

**WYROK**

**z dnia 20 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 listopada 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **9 listopada 2012 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **1 AVR Sp. z o.o. (lider) ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków; 2. AVR S.p.A. Via Francesco Tensi 116, 00-133 Rzym (Włochy)**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Miasta Nowy Sącz, Rynek 1, 33 - 300 Nowy Sącz,**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gminę Miasta Nowy Sącz, Rynek 1, 33 - 300 Nowy Sącz,**
  - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: 1 AVR Sp. z o.o. (lider) ul. Józefa Dietla 93/4 31-031 Kraków 2. AVR S.p.A. Via Francesco Tensi 116, 00-133 Rzym tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Miasta Nowy Sącz Rynek 1, 33 - 300 Nowy Sącz na rzecz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: 1. 1 AVR Sp. z o.o. (lider) ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków; 2.**

**AVR S.p.A. Via Francesco Tensi 116, 00-133 Rzym** kwotę **15 000,00 zł**, (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Nowym Sączu**.

**Przewodniczący:**

.....

### Uzasadnienie:

W postępowaniu prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na „Utrzymanie terenów zieleni miejskiej Nowego Sącza” (Dz. Urz. UE z dnia 24.08.2012 r., Nr 2011/S 162 -27149), w dniu 9 listopada 2012 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez konsorcjum firm: 1. AVR Sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Krakowie 2. AVR S.p.A. z siedzibą w Rzymie, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 30 października 2012 roku za pośrednictwem faksu o unieważnieniu postępowania.

Wobec podjętych czynności:

- unieważnienia postępowania w oparciu o treść art. 93 ust 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp
- oraz zaniechania wyboru w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Gminie Miasta Nowy Sącz naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”, tj.:

1. art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez błędną jego wykładnię i zastosowanie, a także powołanie się na przesłankę „interesu publicznego”, jako tę, która sanuje nieuzasadnione unieważnienie przedmiotowego postępowania,

2. art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez błędną jego wykładnię i zastosowanie, nieuprawnione powołanie się na fakt zaistnienia w trakcie postępowania wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy, a w konsekwencji nieuzasadnione unieważnienie przedmiotowego postępowania,

3. art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty odwołującego na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu przedmiotowego postępowania w oparciu o treść art. 93 ust 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp,

2) wyboru w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum AVR Sp. z o.o. i AVR S.p.A.

W uzasadnieniu zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że pismem z dnia 30 października 2012 r. zatytułowanym „Informacja o unieważnieniu postępowania” zamawiający, tj. Gmina Miasta Nowy Sącz, poinformował o unieważnieniu postępowania, opierając swoją decyzję na postanowieniach art. 93 ust 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, iż w trakcie prowadzonego postępowania wystąpiła „istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć” oraz że „postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Jako główne faktyczne powody swojej decyzji zamawiający podał:

I. Brak załącznika do wzorca umowy, który określałby rodzaj, częstotliwość i sposób wykonania umowy.

II. Inwentaryzację zieleni przeprowadzoną w mieście Nowy Sącz na wniosek Zastępcy Prezydenta Miasta z dnia 11.10.2012 r., która wykazała istnienie nowych, nie „zinwentaryzowanych” dotychczas terenów, nie uwzględnianych podczas przygotowywania przetargu w maju 2012 r. oraz prac Rady Miasta z miesiąca lipca 2012 r., co w konsekwencji miałyby w ocenie zamawiającego zwiększyć powierzchnię terenów „zielonych” do utrzymania i wartość szacunkową usługi.

III. Błąd członka komisji przetargowej, który podczas czynności otwarcia ofert w dniu 3.10.2012 r. podał omyłkowo błędną kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, co w ocenie zamawiającego mogłoby „wywrzeć wpływ na ocenę ofert, do czego zamawiający przyznając się do błędu nie może dopuścić”.

Odnosząc się do poszczególnych kwestii, odwołujący stwierdził iż: zamawiający w piśmie z dnia 30.10.2012 r. wskazał, iż „nie dołączył” do wzorca umowy, stanowiącej załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia załącznika, który określałby rodzaj, częstotliwość i sposób jej wykonania. Jak dalej stwierdził, załączniki nr 1 - 18 do specyfikacji „nie mogą stanowić załącznika nr 1 do umowy, o którym mowa wyżej choćby dlatego, że nie zostały one przywołane we wzorcu umowy jako załączniki do umowy. Wobec tego wykonawcy nie znali treści wzorca umowy w całości - a więc ich akceptacja złożona na podstawie Rozdziału XVII specyfikacji nie mogła odnosić się do całości umowy, a jedynie części nie obejmującej załącznika co skutkować by miało w ocenie zamawiającego powstaniem „niemożliwych do usunięcia wad uniemożliwiających zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Na wstępie odwołujący podnosił, iż błędnym jest twierdzenie zamawiającego jakoby brak załącznika nr 1 do umowy legitymował go do unieważnienia postępowania w oparciu o treść art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp, albowiem jak podnosi zamawiający, pozostawienie

stanu faktycznego jak ten stanowiący podstawę do unieważnienia postępowania skutkowałby tym, że trzeba „domniemywać”, „zmieniać” czy „uszczegóławiać” umowę”. Załączniki do specyfikacji oznaczone numerami 1-18 zawierają wszystkie szczegółowe informacje dotyczące zarówno rodzaju prac, które wykonawca musi wykonać, ich zakresu, częstotliwości i powierzchni, którą usługa obejmuje. Przykładowo w załączniku 1 nazwanym przez zamawiającego „Zakres koszenia zieleńców” usługa obejmuje następujące tereny: parki, place, ciągi uliczne, tereny miejskie sąsiadujące z nieruchomościami niezabudowanymi, zieleń nie urządzoną, skarpy, pobocza drogowe. W każdej z tych kategorii zamawiający wskazał w odpowiednich rubrykach, precyzyjnie i w sposób nie budzący dla potencjalnego wykonawcy wątpliwości: powierzchnię terenu wyrażoną w hektarach, częstotliwość koszenia w sezonie wegetacyjnym i łączną powierzchnię koszenia, stanowiącą iloczyn poprzednich rubryk, co znalazło odzwierciedlenie w ofertach wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy nie mieli problemów z obliczeniem cen za usługę „utrzymania terenów zieleni miejskiej Nowego Sącza” wg wytycznych zawartych w Rozdziale XIII SIWZ. Dodatkowo, w finalnej części załącznika nr 1 zamawiający wskazał inne istotne elementy związane z realizacją niniejszej usługi. W ten sposób, nie budzący żadnych wątpliwości u wykonawców, został przedstawiony pełen zakres prac związanych z usługą „Utrzymanie terenów zieleni miejskiej Nowego Sącza”, również w pozostałych załącznikach oznaczonych numerami 2-18. Fakt, że zamawiający jak twierdzi nie przygotował odrębnego załącznika do umowy i nie załączył go do wzorca umowy dołączonego do SIWZ - (w uzasadnieniu do unieważnienia nazywanym „załącznikiem nr 1”) nie świadczy o tym, iż jego treści nie mogłyby wspólnie stanowić załączniki 1 - 18, które precyzyjnie wpisują się w zakres wspomnianego, a nie stworzonego „załącznika nr 1”. Tym samym, w ocenie odwołującego nie mamy w przedmiotowym stanie faktycznym do czynienia z sytuacją nieusuwalną i na tyle istotną, że niemożliwym jest zawarcie ważnej umowy. Dla unieważnienia postępowania w oparciu o przesłankę zawartą w art. 96 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp, na który powołuje się zamawiający, koniecznym jest również, co wskazuje wyraźnie orzecznictwo, wykazanie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy (UZP/ZO/0-1564/05). Tymczasem, w stanie faktycznym leżącym u podstaw niniejszego odwołania zamawiający zdawkowo wskazał, że „ Wykonawcy nie znali treści wzorca umowy w całości - a więc ich akceptacja złożona na podstawie Rozdziału XVII specyfikacji nie mogła odnosić się do całości umowy, a jedynie do jej części nie obejmującej załączniki. Przyjmując tok rozumowania zamawiającego zawarty w tej części pisma unieważniającego postępowanie, normą w obrocie stałoby się unieważnianie postępowań przez zamawiających w oparciu o treść art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp z użyciem podobnej argumentacji, w sytuacjach gdy najkorzystniejsze oferty składane będą przez podmioty, którym z jakichkolwiek przyczyn zamawiający chciałby utrudnić lub wręcz uniemożliwić

