

Czy rzeczywiście zamawiający nie musi wykazywać, że nie posiada możliwości zwiększenia środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia? Wystarczy, że zamawiający nie chce zwiększyć budżetu zadeklarowanego podczas otwarcia ofert, a to już uprawnia go do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego? Czy wówczas warto walczyć z taką decyzją zamawiającego i ponosić koszty postępowania odwoławczego?

Zamawiający może unieważnić postępowanie tylko w sytuacji, kiedy zezwala na to ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”). Zamawiający musi podać co najmniej jedną z przyczyn unieważnienia postępowania przetargowego określoną w art. 93 ustawy Pzp. Jeden z przypadków uprawniających do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty przekracza - zadeklarowane przed otwarciem ofert - środki finansowe zamawiającego (przypadek określony w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 października 2018 r., KIO 2155/18: „Analiza treści przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wskazuje, iż jego dyspozycja znajduje zastosowanie w przypadku kumulatywnego wystąpienia dwóch wskazanych w nim przesłanek: 1) cena najkorzystniejszej oferty lub cena z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz 2) zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty”. Analogicznie - zamawiający nie



Unieważnienie przetargu z powodu braku środków zamawiającego – czy warto z tym walczyć?



Agnieszka Zaborowska

Założyciel Kancelarii Adwokackiej Zaborowska. Adwokat specjalizująca się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych, w tym opartych na warunkach kontraktowych FIDIC.

może unieważnić postępowania, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty jest niższa niż budżet podany przed otwarciem ofert.

Literalne brzmienie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp daje organizatorowi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uprawnienie do poszukiwania dodatkowych środków finansowych, ale jednocześnie zamawiający nie ma obowiązku zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, którą podał na chwilę przed otwarciem ofert. Mając na uwadze tylko brzmienie

przepisów wydaje się, że w sytuacji, kiedy budżet zamawiającego jest niższy niż wartość oferty najkorzystniejszej (co finalnie doprowadzi do unieważnienia postępowania) wykonawca nie za dużo może zrobić w celu uzyskania zamówienia. Czy w takiej sytuacji jest bowiem sens składania odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej na czynność zamawiającego w postaci unieważnienia procedury przetargowej?

Analiza wybranych stanowisk Krajowej Izby Odwoławczej – prowadzi do wniosku, że nie w każdym przypadku należy oddać walkowerem rozstrzygnięcie zamawiającego dotyczące zastosowania omawianej przesłanki unieważnienia postępowania. Innymi słowy, w gąszczu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, na mocy których co do zasady oddalane są odwołania zawierające wyłącznie zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (oddalane właśnie z uwagi na literalne brzmienie tego przepisu) – można znaleźć nieliczne orzeczenia, które wskazują – że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o omawianą przesłankę musi być poprzedzone analizą dostępnych środków budżetowych, a brak możliwości finanso-

wych (czyli brak możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia) musi zostać przez zamawiającego uzasadniony/udowodniony.

Aktywna postawa zamawiającego

W wybranych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej można zaobserwować, że organ rozpatrujący odwołania uznaje, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku, gdy budżet podany przed otwarciem jest niewystarczający na pokrycie ceny oferty najkorzystniejszej - powinno być poprzedzone aktywnością zamawiającego. Innymi słowy, zamawiający nie powinien - niejako z automatu - podejmować decyzji o unieważnieniu postępowania, tylko dlatego, że nie ma woli zwiększania budżetu przeznaczonego na sfinansowanie zamówienia. Oznacza to, że zamawiający powinien np. ponownie zweryfikować poprawność ustalenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, sprawdzić aktualny stan budżetu (bywają bowiem sytuacje, w których od otwarcia ofert do wyboru oferty najkorzystniejszej mijają miesiące), czy też zwrócić się o uzyskanie odpowiednich zmian/korekt w otrzymanym dofinansowaniu itd.

