

DPS.KA.212.1.2022

Szczutowo, 6 marca 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający: Dom Pomocy Społecznej
im. Jana Pawła II w Szczutowie
ul. 3 Maja 116
09-227 Szczutowo
REGON: 611333935
tel. +48 24 276 7474
e-mail: dpsszczutowo@wp.pl

Odwołujący: 1. Naprzód Service sp. z o.o.
ul. Traktorowa 125 lok. 202
91-204 Łódź
KRS 0000510896
tel. +48 426405777
e-mail: przetrage@rekeep.pl

2. JOL-MARK sp. z o.o.
ul. Portowa 16g
44-100 Gliwice
KRS 0000654522
tel. +48 426405777
e-mail: przetrage@rekeep.pl
wspólny adres do doręczeń:
ul. Traktorowa 126 lok. 202
91-204 Łódź

ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Domu Pomocy Społecznej w Szczutowie, na podstawie art. 521 ust.1 ustawy Pzp, wnoszę odpowiedź na odwołanie z dnia 23 lutego 2023 r. wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Naprzód Service sp. z o.o. oraz JOL-MARK sp. z o.o. od czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przygotowanie i dystrybucja całodziennego wyżywienia dla mieszkańców Domu Pomocy Społecznej im. Jana Pawła II w Szczutowie”, i wnoszę o:

- 1) oddalenie odwołania w całości,
- 2) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

Uzasadnienie

Odwołujący Naprzód Service sp. z o.o. oraz JOL-MARK sp. z o.o. odwołaniem z dnia 23 lutego 2023 r. postawił zarzuty naruszenia przez Zamawiającego w prowadzonym przedmiotowym postępowaniu przepisu:

- 1) art. 255 pkt 3 Pzp poprzez unieważnienie postępowania, podczas gdy Zamawiający mógł i powinien zwiększyć kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia do oferty najniższą ceną
- 2) art. 260 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 255 pkt 3 w zw. z art. 8 Pzp w zw. z art. 6 Pzp przez zaniechanie uzasadnienia faktycznego decyzji o unieważnieniu postępowania w zakresie przesłanki braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty z najniższą ceną, co uniemożliwiło Odwołującemu poznanie okoliczności faktycznych uzasadniających podjęcie decyzji o unieważnieniu postępowania w zakresie braku możliwości zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia, a pośrednio świadczy również o braku podjęcia działań mających na celu zwiększenie ww. kwoty warunkujących możliwość unieważnienia postępowania.

Podnosząc powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania oraz podjęcie wszelkich czynności w celu pozyskania środków na zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia i zwiększenie tej kwoty do ceny oferty Odwołującego lub w przypadku braku możliwości zwiększenia tej kwoty, wskazanie w informacji o unieważnieniu postępowania uzasadnienia faktycznego w tym zakresie, tak by możliwa była weryfikacja prawidłowości podjętych przez Zamawiającego czynności oraz o dokonanie czynności badania i oceny ofert oraz o dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający stwierdza, że wniesione odwołanie jest dalece nietrafne i winno być oddalone w całości.

Podnieść należy, że art. 255 pkt 3 ustawy PZP wyraźnie wskazuje na możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Zatem ustawodawca decyzję w tym zakresie pozostawił wyłącznie Zamawiającemu. Wskazany powyżej przepis nie nakłada na Zamawiającego obowiązku zwiększenia kwoty przeznaczonej na

sfinansowanie zamówienia, ani też nie umożliwia Wykonawcy badania rzeczywistych możliwości finansowych Zamawiającego. Wprost przeciwnie ustawa Pzp określa „chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty”, mówi o wyjątku, którego nie można interpretować rozszerzająco, aż do ustanawiania reguły, że w każdym przypadku Zamawiający powinien podejmować próbę zwiększenia kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Na potwierdzenie swojego stanowiska Zamawiający wskazuje na orzecznictwo potwierdzające jego twierdzenia. (vide: wyroki KIO o sygnaturach: KIO 392/14, KIO 2300/15, KIO 1384/16, KIO 1401/16, KIO 1402/16, KIO104/16, KIO 1413/16)