wygraną, albowiem każdorazowo można byłoby stwierdzać brak potencjalnie niezbędnego „załącznika” lub innego elementu umowy.

Za konieczne uznał odwołujący stwierdzenie, że unieważnienie postępowania w oparciu o treść art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp może nastąpić wówczas, gdy występuje wada, ale jak twierdzą komentatorzy „nie może to być jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie” („Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz” - Jerzy Pieróg, CH Beck Warszawa 2012). Odwołujący zauważył, że skoro nie może to być wada „jakakolwiek”, to a *contrario* winna to być wada „istotna”, „szczególna”, która uniemożliwia w przyszłości zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Katalog zaś takich wad, skutkujących unieważnieniem umowy ustawodawca przewidział w art. 146 ustawy Pzp. *„Wadą w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. jest nieusuwalna wada samego postępowania, która wywarłaby tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powodowałaby jej bezwzględną nieważność”* (wyrok z 1.03.2007 r. UZP/ZO/0-187/07). Odwołujący podkreślił, że instytucja unieważnienia postępowania zawarta w treści art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp winna być stosowana wyjątkowo i niewątpliwie nie może sanować błędów sprokrowanych w postępowaniu przez samego zamawiającego, zwłaszcza gdy ten może je usunąć w inny sposób, dbając jednocześnie przy tym o ekonomię, szybkość postępowania i równe traktowanie wykonawców. Podsumowując powyższe, odwołujący wskazał na wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 210/10), że: *„nadużycie instytucji unieważnienia (w oparciu o treść art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy pzp) postępowania przez Zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszakże sam fakt ogłoszenia postępowania lub przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert i złożenie w danym postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu przez wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu z postępowania powinno poskutkować zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie, ze względu na podstawę unieważnienia przedmiotowego postępowania, istotne jest wskazanie, iż wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji błędów i zaniedbań zamawiającego, zaś w przypadku ich wystąpienia winny być one każdorazowo odczytywane i interpretowane na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ”*

Odnosząc się do kolejnej kwestii, stanowiącej w ocenie zamawiającego przesłankę do unieważnienia postępowania, a więc zaistnienie przesłanek opisanych w art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp odwołujący stwierdził, co następuje.

Przywołana w piśmie z dnia 30.10.2012 r. przez zamawiającego norma, uzasadnia unieważnienie postępowania w przypadku, gdy „wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie

publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć". Odwołujący zwracał uwagę, że powstała zmiana musi być „istotna”, a co za tym idzie „nagła”, „zaskakująca”, trudna czy wręcz „niemożliwa” do przewidzenia”. Wreszcie, co istotne zmiana powinna dotyczyć „interesu publicznego”.

Na wstępie nadmienił, że na usługę stanowiącą przedmiot postępowania, Gmina Miasto Nowy Sącz rozpisuje postępowanie przetargowe od kilku lat, w związku z powyższym nie jest ona dla zamawiającego zagadnieniem nowym, które mogłoby go zaskakiwać w sposób nieprzewidywany, również co należy zauważyć, ze względu na przedmiot i zakres usługi. Zamawiający w swoim piśmie z dnia 30 października 2012 r. podnosił, iż jedną z przyczyn unieważnienia postępowania było pojawienie się zapotrzebowania na utrzymywanie dodatkowych terenów zielonych nie uwzględnionych podczas przygotowywania przedmiotowego postępowania. Odwołujący zwracał uwagę, że zamawiający, co zresztą sam przyznał, zbierał stosowną dokumentację do postępowania przetargowego przynajmniej od miesiąca maja 2012 r., kiedy to dokonał wstępnego oszacowania zakresu zamówienia, celem przedłożenia go Radzie Miasta. Ta, 31 lipca 2012 roku, podjęła uchwałę nr XXXIII/311/2012 w sprawie zmian do wieloletniej prognozy finansowej Miasta Nowego Sącza, w której określiła środki planowane do wydatkowania w niniejszym postępowaniu. Odwołujący zauważył, iż nikt do momentu ogłoszenia przetargu, a nawet otwarcia ofert w dniu 3 października 2012 r. nie kwestionował dokonanych szacunków i powierzchni terenów dotyczących przedmiotowego postępowania. Dopiero po otwarciu ofert, a konkretnie po złożeniu najkorzystniejszej oferty przez odwołującego, zamawiający zdecydował się - pismem Wiceprezydenta Miasta Nowy Sącz w dniu 11.10.2012 r. - na inwentaryzację zieleni w mieście, w wyniku której ustalono, iż poprzednie szacunki są niewłaściwe, bo nie obejmujące wszystkich „terenów zielonych”, a rozstrzygnięcie przetargu na takich warunkach naruszałoby „interes publiczny”.

W ocenie odwołującego trudno uznać by przedstawiona sekwencja zdarzeń, wypełniała dyspozycję przepisu w art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp. Poza dyskusją również jest to, że w opisywanym stanie faktycznym nie można mówić, iż „zmiany”, bądź „zmiana” okoliczności, która uzasadniałaby zastosowanie wspomnianej normy nastąpiła „nagle”, „niespodziewanie”, a już niewątpliwie nie była „niemożliwa do przewidzenia”. Ponownie podkreślił, że usługa utrzymywania zieleni w mieście Nowy Sącz realizowana jest od kilku lat i zakres tej czynności powinien być zamawiającemu doskonale znany, a sam odwołujący w trakcie przygotowywania oferty do przedmiotowego postępowania przeszedł podobne postępowania na terenie miasta Nowy Sącz w latach 2003, 2006 i 2009. Zamawiający podał w swym piśmie, że dokonywał szacunków do postępowania już w maju roku 2012 r., a temat przetargu pojawił się również podczas obrad Rady Miasta w dniu 31 lipca 2012 roku. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami do niej została

