust. 4 ustawy pzp, zgodnie z którym jeżeli zamawiający przewidział możliwość składania ofert częściowych – każda z nich stanowi przedmiot odrębnego postępowania. Kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia będzie kwota założona na realizację danej części zamówienia nie zaś kwota całego zamówienia. Zaznaczyć należy, że poszczególne części zamówienia są w istocie odrębnie kontraktowanymi i finansowanymi zamówieniami, które łączy jedynie ten sam przedmiot i tożsame wszczęcie procedury przetargowej oraz pewne jej elementy. Wartość łączną części zamówienia szacuje się wyłącznie w celu ustalenia progów stosowania odpowiednich przepisów. Na każdą część zamówienia składane są odrębne oferty, dokonywany jest oddzielny wybór najkorzystniejszej oferty i zawierane są odrębne umowy. Odrębnie dla każdej



części ocenia się więc również spełnienie przesłanek unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający powinien podać kwotę, jaką planuje przeznaczyć nie tylko na całość zamówienia, ale również na jego poszczególne części (tak też w: Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2017 r.).

Zamawiający może zwiększyć kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia i wtedy przesłanka unieważnienia nie wystąpi. Jak wynika z literalnego brzmienia tego przepisu jest to uprawnienie zamawiającego. Zamawiający jest dysponentem środków finansowych i decydemtem odnośnie wydatkowania tych środków, przy czym decyzja odnośnie zwiększenia kwoty przeznaczonej nie musi być uzewnętrzniona w sformalizowany sposób. Zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania źródeł finansowania ponad kwoty, które pierwotnie zabezpieczył, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej i zapobieżeniu unieważnieniu postępowania. Uczestnicy postępowania, wykonawcy nie mogą oczekiwać, że zamawiający będzie przesuwiał środki przeznaczone na realizację innych części zamówienia, czy zaoszczędzonych w toku postępowania. Bezpodstawnym jest również oczekiwanie, że zamawiający będzie udowadniał, że jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków (tak też w: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2015 r., sygn. akt KIO 961/15).

Bezspornym w niniejszej sprawie było, co Strony potwierdziły również na rozprawie, iż cena oferty Odwołującego w zadaniu nr 2 przewyższa kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia o 113 892,15 zł brutto. Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu przedmiotowego zadania nie przedstawił szczegółowego uzasadnienia swojej decyzji ale w toku rozprawy wykazał, że nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na zadanie nr 2 do ceny najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający wskazał na rozprawie, że dokonał analizy własnych możliwości finansowych mając na względzie przedmiot zamówienia, a także skalę sprzedaży biletów w poszczególnych lokalizacjach – zadaniach. W wyniku tej analizy Zamawiający ustalił próg 70 000,00 zł brutto, którą to kwotę jest w stanie dołożyć do ceny oferty. W przypadku zadania nr 2 kwota ta była niewystarczająca, aby można było rozstrzygnąć postępowanie. Zamawiający wziął przy tym pod uwagę, iż zwiększenie dołożenia środków powyżej zakładanego progu spowoduje, że realizacja zamówienia w tym zadaniu będzie dla niego nieopłacalna. Tym samym może zostać narażony jako Zamawiający sektorowy na zarzut niegospodarnego i niecelowego wydatkowania środków w myśl ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2077, dalej u.o.f.p.). Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż to Zamawiający jest gospodarzem postępowania, a dołożenie środków przeznaczonych na realizację zamówienia jest jego arbitralną decyzją. Nie można narzucić Zamawiającemu