Tytułem przykładu:

1. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2018 r. (KIO 301/18): „Zamawiający w przypadku wyboru najkorzystniejszej oferty z ceną przekraczającą budżet zamawiającego musi podjąć działania, aby uzyskać dodatkowe środki i jednak zrealizować zamówienie. Dopiero gdy próba lub próby pozyskania dodatkowych środków nie przyniosą wystarczających rezultatów, zamawiający będzie mógł i musiał unieważnić postępowanie”.
2. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2016 r. (KIO 1759/16): „Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp daje zamawiającemu podstawę do unieważnienia postępowania, 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. Jeżeli w dalszym toku postępowania zamawiający takiej możliwości nie stwierdzi to

będzie to otwierało mu drogę do umorzenia postępowania”.

3. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 czerwca 2016 r. (KIO 911/16): „Jeżeli zamawiający nie podjął żadnych zabiegów zmierzających do zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację spornej części/zadania to nie uprawnia to zamawiającego do zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) i unieważnienia przetargu”.
4. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2013 r. (KIO 920/13): „Zamawiający może podjąć działania na rzecz zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia i dopiero, gdy nie uzyska środków w wysokości ceny najkorzystniejszej oferty, zobowiązany jest do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych”.

Dowody na brak środków finansowych

Z zaprezentowanymi powyżej poglądami orzeczników Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącymi konieczności zweryfikowania przez zamawiającego jego kondycji finansowej związana jest również teza, że zamawiający jest zobowiązany do udowodnienia jakie czynności wykonał zanim przekazał wykonawcom informację o unieważnieniu postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Organizator postępowania musi zatem umieć udowodnić, że wystąpiły dwie kumulatywne przesłanki omawianego przepisu prawa.

Przykładowo:

1. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2018 r. (KIO 2704/17) „Stanowisko zamawiającego co do możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia nie było do jasna - na posiedzeniu zamawiający oświadczył, że „cena ofertowa odwołującego znacząco przewyższa kwotę jaką zamawiający planuje przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i nie przewiduje możliwości jej zwiększenia”, na rozprawie oświadczył



„iż na dzień dzisiejszy nie ma możliwości zwiększenia środków finansowych. Dodatkowo oświadcza, iż w trakcie przerwy uzyskał ustne potwierdzenie od kierownika Technicznego Utrzymania Nieruchomości, iż jest to kwota ostateczna.” Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie wykazał, iż nie może zwiększyć kwoty na sfinansowanie zamówienia do wysokości ceny ofertowej odwołującego”.

2. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 sierpnia 2018 r. (KIO 1604/18): „[...] ogłoszenie o zamówieniu należy traktować jako swego rodzaju przyrzeczenie publiczne, gdyż w tym wypadku podmiot zamawiający nie dysponuje pełną swobodą w jego zniesieniu, jak również nie ma swobody w wyborze wykonawcy. Jest to spowodowane nie tylko podmiotowym charakterem jednostek, które udzielają takich zamówień, lecz przede wszystkim charakterem środków, które służą ich finansowaniu. W konsekwencji zamawiający powinien dysponować niepodważalną przesłanką wymienioną w art. 93 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, którą dodatkowo jest w stanie udowodnić”.
3. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 grudnia 2016 r. (KIO 2228/16): „[...] stanowisko zamawiającego, że kwota 316.011.600,00 zł wskazana w protokole postępowania jest maksymalną wartością, jaką może on przeznaczyć na to zadanie, która wyczerpuje możliwości zamawiającego pozostało gołosłowne. Zamawiający nie przedstawił Izbie żadnego wiarygodnego dowodu, z którego wynikałoby, iż nie będzie możliwości zwiększenia kwoty finansowania zamówienia do wartości oferty odwołującego”.
4. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2011 r. (KIO 1100/11): „[...] zamawiający, wbrew swemu stanowisku, nie wykazał braku możliwości zmiany środków finansowych na poszczególne zakresy zamówienia, wręcz potwierdził taką możliwość, chociażby ogłaszając nowe postępowanie o udzielenie zamówienia (ogłoszenie o zamówieniu - dostawy z dnia 26 maja 2011 r. nr 2011/S 101-165640), przy braku informacji dotyczącej zmiany pla-

nu inwestycyjnego na rok 2011. W ocenie Izby, nie stanowiły przeszkody czynnościom zamawiającego również uchwały - Zarządu Województwa Śląskiego, Rady Społecznej Szpitala, czy w szczególności postanowienia umowy na realizację programu zdrowotnego zawartej z Ministrem Zdrowia, w której wymagano udziału środków własnych zamawiającego w zakupie rezonansu magnetycznego, nie mniej niż 15% wartości zakupionego sprzętu”.

5. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2013 r. (KIO 2851/12): „[...] do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy nie wystarczy oświadczenie, że cena najkorzystniejszej oferty przekracza wartość podaną podczas otwierania ofert. Konieczne jest udowodnienie, że zamawiający z obiektywnych przyczyn nie może wydać na daną usługę tyle, ile oczekuje najtańszy wykonawca. Argumentem przemawiającym za słusznością prezentowanego przez Odwołującego stanowiska jest także konstrukcja umowy, która ma być zawarta w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania. Należy wyraźnie podkreślić, iż umowa ma zostać zawarta na okres 4 lat. Istotny jest również sposób realizacji umowy oraz sposób określenia przez zamawiającego jej przedmiotu: tj. brak sztywnej i stałej ilości osobodni w okresach rozliczeniowych (są one zależne od ilości pacjentów na oddziałach). § 11 ust. 1 projektu umowy wyraźnie mówi o tym, że miesięczne rozliczenie wynagrodzenia dokonywane będzie na podstawie faktycznie zrealizowanych osobodni z kuchni głównej i mlecznej na podstawie prowadzonej ewidencji potwierdzonej przez upoważnione przez strony osoby. Stąd też, cena oferty Odwołującego (zarówno w całości, jak i w skali miesiąca) stanowić może jedynie szacunkową wartość przyszłego wynagrodzenia należnego wykonawcy, które ostatecznie zależeć będzie od rzeczywistych potrzeb zgłaszanych przez zamawiającego (tj. liczby pacjentów hospitalizowanych w konkretnym okresie czasu). Stąd też, miesięczne wydatki na usługę żywienia będą w istocie uzależnione od ilości pacjentów szpitala, w związku z czym ich wysokość, zgodnie z umowy może być zarówno niższa, jak i wyższa od kwoty wynikającej z ceny oferty wykonawcy”.

Faktyczne możliwości zwiększenia budżetu

W ostatecznym rozrachunku – dla wykonawców – najważniejsze jest nie to jakie czynności zamawiający podjął w celu zwiększenia budżetu, ale podstawowe znacznie ma to czy zamawiający ma lub zgromadzi dodatkowe środki finansowe, które umożliwią zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Taka gradacja ważności jest również zauważalna w wybranych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej.

Przykładowo:

1. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2017 r. (KIO 1878/17): „Dopiero w sytuacji, gdy dokonanie takich przeniesień nie jest możliwe lub celowe, a kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Określenie w ustawie, że Zamawiający „może” zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia nie odnosi się do jego woli (chęć/nie chęć), lecz do faktycznych możliwości w zakresie dobra jakie chce pozyskać, przy czym podkreślić należy również, że ocena możliwości musi być dokonywana z uwzględnieniem faktu, że są takie zamówienia, które nie mogą nie zostać udzielone, a ich zakres determinowany jest nałożonymi na zamawiającego obowiązkami. Jednakże to wszystko w ocenie Izby powinno mieć odzwierciedlenie w informacji o unieważnieniu postępowania”.
2. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2016 r. (KIO 2044/16): „To Zamawiający zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. decyduje, czy z uwagi na ceny ofert możliwe jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. W myśl wskazanego przepisu zamawiający unieważnia postępowanie tylko wówczas, gdy nie jest możliwe zwiększenie kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa planowaną kwotę”.
3. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 listopada 2016 r. (KIO 1961/16, 1962/16): „W świetle zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności
4. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2013 r. (KIO 942/13): „Okoliczność, że zamawiający nie zamierza podwyższyć kwoty na sfinansowanie zamówienia nie jest podstawą do odmowy dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej i udzielenia zamówienia. Zamawiający może bowiem unieważnić postępowanie o zamówienie jedynie, gdy kwota, którą może przeznaczyć na sfinansowanie, Izba ustaliła, że zamawiający na rok 2017 posiada zaplanowane środki finansowe na wszystkie trzy zadania w wysokościach pozwalających mu na podwyższenie kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że przyjęte limity zobowiązań (ostatnia kolumna na str. 9) nie mogą być zmieniane, ani że nadwyżki zaplanowane na przedmiotowe zadania zostały już przesunięte w celu zaspokojenia innych wydatków zamawiającego. [...] Izba wprawdzie podziela stanowisko zamawiającego, że nie może nakazać mu dokonania przesunięć budżetowych, jednak w niniejszej sprawie zamawiający posiada zabezpieczone środki, według Wieloletniego Planu Finansowego, w żaden sposób nie wykazał, że nie ma możliwości prawnej i faktycznej skorzystania z tych środków na podwyższenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, tym samym nie wykazał, że nie ma możliwości zwiększenia kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Izba zauważyła, że przedstawione przez zamawiającego rozumienie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy, tj. uzależnienie czynności unieważnienia postępowania od arbitralnej woli zamawiającego, co do tego czy chce czy nie podwyższyć finansowanie zamówienia prowadziłyby do absurdu wniosku, że przepis art. 86 ust. 3 ustawy jest zbędny, gdyż nie jest z nim związany żaden obowiązek zamawiającego, jak również powodowałyby, że norma art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy stałaby się normą uznaniową. W konsekwencji Izba uznała, że skoro zamawiający nie podał uzasadnienia dla braku przesłanki negatywnej, jak również w toku postępowania nie wykazał, że przesłanka negatywna nie zachodzi, tym samym nie miał podstaw do zastosowania normy art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy”.



Nie można zapominać, że Krajowa Izba Odwoławcza nie ma podstaw do nakazywania zamawiającemu jakichkolwiek przesunięć w jego planie finansowym i stwierdzać na co zamawiający ma przeznaczać środki finansowe.

czyć na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny oferty najkorzystniejszej. [...] Podstawą unieważnienia postępowania (co byłoby powodem do odmowy zawarcia umowy z wykonawcą wybranym) jest jedynie wykazanie maksymalnych granic finansowych zamawiającego związanych z finansowaniem zamawiającego. W tej sytuacji brak woli zamawiającego, co do zapłaty większej kwoty niż przez niego założona nie pozbawia odwołującego prawa do domagania się wyboru jego oferty oraz zawarcia umowy”.

Zastrzeżenie

Co bardzo ważne – przedstawionych w niniejszym artykule orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej nie można uznawać za podstawę do pewnego uzyskania korzystnego dla wykonawcy rozstrzygnięcia. Nie może bowiem schodzić z pola widzenia – wiodący nurt zgodnie z którym, to zamawiający - jako organizator i gospodarz procedury przetargowej – określa swoje możliwości finansowe. Ponadto, nie można zapominać, że Krajowa Izba Odwoławcza nie ma podstaw do nakazywania zamawiającemu jakichkolwiek przesunięć w jego planie finansowym i stwierdzać na co zamawiający ma przeznaczać środki finansowe. Należy również pamiętać o rozkładzie ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym, leżącym co do zasady na odwołującym. Niniejsze opracowanie ma jedynie na celu pokazanie, że na kanwie konkretnego stanu faktycznego i oceny danej sytuacji finansowej zamawiającego – konieczna jest analiza czy doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i ustalenie jakie czynności przed unieważnieniem postępowania podjął zamawiający. Przeprowadzona analiza odpowie na pytanie czy warto zaskarżyć do Krajowej Izby Odwoławczej czynności zamawiającego i oceni szanse na sukces. ■