zaakceptowana przez Wiceprezydenta Nowego Sącza, który następnie, przeszło tydzień po otwarciu ofert, zlecił inwentaryzację zieleni w mieście, w wyniku czego wykazano zupełnie inne niż pierwotnie szacunki leżące u podstaw unieważnienia postępowania. Na podstawie przedstawionych faktów, zdaniem odwołującego, nie sposób więc przyjąć, że okoliczności na które powołuje się zamawiający można by uznać za „nagle” czy „niemożliwe do przewidzenia”. Przygotowanie postępowania, oszacowanie jego wartości, czy sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia to długi proces, w którym bierze udział kierownik zamawiającego i powołani do pełnienia funkcji członków komisji jego pracownicy. Dlatego też, zarówno na etapie prac, o których zamawiający wspomina w swym piśmie, a toczących się na przestrzeni maja i lipca, a także potem, już bezpośrednio przed wszczęciem postępowania należało zweryfikować zarówno powierzchnię terenów zielonych jak i kwoty, które należy przeznaczyć na to zadanie. Brak takich działań świadczy między innymi o tym, że przedstawiona sytuacja nie nosi znamion „nagłej”, a powstałe w jej efekcie uchybienia nie były okolicznościami, których „nie można było przewidzieć”. Odwołujący stwierdził, że zamawiający sam przyczynił się do powstania takiej sytuacji. Przytoczył więc orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 11 stycznia 2008 r. stwierdziła: *„Sformułowanie przepisu art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że istotna zmiana okoliczności musi powodować po pierwsze utratę interesu publicznego do realizacji zamówienia, a po drugie zmiany tych okoliczności nie było można przewidzieć, czyli powinny wystąpić zdarzenia nadzwyczajne, nieoczekiwane, na które zamawiający nie ma wpływu. Błędy w ilości przyjętych materiałów są wynikiem błędu osoby sporządzającej przedmiar robót na podstawie przedłożonej tej osobie dokumentacji wykonawczej. Jest to błąd, który należy zakwalifikować do braku należytej staranności spowodowanej nieuwagą ludzką, a nie jakimkolwiek zdarzeniem, którego nie można było przewidzieć”* (KIO/UZP 54/07), a tym samym *„błąd osoby przygotowującej siwz dotyczy tego postępowania od samego początku, a zatem nie może być uznany za nową okoliczność, jaka wystąpiła w toku postępowania”* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2010 r. Sygn. akt KIO/UZP 398/09). Dla uzasadnienia stawianych tez odwołujący przytoczył orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia z dnia 21 kwietnia 2011 r. stwierdziła, iż *„Okolicznościami uzasadniającymi unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. nie mogą być sytuacje, które mają swoje źródło w błędnych decyzjach Zamawiającego podjętych w toku postępowania, za które ponosi on odpowiedzialność, w szczególności gdy wynika to z braku dochowania należytej staranności w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyczyną unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. mogą być jedynie sytuacje wynikające ze zmiany okoliczności, do których z całą stanowczością nie można zaliczyć błędów popełnionych przez Zamawiającego w fazie przygotowania postępowania. Należy pamiętać, że to*



*Zamawiający odpowiedzialny jest za właściwe, racjonalne, rzetelne oraz sprawne przeprowadzenie postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego jako gwarancji uzyskania w jego toku jak najlepszego wyniku i ciężaru niniejszego w żaden sposób nie może on przerzucać na wykonawców (Sygn. akt. KIO/734/11)."*

Odnosząc się natomiast do kwestii ochrony „interesu publicznego”, którego naruszenie stanowi jedną z przesłanek uzasadniających zastosowanie art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp, odwołujący wyraził wątpliwość czy taka sytuacja zachodzi w opisanym stanie faktycznym. Zamawiający zauważył, iż „wykonanie tego zamówienia w zakresie wyłącznie przewidzianym w specyfikacji nie leży w interesie publicznym, bowiem usługą utrzymania zieleni na terenie Miasta Nowego Sącza mają być objęte wszystkie tereny zielone”. Abstrahując od faktycznego występowania w tym przypadku „interesu publicznego”, zwrócił uwagę, że to zamawiający jest autorem specyfikacji, którą uważa za niedostateczną w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym raz jeszcze stwierdził za wyrokiem cytowanym powyżej, że to zamawiający jest odpowiedzialny za rzetelne, właściwe i sprawne przygotowanie postępowania i nie może zrzucić odpowiedzialności za własne błędy na wykonawcę. Tym samym, za niezgodne z przepisami ustawy Pzp uznał „karanie” unieważnieniem postępowania przez zamawiającego odwołującego, za błędy, do powstania których ten ostatni nie przyczynił się.

Za kolejną istotną sprawę poczytał zagadnienie już podniesione w niniejszym odwołaniu, a związane z definiowaniem pojęcia „interesu publicznego”. Odwołujący nie zgodził się z takim pojmowaniem, jak chce zamawiający. Dla oddania sensu tego pojęcia, które należy do tzw. klauzul generalnych odwołał się do orzecznictwa: *„Interes publiczny winien być oceniany z uwzględnieniem sytuacji finansowej państwa i uwarunkowanej nią możliwości realizacji przedsięwzięć. Interes publiczny wyraża się przede wszystkim w bezpieczeństwie finansowym państwa, którego zachwianie powodować będzie zagrożenie wykonania obowiązków ciążących na państwie z mocy ustaw - wypłaty świadczeń socjalnych, finansowania świadczeń zdrowotnych oraz świadczenia innych usług”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 606/11). *„Interes publiczny, o którym mowa w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., nie może być utożsamiany z interesem zamawiającego. Jeśli Zamawiający przyznał, że błędnie wycenił przedmiot zamówienia przez rozeznanie rynku i nie leży w jego interesie zawarcie umowy z cenami przewyższającymi występujące na rynku, to przyjmując należy, iż nie może być mowy o naruszeniu interesu publicznego,”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 kwietnia 2010 r. sygn. akt. KIO/UZP 512/10); *„Interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem zamawiającego. W każdym przypadku zamawiający ma obowiązek wskazać o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień wykonawców. Zarówno istnienie takiego interesu, jak i*

*jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym przypadku interesu publicznego nad interes indywidualny podlegać muszą zawsze wnikliwej kontroli*" (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 28 stycznia 2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-143/05). „*Interes publiczny nie musi być tożsamy z interesem zamawiającego, ponadto nie zawsze interes publiczny musi przeważać nad interesem indywidualnym. Aby taka sytuacja miała miejsce, interes publiczny musi być na tyle istotny, że niezbędne jest jego postawienie przed indywidualnym interesem uczestników postępowania*” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 398/09). „*Nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym, a brakiem środków na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia*” (Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 10 lipca 2002 r. (V Ca 960/02).

Bazując na przytoczonych wyrokach, odwołujący wykazywał elementy wspólne dla pojęcia „interesu publicznego”, które umożliwiają jego „opisanie”. „Interes publiczny” nie może być więc utożsamiany z interesem zamawiającego, a poświęcenie „interesu indywidualnego”, a więc interesu wykonawcy nie może wynikać z błędów, czy też nierzetelnego przygotowania postępowania przez zamawiającego. „Interes publiczny” musi być wreszcie istotny.

Istotnej zmiany okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, uzasadniającej unieważnienie postępowania nie może stanowić np. wzrastające bezrobocie na terenie gminy, powiatu lub województwa. Naruszeniem interesu publicznego nie będą także zdarzenia powstałe wskutek niedbalstwa zamawiającego. Zamawiający musi także wykazać, że przy zachowaniu należytej staranności nie mógł wcześniej przewidzieć istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

W oparciu o te przytoczone elementy, odwołujący nie zgodził się z argumentacją zamawiającego, który podkreślał, iż wykonanie zamówienia w zakresie określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, sporządzonej przez niego, nie będzie leżeć w interesie publicznym, gdyż nie będzie uwzględniać utrzymania części „terenów zielonych” występujących w Mieście Nowy Sącz.