obowiązku zwiększania środków do ceny oferty w sytuacji gdy cena ta jest na tyle wysoka, że wykonanie zamówienia będzie nieefektywne. Odwołujący sam wskazał, co potwierdził również Zamawiający, że specyfika niniejszego zamówienia, sposób rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy powoduje, że dołożenie środków przeznaczonych na realizację zadania prowadzi jednocześnie do uszczuplenia wpływów ze sprzedaży biletów po stronie Zamawiającego. W niniejszej sprawie Odwołujący próbował dowodzić, iż rzeczywiste możliwości finansowe Zamawiającego pozwalały na zwiększenie środków w zadaniu nr 2. Wskazywał na artykuły dostępne na stronach internetowych, że Zamawiający odnotował w 2016 r. zysk w wysokości około 50 mln. zł, natomiast w 2017 r. przewiduje się zysk w wysokości około 43-44 mln. zł. Odwołujący zwracał uwagę na oszczędności jakie Zamawiający pozyskał w wyniku rozstrzygnięcia kilku innych zadań poniżej kwot przeznaczonych na realizację zamówienia, czy ustalonego progu 70 000,00 zł, a także na zadania unieważnione z powodu braku ofert. Nie jest jednak rolą wykonawcy w ocenie Izby wskazywanie Zamawiającemu na realizację jakich przedsięwzięć ma on przeznaczyć oszczędności czy wypracowany zysk. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 sierpnia 2011 r.: „Interpretacja przepisu prezentowana przez odwołującego właściwie przekreśliłaby sens i cel podawania przed otwarciem ofert kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, skoro dla unieważnienia postępowania i tak istotne byłoby jedynie ustalanie i dowodzenie rzeczywistych możliwości finansowych zamawiającego.” Zamawiający, co zostało przez niego podnoszone, nie może rozstrzygnąć jednych zadań w postępowaniu kosztem innych (tak też w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 3015/13). Każda część postępowania stanowi odrębne, autonomiczne postępowanie. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2012 r., o sygn. akt KIO 964/12: „Nie ma obowiązku zwiększania kwoty przeznaczonej na sfinansowanie konkretnego zadania, tak aby obowiązkowo dokonać wyboru w każdej części zamówienia. Możliwość zwiększenia budżetu warunkowana jest z pewnością wieloma czynnikami, a wykonawca nie ma prawnych możliwości domagać się zwiększenia budżetu, ponieważ takie zachowanie w pewnych przypadkach mogłoby narazić zamawiającego na zarzuty niegospodarnego zarządzania środkami publicznymi”. Zamawiający ma także inne zobowiązania oraz jak wskazywał, musi postępować zgodnie z planem restrukturyzacyjnym, a w obecnej sytuacji każdy wydatek jest kontrolowany. Zamawiający zaznaczył granicę swoich możliwości finansowych przeznaczonych na realizację zadania nr 2 w niniejszym postępowaniu, a próby narzucenia zwiększania tej granicy nie mają zdaniem Izby uzasadnienia w przepisach prawa. Odwołujący powoływał się również na inne okoliczności celem dowodzenia swoich racji. Podjął próbę wykazania, że cena przeznaczona na realizację zamówienia, według Odwołującego szacowana, została przez Zamawiającego zaniżona w stosunku do faktycznych kosztów

realizacji zamówienia i jeśli nie zostanie zmieniona to w kolejnym postępowaniu Zamawiający i tak będzie zmuszony zwiększyć kwotę przeznaczoną na wykonanie zadania nr 2. Zamawiający przedstawił zdaniem Izby wiarygodną argumentację, iż być może zadania, które zostały unieważnione w ogóle nie zostaną powtórzone, bowiem ze względu na ich nieopłacalność Zamawiający będzie poszukiwał alternatywnych sposobów realizacji zamówienia. Jednocześnie Izba zaznacza, że zarzut ten należy uznać za spóźniony i jako taki mógł zostać postawiony na wcześniejszym etapie postępowania. Na marginesie Izba podkreśla, że określenie szacunkowej wartości zamówienia ma na celu ustalenie wartości zamówienia, ale nie przekłada się na obowiązek zamawiającego uwzględnienia tej wartości w określaniu budżetu dla danego zadania.