Dalej podnieść należy, że ewentualne zwiększenie kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem Zamawiającego. Jak podkreślał Zamawiający, decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający podejmuje w pewnych, określonych warunkach rynkowych i w granicach wyznaczonych przez siebie możliwości finansowych, do jakich realizacja danego zamówienia publicznego jest dla niego opłacalna. Zamawiający ma zatem pełną autonomię, co do podjęcia decyzji o poszukiwaniu dodatkowych środków na realizację zamówienia (vide: wyrok KIO z 22.01.2019 r. sygn. akt KIO 2608/18). Ewentualne zmiany, co do możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia są czynnościami leżącymi po stronie Zamawiającego i w zależności od jego statusu prawnego podlegają jego własnej decyzji. Ponadto, ustawodawca nie nakłada na Zamawiającego szczególnego ciężaru dowodowego, zwłaszcza przedstawiania dowodów na okoliczność podjęcia prób pozyskania dodatkowych środków, czy dodatkowych źródeł finansowania zamówienia jako warunku skutecznego podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania na tej podstawie. Nie znajduje oparcia w przepisach prawa badanie budżetu Zamawiającego, nakazywanie dokonania mu jakichkolwiek przesunięć w budżecie, dokonania jednych zakupów kosztem drugich albo nakazywanie wydania na dane zamówienie kwoty, którą zamierzał wydać na inne zamówienie. To Zamawiający, nie Wykonawca, ponosi wyłączną odpowiedzialność za gospodarowanie środkami publicznymi w sposób celowy i oszczędny, i skoro według jego oceny nie ma obecnie możliwości zwiększenia środków na realizację zamówienia, to nie można mu robić z tego powodu zarzutu. Niezasadny jest zarzut Odwołującego, naruszenia przez Zamawiającego art. 260 ust. 1 PZP, gdyż Zamawiający podał uzasadnienie faktyczne i prawne okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania, jednocześnie informując wszystkich uczestników postępowania o unieważnieniu postępowania, wskazał okoliczności, które w jego ocenie uzasadniały konieczność unieważnienia postępowania w zakresie, do którego był zobowiązany, czym wypełnił obowiązek informacyjny wynikający z art. 260 ustawy PZP. Informacje przekazane przez Zamawiającego - wbrew twierdzeniom Odwołującego - są jednoznaczne i klarowne, wskazują na okoliczności, którymi kierował się Zamawiający przy podjęciu decyzji o unieważnieniu postępowania. Ewentualne zwiększenie kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na

sfinansowanie zamówienia do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego (vide: wyrok KIO z 14 marca 2014 r., KIO 392/14 oraz wyrok KIO z 16 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1413/16). Dodać należy, iż Zamawiający ma pełną autonomię, co do podjęcia decyzji o poszukiwaniu dodatkowych środków na realizację zamówienia. Odmowa zwiększenia kwoty nie może stanowić podstawy jakichkolwiek roszczeń i nie stanowi uzasadnionej podstawy do kwestionowania czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania (vide: wyrok KIO z 22.01.2019 r. sygn. akt KIO 2608/18).

Wobec tak przyjętej interpretacji powyższego przepisu nie można również uznać, że na Zamawiającym ciąży jakiś podwyższony rygor dowodowy uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania na tej podstawie. Skoro decyzja o zwiększeniu kwoty jest suwerenną decyzją Zamawiającego, a Wykonawca nie może badać jego rzeczywistych możliwości finansowych, dla uzasadnienia dokonania czynności unieważnienia wystarczającym jest powołanie się na okoliczności, o którym mowa w przepisie art. 255 pkt 3 ustawy PZP, tj. na wysokość kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz kwoty jaka została wskazana w ofercie Wykonawcy najkorzystniejszego lub wykonawcy z najniższą ceną. Proste porównanie tych kwot wraz z informacją, że Zamawiający nie podjął decyzji w przedmiocie zwiększenia kwoty jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, jest zdaniem Zamawiającego wystarczającym uzasadnieniem dokonania tej czynności (wyrok KIO z 26.10.2022 r. sygn. akt KIO 2671/22).

W świetle powyższego również niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 6 KC.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający wnosi jak w *petitum* odpowiedzi na odwołanie.

DYREKTOR
Domu Pomocy Społecznej w Szczutowie

mgr Maria Grażyna Topolewska

.....
Podpis Zamawiającego