Ostatnią kwestią, do której odniósł się odwołujący było rzekome podanie przez zamawiającego podczas otwarcia ofert błędnej kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, co w ocenie zamawiającego mogłoby „wywrzeć wpływ na ocenę ofert, do czego zamawiający przyznając się do błędu nie może dopuścić”. Odwołujący oświadczył, iż był obecny podczas otwarcia ofert w siedzibie zamawiającego w dniu 3 października 2012 r., co potwierdza lista obecności wykonawców i nie zauważył jakiegokolwiek błędu w pracy komisji, która uczyniła zadość wymogom zawartym w art. 86 ustawy Pzp. Niemniej jednak wskazał, iż

ewentualna podstawa do unieważnienia postępowania wystąpiłaby w sytuacji, gdyby środki posiadane przez zamawiającego nie wystarczały na realizację zamówienia, a nie jak oświadczył zamawiający „podana kwota była omyłkowo niższa.” Zakładając, że stwierdzenie zamawiającego jest prawdziwe, to fakt ten w żaden sposób nie wpłynął na stosunek ceny zaproponowanej przez konsorcjum firm AVR Sp. z o.o. i AVR S.p.A do tej podanej przez zamawiającego „błędnej kwoty, którą on sam zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia” i tym samym nie daje podstaw do unieważnienia postępowania. Także szacunkowa wartość zamówienia nie ma żadnego wpływu na ocenę prawną i faktyczną możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na powyższą przesłankę. W sytuacji gdy cena najkorzystniejszej oferty przekracza szacunkową wartość zamówienia, ale jednocześnie nie przekracza wysokości kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie ma podstaw do unieważnienia postępowania.

Reasumując powyższe rozważania i cytowane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem, iż omyłkowe podanie ustnie, kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, mogłoby w jakikolwiek sposób usprawiedliwiać unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 6 lub 7 ustawy Pzp. Odwołujący też nie znalazł uzasadnienia dla słuszności twierdzenia jakoby sytuacja sygnalizowana przez zamawiającego mogłaby w jakikolwiek sposób „wywrzeć wpływ na ocenę ofert”.

Odwołujący podkreślał ponadto, iż posiada interes prawny do wniesienia środków ochrony prawnej w przedmiotowym postępowaniu, stosownie do brzmienia art. 179 ust 1 ustawy Pzp, albowiem czynność zamawiającego, narusza interes konsorcjum AVR Sp. z o.o. i AVR S.p.A, które działając w oparciu o treść przepisu art. 23 ust 1 ustawy Pzp, wspólnie złożyło w dniu 3.10.2012 r. najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu i przez unieważnienie postępowania zostałyby pozbawione szans na jego realizację.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 9 listopada 2012 r., do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W odpowiedzi na odwołanie złożonej 15 listopada 2012 r. zamawiający wnosił o:

I. odrzucenie odwołania z uwagi na fakt, że konsorcjum AVR nie wykazało interesu prawnego we wniesieniu odwołania, albowiem gdyby nie doszło do kwestionowanego unieważnienia postępowania przetargowego to odwołujący się AVR podlegałby wykluczeniu z postępowania, zaś jego oferta podlegałaby odrzuceniu.

Względnie,

II. o oddalenie odwołania z uwagi na fakt, że jego zarzuty są bezzasadne, ewentualnie

III. w przypadku nakazania dalszego prowadzenia postępowania o potwierdzenie

przeszanek nakazujących wykluczenie konsorcjum AVR z postępowania, a to na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wobec niespełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale VI pkt 2. 2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dla uzasadnienia swoich żądań zamawiający przedstawił poniższą argumentację.

*„Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Tymczasem w stanie faktycznym niniejszej sprawy unieważnienie przetargu w żaden sposób nie wpłynęło, ani nie mogło negatywnie wpłynąć na sferę majątkową konsorcjum AVR i każdej z firm AVR, mając na uwadze fakt, że w przypadku nie podjęcia przez Zamawiającego takiej decyzji odwołujący podlegałby wykluczeniu, zaś jego oferta podlegałaby odrzuceniu, co potwierdzili biegli powołani do oceny stanowiska Komisji Przetargowej w piśmie z dnia 26.10.2012 r. Oznacza to więc, że konsorcjum AVR, ani każda z firm AVR tworzących konsorcjum, w wyniku podjęcia przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu przetargu nie poniosło i nie mogło ponieść jakiegokolwiek szkody, a co więcej - dzięki niej odniosło korzyść, polegającą na możliwości ponownego ubiegania się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Uczestnicy postępowania, w tym też odwołujący się, muszą mieć na uwadze zapis Rozdziału VI pkt 6. SIWZ, gdzie Zamawiający jednoznacznie stwierdził, że „ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonana według formuły: spełnia - nie spełnia”.*

*Teza uzasadniająca przyczyny odrzucenia oferty konsorcjum AVR jest uzasadniona ze względu na fakt, iż oferta AVR nie spełniała warunku określonego w Rozdziale VI pkt 2.1. SIWZ, dotyczącego posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia. W złożonej ofercie (str. 28-46) AVR oświadczyło bowiem, że w okresie ostatnich trzech latach wykonało dwie usługi, które - w ocenie tego konsorcjum - odpowiadały swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, a tym samym wykazywały spełnienie ww. warunku. Analiza dostarczonych przez AVR dokumentów przeczy jednak prawdziwości tego oświadczenia.*

*Pierwsza ze wskazanych usług, polegająca na świadczeniu usług utrzymania zieleni na terenie należącym do Krajowego Instytutu Fizyki Nuklearnej - Krajowego Laboratorium we Frascati, realizowana w okresie trzyletnim począwszy od 22 lipca 2009 r. do 21 lipca 2012 r. za wynagrodzeniem w łącznej wysokości 887.449,31 zł brutto (a więc należnym za cały okres trwania umowy), nie spełnia bowiem warunku „wartości min. 500.000,00 zł brutto rocznie” (pkt 2.1. lit. a). Zakres czynności wykonywanych w ramach tej usługi nie obejmował też czynności, polegających na „wykonaniu ukształtowania i rekultywacji terenu wraz z zielenią i małą architekturą”, których jednorazowe wykonanie za ww. kwotę min. 500.000,00 zł było alternatywnym sposobem wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie niezbędnym do ubiegania się o niniejsze zamówienie publiczne (Rozdział VI pkt 2.1. lit. a).*