Odwołujący wskazywał również, iż charakter zamówienia, zgodnie z którym wynagrodzenie wykonawcy stanowi w istocie prowizję od wypracowanego zysku, a zatem Zamawiający na obecnym etapie postępowania nie jest zobligowany posiadać środków na wykonanie zamówienia. Odnosząc się do powyższych twierdzeń Izba zaznacza, że Zamawiający jest zobligowany do zabezpieczenia środków finansowych na realizację zamówienia przed wszczęciem postępowania, ewentualnie wyjątkowo przed zawarciem umowy z wybranym wykonawcą.

#### Zarzut naruszenia art. 7 ustawy pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców, a zatem zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący dowodził, że Zamawiający w zadaniach, w których cena oferty przekroczyła kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, a które zakończyły się wyborem najkorzystniejszej oferty Zamawiający w istocie dołożył więcej środków w przeliczeniu na ilość roboczogodzin pracy kasy niż musiałby dołożyć do ceny oferty Odwołującego w zadaniu nr 2. Wskazywał, że w przeważającej części tych zadań jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy Ośrodek Wsparcia Transportu 2 sp. k. sugerując preferowanie przez Zamawiającego tego wykonawcy. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Zamawiający wskazał, że do ceny oferty w każdym z zadań był w stanie dołożyć kwotę 70 000,00 zł. Zadania nr 8-13 oraz 15, które mieściły się w tej kwocie zostały przez Zamawiającego rozstrzygnięte. Jak podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 stycznia 2013 r.: „Zachowania takiego nie należy traktować jako reguły. Nie ma obowiązku zwiększania kwoty przeznaczonej na sfinansowanie konkretnego zadania, tak, aby obowiązkowo dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu”. Zaznaczyć należy, że wśród ofert wybranych jako najkorzystniejsze znalazły się także dwie oferty innych wykonawców niż Ośrodek Wsparcia

Transportu 2 sp. k., ponadto jak podnosił Zamawiający wykonawca ten składał oferty w częściach dotyczących lokalizacji na obszarze Pomorza, dlatego też najprawdopodobniej nie złożył ofert w czterech postępowaniach, które zostały unieważnione ze względu na brak środków, obejmujących inne lokalizacje. Nie można zatem mówić w ocenie Izby o faworyzowaniu czy nierównym traktowaniu wykonawców. Zamawiający ustalił kwotę 70 000,00 zł jak już zostało wskazane w oparciu o skalę sprzedaży w poszczególnych lokalizacjach, mając na względzie opłacalność poszczególnych zadań (w tym wysokość środków, które musiałby dołożyć), a także możliwość skorzystania z alternatywnych form sprzedaży biletów. Jest to w ocenie Izby przekonywująca argumentacja. Dostrzeżenia również wymaga, co zostało podkreślone we wcześniejszych rozważaniach, że w przypadku zamówienia podzielonego na części, każdą z części należy traktować jako odrębne postępowanie i to Zamawiający decyduje, w której części o ile środków jest w stanie zwiększyć kwotę pierwotnie zabezpieczoną biorąc pod uwagę wszystkie czynniki. W zadaniu nr 2 zostały złożone dwie oferty, obie przekraczały kwotę przeznaczoną na realizację tego zamówienia dlatego też Zamawiający mając na względzie brak możliwości dołożenia środków finansowych do ceny najkorzystniejszej oferty, w sposób prawidłowy w ocenie Izby, dokonał czynności unieważnienia postępowania w zakresie tej części zamówienia.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 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 ze zm. z 2017 r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego

postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzać od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty zastępstwa prawnego na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Izba nie uwzględniła kosztów w wysokości 828,00 z tytułu wartości podatku VAT w wysokości 23% od rozliczenia kosztów zastępstwa prawnego, stosownie bowiem do § 3 pkt 2 lit b 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 ze zm. z 2017 r. poz. 47) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż 3 600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....