Druga ze wskazanych usług, polegająca na świadczeniu usługi „global service w zakresie zarządzania i utrzymania czystości części sieci drogowej należącej do Powiatu Florencia”, obejmującej swoim zakresem m.in. „zarządzanie terenami zieleni”, również nie spełnia kryteriów określonych w SIWZ. Należy bowiem w pierwszym rzędzie zauważyć, iż w piśmie Dyrektora działu ds. Przejedności Dróg Powiatu Florencia pojęcie „zarządzanie terenami zieleni” nie zostało nigdzie opisane tak jak tego wymagał Zamawiający w SIWZ, zaś przypis tłumacza pod tabelą (str. 31 oferty) należy uznać wyłącznie za wytwór jego wyobraźni. Tym samym brak jest podstaw do uznania, że wykonywanie takiej usługi jaką jest zarządzanie i utrzymanie czystości części sieci drogowej przez AVR z Rzymu jest tożsame z wykonywaniem „usługi polegającej na utrzymaniu i pielęgnacji zieleni”, czy też „usługi polegającej na wykonaniu ukształtowania i rekultywacji terenu wraz z zielenią i małą architekturą”. Tezę tę jednoznacznie potwierdza treść odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na „Pytanie Wykonawcy” w dniu 14 września 2012 r. [nr pisma: BPM.ZZP.271.616.2012], w którym stwierdzono, że wykonywanie usługi sprzątania pasów drogowych na całej szerokości, obejmującą również zieleńce, nie spełnia kryteriów określonych w Rozdziale VI pkt 2 2.1. lit. a i b SIWZ, albowiem zapis specyfikacji odnosi się wprost po wyjaśnieniu do utrzymania terenów zieleni miejskiej (vide: wyjaśnienia do SIWZ z 14.09.2012 r.).

Ponadto, w przedłożonym przez AVR oświadczeniu, przygotowanym na wzorze stanowiącym załącznik nr 21 do SIWZ (str. 28 oferty), wskazano łączną wartość usług świadczonych przez konsorcjum współtworzone przez AVR S.p.A. od października 2004 r. do lutego 2012 r., a więc przez okres niemal 8 lat, podczas gdy postanowienie Rozdziału VI pkt 2.1. lit. a SIWZ wyraźnie ogranicza możliwość powoływania się na wykonane lub wykonywane usługi polegające na utrzymaniu i pielęgnacji zieleni z okresu „ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert” (a więc z okresu: październik 2009 - wrzesień 2012). Co więcej, wskazana w tym oświadczeniu kwota nie obejmuje wyłącznie należności z tytułu „zarządzania terenami zieleni”, ale obejmuje również inne należności za świadczenia realizowane w ramach usługi „global service”. Wyodrębnienie rocznej wartości usług świadczonych przez AVR S.p.A. w zakresie „zarządzania terenami zieleni” w okresie ostatnich trzech lat nie jest też możliwe w oparciu o pismo Dyrektora działu ds. Przejedności Dróg Powiatu Florencia z dnia 7 stycznia 2011 r. [Prot. Nr 0012573/2011], mając na uwadze, że pierwsza wymieniona w nim tabela nie wskazuje dokładnej daty, od której rozpoczyna się rok umowny „2009/2010”, a wskazane w niej dane mają charakter zbiorczy i nie umożliwiają wyodrębnienia usług „zarządzania terenami zieleni”, natomiast druga tabela nie wskazuje czasokresu, w którym uzyskano wskazaną w niej wartość świadczonych usług w zakresie zarządzania terenami zieleni.

Komisja Przetargowa po otwarciu ofert szczegółowo analizowała dokumentację

przetargową, w tym oferty, dochodząc do wniosku, iż w niniejszym stanie faktycznym nie zaistniałyby podstawy do wzywania AVR do uzupełnienia złożonej oferty w trybie art. 26 ust. 3 PZP. Wezwanie to uzasadnione jest bowiem wyłącznie w przypadkach, gdy oferenci:

- „nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1”,
- „złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy,”
- „nie złożyli pełnomocnictw”,
- „złożyli wadliwe pełnomocnictwa”.

Pierwsza z ww. przesłanek wzywania do uzupełnienia oferty nie ma zastosowania w niniejszej sprawie, gdyż oferta AVR zawierała wymagany przez Zamawiającego „Wykaz wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat usług (...)” wraz z załącznikami potwierdzającymi ich wykonanie. Nie ma zatem podstaw do twierdzenia, że AVR w wyniku przeoczenia przesłało do Zamawiającego niekompletną ofertę, a tylko w takim przypadku uzasadnione jest wzywanie do uzupełnienia braków oferty na podstawie pierwszej z ww. przesłanek.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy nie wystąpiła także druga z ww. przesłanek, albowiem brak jest podstaw do uznania, że oświadczenia i dokumenty złożone przez AVR są obarczone „błędami”. Należy przy tym wyjaśnić, że pojęcie „błędu” wobec braku autonomicznej definicji legalnej w przepisach PZP, na podstawie odesłania zawartego w art. 14 PZP winno być interpretowane analogicznie, jak pojęcie to, używane w przepisach Kodeksu cywilnego (np. art. 84), a więc jako sytuację, w której oferta zawiera treści wyrażone niezgodnie z rzeczywistością (a nie - niezgodnie z oczekiwaniami odbiorcy oferty), przy czym owa niezgodność jest dostrzegalna dla odbiorcy tej oferty. W stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający nie dostrzegł zaś zaistnienia takiej niezgodności, którą można byłoby uznać za błąd oferty. Powyższe stanowisko potwierdza teza zawarta w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22.09.2005 r. (sygn. V Ca 665/05), w którym stwierdzono, że "Przepis ten [art. 26 ust. 3] dotyczy sytuacji, gdy dokument nie został złożony bądź jego treść wzbudza wątpliwości zamawiającego, natomiast nie stosuje się go wówczas, gdy dokument został złożony, ale bezspornie nie spełnia warunków ustalonych przez zamawiającego."

Należy przy tym zaznaczyć, że - pojawiająca się w niektórych źródłach - teza dotycząca nieaktualności ww. wykładni ze względu na znowelizowane brzmienie ww. przepisu, jest nietrafna. Wedle tych źródeł, nowelizacja polegająca na dodaniu do art. 26 ust. 3 PZP w brzmieniu „Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych

przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert", miałyby przesądzać o tym, że przez „dokumenty i oświadczenia obarczone błędami” należy rozumieć dokumenty nie potwierdzające wymogów SIWZ. Z poglądem tym nie sposób się zgodzić w pierwszym rzędzie dlatego, że wprowadzenie ww. uregulowania w sposób oczywisty służy jedynie ograniczeniu możliwości wykorzystywania przez wykonawców instytucji wezwania do uzupełnienia braków i błędów oferty do przedłużania wyznaczonego terminu składania ofert. Powyższa wykładnia prowadziłaby też do absurdalnej tezy, że dokumenty i oświadczenia wykonawcy, które zostały sformułowane zgodnie z jego zamiarem oraz zgodnie z rzeczywistością, mogą być mimo to obarczone jego „błędem”. Konsekwentne stosowanie ww. wykładni prowadziłoby też do trudnych do zaakceptowania skutków w postaci niekończącego się wzywania wykonawców o uzupełnienie ofert w przypadku, w którym w odpowiedzi na poprzednie wezwanie przedstawialiby oni coraz to nowe dokumenty i oświadczenia, mające potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W świetle powyższego, zarzut sformułowany przez odwołującego się dotyczący rzekomego zaniechania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, i idący za tym zarzutem wniosek o nakazanie Zamawiającemu wyboru jego oferty, ma na celu uniknięcie wykluczenia odwołującego z postępowania w sytuacji, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nakazała prowadzenie postępowania. Zamawiający stwierdza, że nie dokonał wykluczenia odwołującego się z postępowania tylko dlatego, że zachowując zasady starannego, a więc i obiektywnego działania przy ocenie wszystkich dokumentów przetargowych, Komisja Przetargowa uznała, że wobec tego, iż to Zamawiający poprzez zaniechanie ważnej czynności jaką miało być załączenie do wzorca umowy koniecznego dla ważności umowy załącznika oraz poprzez konieczną zmianę zakresu przedmiotowego zamówienia, doprowadził w sposób niezawiniony do unieważnienia postępowania, nie powinien ograniczać możliwości udziału w ponownym postępowaniu któregokolwiek wykonawcy, a więc odwołującego się z powodu podanego wyżej i pozostałych dwóch wykonawców, których oferty byłyby zdyskwalifikowane gdyby Zamawiający nie przyznał się do tego, że jego pracownik podał przed otwarciem ofert kwotę niższą od rzeczywistej, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. Tak więc wbrew wyrażonej przez odwołującego się obawie o zachowanie równego traktowania stron postępowania, Zamawiający zachował w pełni tę zasadę i unieważniając postępowanie z przyczyn tkwiących po jego stronie, nie wyeliminował któregokolwiek z oferentów z ponownego ubiegania się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Niewątpliwie najdalej idącą decyzją w zakresie losów postępowania o zamówienie publiczne jest unieważnienie postępowania. Jeżeli więc Zamawiający nie unieważniłby postępowania z przyczyn tkwiących po jego stronie na podstawie stosownych przepisów PZP, to działając według przepisów ustawy PZP i zasad

określonych w SIWZ warunkujących udział wykonawcy w postępowaniu, musiałby wykluczyć odwołującego się z postępowania z przyczyn wcześniej podanych, to jest nie spełnienia przez odwołującego się warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale VI pkt 2 2.1 SIWZ. W tej sytuacji gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nakazała dalsze prowadzenie postępowania, to wobec niespełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale VI pkt 2 2.1 SIWZ powinna potwierdzić, że odwołujące się konsorcjum AVR podlega wykluczeniu z mocy ustawy, a na to na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP. W tej sytuacji wniosek Zamawiającego o potwierdzenie, że istnieją przesłanki, iż konsorcjum AVR podlega wykluczeniu jest w pełni uzasadniony ekonomiką postępowania.

Konsekwencje takiego stanu rzeczy jaki przedstawia odwołujący się w świetle powyższych wywodów muszą sprowadzać się do tego, iż postępowanie o przedmiotowe zamówienie publiczne byłoby unieważnione z powodów tkwiących po stronie wykonawców, a to wobec wykluczenia odwołującego się z postępowania i odrzucenia ofert pozostałych wykonawców z powodu przekroczenia przez nich deklarowanej przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na realizację Zamówienia. Ta okoliczność w świetle zarzutów podniesionych przez odwołującego się powinna być przedmiotem analizy Krajowej Izby Odwoławczej, która niezależnie od badania odwołania w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, bierze pod uwagę wszystkie okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania.

W każdym razie Zamawiający uważa, iż odwołujący się nie ma legitymacji do wniesienia odwołania.

## II. Oddalenie odwołania.

1. Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP).

Zamawiający ma obowiązek prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne w sposób rzetelny i na każdym etapie postępowania musi reagować na zauważone także własne błędy i uchybienia, które mają znaczenie w postępowaniu i mogą skutkować po jego zakończeniu.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP, koniecznym elementem SIWZ są „istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”. Jak słusznie stwierdziła KIO w wyroku z 19.09.2012 r. (sygn. KIO 1879/12, publ. LEX nr 1219737) „Koniec punktu art. 36 ust. 1 pkt 16 o treści: "jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia



publicznego na takich warunkach" odnosi się tylko do stwierdzenia zawartego po łączniku "albo" czyli do zawartego w SIWZ wzoru umowy." Ma to również swoje uzasadnienie w tym, iż spójnik „albo” oznacza alternatywę rozłączną. Konsekwentnie należy więc stwierdzić, że jeżeli Zamawiający zdecydował się na ustalenie w SIWZ wzoru umowy, to należy uznać go za wyłączny, całościowy i wyczerpujący opis łączącego strony stosunku zobowiązaniowego, obejmujący nie tylko istotne, ale również te mniej istotne postanowienia umowne.

Tymczasem w stanie faktycznym niniejszej sprawy okolicznością bezsporną jest, iż Zamawiający omyłkowo nie załączył do SIWZ załącznika nr 1 do wzoru umowy, o którym mowa w § 3 ust. 1 tego wzoru, który miał precyzować „zakres, rodzaj, częstotliwość oraz sposób wykonywania umowy” w formie ramowego planu. Brak tej wyraźnie przewidzianej części składowej wzorca umowy (ramowego planu - w formie załącznika) oznacza więc niewątpliwie pominięcie istotnych postanowień przyszłej umowy, która miałaby zostać zawarta przez Zamawiającego z wybranym oferentem. Zgodnie zaś z wykładnią prezentowaną w orzecznictwie KIO, „Pominięcie postanowień odnośnie do przyszłej umowy stanowi, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy (...)” (wyrok KIO z 19.09.2012 r., sygn. KIO 1879/12, publ. LEX nr 1219737). Także „Niedookreślenie przedmiotu późniejszej umowy nie jest wadą umowy, którą można usunąć później, ze względu na wynikającą ze specyfiki udzielania zamówień publicznych zasadę niezmienności przedmiotu zamówienia po upływie terminu składania ofert i wyrażony w art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych generalny zakaz zmiany umowy.” (wyrok KIO z 14.04.2008 r., sygn. KIO/UZP 276/08 i KIO/UZP 287/08, publ. LEX nr 409487). W tym kontekście nie można zgodzić się z zarzutem odwołania, iż na obecnym etapie postępowania przetargowego powyższy brak treściowy wzoru umowy nie stanowi istotnego problemu, mając na uwadze, że - jak twierdzi odwołujący - można byłoby go obecnie sformułować na podstawie danych, zawartych w załącznikach nr 1-18 do SIWZ. Należy podkreślić, że załączniki te odnoszą się wyłącznie do zapisu Rozdziału III pkt I i II. SIWZ.

Należy też zauważyć, że powyższy zarzut odwołującego się oparty jest w istocie na przypuszczeniu, a nie na wiedzy odwołującego na temat treści załącznika nr 1 do wzorca umowy. Odwołujący pomija bowiem w szczególności możliwość uszczegółowienia przez Zamawiającego w tym brakującym załączniku szeregu kwestii, nie ujętych w ogóle w załącznikach nr 1-18 SIWZ oraz w pozostałych postanowieniach wzoru umowy, w tym m.in. trybu przedstawiania wykonanych prac do odbioru oraz zasad przeprowadzania czynności odbiorowych.

Stwierdzić również trzeba, że twierdzenie odwołującego, iż „Przyjmując tok rozumowania Zamawiającego zawarty w tej części pisma unieważniającego postępowanie, normą w obrocie stałoby się unieważnianie postępowań przez Zamawiających (...) z użyciem

*podobnej argumentacji (...), albowiem każdorazowo można byłoby stwierdzać brak potencjalnie niezbędnego „załącznika” lub innego elementu umowy” (cyt.: str. 5 odwołania) jest całkowicie nietrafne, gdyż załącznik nr 1 jako element wzoru umowy, określający jej istotne postanowienia, nie jest nagłym wymysłem Zamawiającego, lecz był od samego początku w sposób wyraźny wskazany w § 3 „Projekt umowy Nr BPM. ZZZP.272. 616.2012”.*

*W tym kontekście trzeba też nadmienić, iż żaden z oferentów na odpowiednim etapie postępowania nie zwrócił uwagi Zamawiającego na ten oczywisty brak istotnych postanowień umownych. Gdyby tak się bowiem stało przed otwarciem ofert, załącznik nr 1 do „Projekt umowy Nr BPM.ZZZP.272.616.2012” zostałby niewątpliwie dołączony do dokumentacji przetargowej, co z kolei pociągałoby za sobą konieczność korekty ogłoszenia o zamówieniu i określenia nowego terminu do składania ofert.*

*Brak załącznika został zauważony przez Komisję Przetargową w toku postępowania przy sprawdzaniu ofert. Obowiązkiem Zamawiającego pomimo, iż przyczyna niezawiniona tkwi po jego stronie, było podjęcie decyzji unieważniającej postępowanie. Postępowanie przetargowe w tej sprawie prowadzi się po to, aby jego efektem było wyłonienie najtańszego wykonawcy, przy określeniu jednoznacznie czytelnych dla zamawiającego i wykonawcy reguł wykonywania zamówienia przez wybranego wykonawcę. Reguły te miały wyływać z umowy, której główne zasady realizacji określać miał załącznik do wzorca umowy a w tym przypadku tego załącznika przy projekcie umowy nie ma. Zgodnie z pkt VI. Rozdziału III SIWZ zamówienie ma być wykonane zgodnie z wzorcem umowy (a nie załączników do specyfikacji od 1-18), co powtarza Zamawiający także w Rozdziale XVII pkt. 1 wprost tam i tutaj stwierdzając, że „Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na warunkach jak we wzorze stanowiącym załącznik nr 19 do specyfikacji”, a więc nie dopuszcza innych ustaleń, które jak wynika z odwołania chciałby poczynić odwołujący po wyborze jego oferty na podstawie załączników 1-18 SIWZ. Wyraźnie więc Zamawiający wskazuje na to, że umowa będzie wykonywana zgodnie z wzorcem umowy stanowiącym załącznik nr 19 do specyfikacji, której integralną część miał stanowić załącznik, którego przy tym wzorcu umowy brak, co oczywiście dyskwalifikuje załącznik nr 19 do specyfikacji. Twierdzenie to wzmacnia zapis z Rozdziału XI pkt II. 4 SIWZ gdzie jednoznacznie stwierdzono, że „Pod uwagę będą brane oferty, które po przyjęciu doprowadzą do zawarcia ważnej i pozbawionej wad umowy, stanowiące stanowczą propozycję zawarcia tejże umowy, zawierające co najmniej konieczne (istotne) elementy jej treści”. Jest oczywiste, że po przeoczeniu przez Zamawiającego dołączenia do projektu umowy załącznika określającego istotne, a właściwie poza ceną najistotniejsze elementy umowy, Zamawiający nie mógł wziąć pod uwagę żadnej oferty, gdyż brak we wzorcu umowy istotnych elementów, które miał zawierać załącznik do umowy, czyniłby tą umowę wadliwą, w istocie rzeczy pozbawioną jakiegokolwiek sensu, a więc nieważną. Należy bowiem zwrócić*

uwagę na to, że zgodnie z Rozdziałem XIII pkt 9. SIWZ to „wzór umowy określający przyszłe zobowiązania wykonawcy stanowi załącznik nr 19 do specyfikacji”, a te zobowiązania określać miał załącznik do umowy, którego brak.

Wobec jego braku, to jest pominięcia tego załącznika przy wzorcu umowy, przyszłe zobowiązania wykonawcy nie są znane, a więc zgodnie z Rozdziałem XI pkt II. 4. SIWZ żadna oferta nie może być brana pod uwagę. Istotą umowy zawartej w Wyniku postępowania przetargowego jest określenie wzajemnych praw i zobowiązań zamawiającego i wykonawcy, w jednoznacznym nawiązaniu do przedstawionych warunków przetargowych przez Zamawiającego. W tym przypadku skoro jak stwierdzono w Rozdziale XIII pkt 9. SIWZ przyszłe zobowiązania wykonawcy określone są w załączniku nr 19 do specyfikacji, który jest wadliwy z powodu braku określenia przyszłych zobowiązań wykonawcy, które miały być zawarte w załączniku do wzorca umowy, umowa zawarta w oparciu o ten ułomny wzorzec byłaby obciążona wadą skutkującą jej nieważnością. To zaś jest przesłanką do koniecznego unieważnienia postępowania.

2. Wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć (art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP).

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP, unieważnienie postępowania może nastąpić ze względu na ochronę interesu publicznego, w sytuacji, gdy ze względu na wystąpienie niespodziewanej zmiany okoliczności dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia byłoby wbrew temu interesowi. Przepis ten jest zatem wyraźnym przejawem wysokiej rangi interesu publicznego w procesie udzielania zamówień publicznych. Pojęcie „interesu publicznego”, którego denotacja ma kluczowe znaczenie przy stosowaniu ww. normy prawnej, ma charakter klauzuli generalnej, a więc w różnych okolicznościach faktycznych można mu przypisywać różną treść. Ogólne definicje tego pojęcia można jednak odnaleźć w orzecznictwie sądowym i na szczególną uwagę w tym zakresie zasługuje ta sformułowana przez Trybunał Konstytucyjny w uchwale z dnia 12 marca 1997 r. (sygn. akt W 8/96, publ. OTK 1997, nr 1, poz. 15), w którym wskazano, że za „interes publiczny” należy uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. W niniejszej sprawie nie ulega wątpliwości, że Zamawiający unieważniając postępowanie także na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP nie kierował się swoim interesem, lecz wyłącznie interesem publicznym, gdyż to przecież w interesie publicznym jest objęcie utrzymaniem i pielęgnacją wszystkich terenów zieleni miejskiej. Zamawiający zwraca uwagę na to, iż jak wskazują komentatorzy PZP (vide: W.

*Dzierżanowski (w:) M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, J. Jurzykowski: Prawo zamówień publicznych. Komentarz str. 316 oraz J. Pieróg (w:) Prawo zamówień publicznych, Komentarz, wyd. 6, s. 234) postępowanie o zamówienie publiczne w powołaniu na tą przesłankę może być unieważnione w każdym czasie, nawet po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.*

*Odnosząc powyższe aspekty prawne do prowadzonego postępowania przetargowego należy więc stwierdzić, iż niewątpliwie służy ono realizacji celu publicznego, jakim jest utrzymanie porządku i estetyki na terenach zielonych miasta Nowego Sącza, pozostających we władaniu tej wspólnoty samorządowej. W celu zabezpieczenia interesu publicznego w tej sferze konieczne jest zatem zapewnienie przez Zamawiającego objęcia opieką wszystkich terenów zieleni miejskiej, których pielęgnacja posiada istotne znaczenie ze względów bezpieczeństwa, estetyki, czy też ze względu na ich walory rekreacyjne, przyrodnicze lub krajobrazowe. Z uwagi jednak na dynamiczne zmiany społeczno-gospodarcze oraz stale rosnące oczekiwania społeczne zasięg tych obszarów ulega z biegiem czasu pewnym zmianom. Należy jednak z całą mocą podkreślić, że są one jednak przeważnie niedostrzegalne z perspektywy „urzędu”, w związku z czym ich identyfikacja uzależniona jest niejednokrotnie od otrzymania odpowiednich sygnałów od mieszkańców poszczególnych części miasta, którzy są z bliskiej perspektywy zdolni dostrzec istniejące i nie rozwiązywane skutecznie problemy w tej sferze zadań publicznych. A rolą urzędu w takiej sytuacji jest podejmowanie reakcji. Tak też stało się po opublikowaniu ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu. Ogłoszenie to - zwłaszcza w kontekście odbywających się wyborów do zarządów osiedli - stało się bowiem katalizatorem aktywności społecznej w zakresie zgłaszania licznych postulatów dotyczących potrzeby objęcia opieką nie zaewidencjonowanych dotychczas obszarów zieleni. Informacje o tym dotarły do zastępcy prezydenta miasta już po otwarciu ofert i natychmiast polecił m.in. sporządzenie inwentaryzacji terenów zieleni miejskiej. W szczególny sposób postulaty radnych miejskich oraz przewodniczących zarządów osiedli, w których wskazano wiele obszarów niezagospodarowanej zieleni, wywołały konieczność ich ponownego zinwentaryzowania. W wyniku podjętej inwentaryzacji, obejmującej przede wszystkim weryfikację postulatów otrzymywanych od mieszkańców oraz ich przedstawicieli, ustalono, że zakres zadań Miasta Nowego Sącza w sferze utrzymania zieleni miejskiej jest znacznie większy, niż przewidziana w przetargu 10% „rezerwa” przeznaczona na finansowanie zamówień dodatkowych. Wedle przeprowadzonych szacunków, w ujęciu rocznym łączna wartość usług utrzymania terenów zieleni w zaktualizowanym zakresie wyniosłaby bowiem dodatkowo 254.000,00 zł netto, a więc w okresie trzech lat wartość ta opiewałaby dodatkowo na 762.000,00 zł netto. Ustalenia te oznaczałyby więc - w przypadku kontynuowania postępowania przetargowego na dotychczasowych zasadach, że w okresie najbliższych trzech lat w sferze utrzymania*

*terenów zieleni miejskiej nie będzie możliwe zabezpieczenie interesu publicznego w bardzo istotnej części. Rozpisywanie odrębnego przetargu i zawieranie odrębnej umowy na pielęgnację wyłącznie nowo-zinwentaryzowanych obszarów byłoby zaś nie tylko zupełnie nieracjonalne, a tym samym sprzeczne z zasadami dysponowania środkami publicznymi, ale wręcz prawnie niedopuszczalne z uwagi na dyspozycję § 3 ust. 2 i § 4 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 19 do SIWZ w związku z art. 32 ust. 3 PZP. Zgodnie z wyrokiem KIO z dn. 6.02.2012r. (KIO 156/12- LEX nr 1124935) Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP w sytuacji, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym z tym, że „do jego zastosowania konieczne jest ustalenie, że zmiana okoliczności rzeczywiście nastąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Powyższa przesłanka unieważnienia postępowania rozumiana jest jako przejaw ochrony interesu publicznego utożsamianego z celowym, gospodarnym i efektywnym wydatkowaniem środków publicznych”.*

*Teza ta w pełni odpowiada stanowi rzeczy z którym mamy do czynienia w tej sytuacji. Nie ulega wątpliwości, że ujęcie w jednym postępowaniu przetargowym szerszego zakresu przedmiotowego jest działaniem gospodarnym i zmierza do efektywnego wydatkowania środków publicznych. Zmiana zakresu przedmiotowego faktycznie wystąpiła po tym, jak okazało się to konieczne po interwencjach zarówno radnych, jak i przedstawicieli zarządów osiedli, których to interwencji Zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć i zmiana ta została opisana w dokumentach, które zostały przedłożone Komisji Przetargowej.*

*Nie uwzględnienie nie przewidywanych wcześniej a koniecznych do wykonania prac z zakresu utrzymania i pielęgnacji terenów zieleni miejskiej, naruszałoby interes publiczny i wobec tego, biorąc pod uwagę te okoliczności zamawiający zdecydował się na unieważnienie postępowania także na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP.*

*Mając więc na uwadze fakt, że okoliczność zbyt wąskiego zakreszenia granic przedmiotowego zamówienia publicznego ujawniła się dopiero po złożeniu ofert przez wykonawców i - ze względu na brak wcześniejszych inicjatyw lokalnych i jakiegokolwiek informacji i wiedzy w tej sferze - nie była możliwa do wcześniejszego zidentyfikowania przez Zamawiającego, ze względu na ochronę interesu publicznego konieczne stało się unieważnienie przedmiotowego postępowania przetargowego i podjęcie działań, mających na celu rozpisanie nowego przetargu, obejmującego usługę bieżącego utrzymania wszystkich, a nie tylko niektórych terenów zielonych miasta Nowego Sącza, przy jednoczesnej korekcie wieloletniej prognozy finansowej dotyczącej wydatków związanych z wykonaniem tego zadania w całości.*

*Konkludując, należy stwierdzić, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem odwołujący nie jest legitymowany do wniesienia odwołania, a nawet gdyby tak*

*było, to zarzuty podniesione w odwołaniu są bezzasadne.”*

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami, oferty odwołującego, protokołu postępowania z załącznikami. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Izba nie dopuściła dowodu zgłaszanego przez zamawiającego z załącznika nr 1 do umowy (...). Ramowy plan utrzymania terenów zieleni miejskiej Nowego Sącza. Dokument ten nie znajdował się w aktach postępowania udostępnionych Izbie, nie został podpisany przez zamawiającego. Pełnomocnicy zamawiającego nie zdecydowali się poświadczyć zgłoszonego dowodu – za zgodność z oryginałem.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Utrzymanie terenów zieleni miejskiej Nowego Sącza”

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 3.10.2012 r.

Wniosek o wszczęcie postępowania podaje, że szacunkowa wartość zamówienia wynosi 5 047 526,75 zł, w tym 10% zamówień uzupełniających.

Kwota przeznaczona na realizację zamówienia wynosi 5 100 000,00 zł brutto, została przewidziana w planie finansowym Dz. 900 Rozdz. 90003, paragraf 4300, Dz. 900 Rozdz. 90004 paragraf 4300, Dz. 600 Rozdz. 60015, par 4300 - Uchwała Rady Miasta Nowego Sącza w sprawie wieloletniej prognozy finansowej.

Protokół z otwarcia ofert z dnia 3.10.2012 r. potwierdza, że bezpośrednio przed otwarciem ofert podano kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego, w wysokości 4 590 000,00 zł brutto.

Wpłynęły 3 oferty:

1. oferta odwołującego z ceną brutto – 4 587 782,60 zł,
2. oferta wykonawcy konsorcjum Max Bud G..... D..... – cena 4 657 562,76 zł brutto,
3. oferta konsorcjum SITA Małopolska Sp. z o.o. – cena 5 099 981,31 zł brutto.

W protokole postępowania oraz w ogłoszeniu o zamówieniu została podana szacunkowa wartość zamówienia w kwocie 5 047 526, 75 zł, w tym wartość zamówień uzupełniających 458 886,07 zł.

SIWZ zawiera następujące postanowienia:

Rozdział III - Opis przedmiotu zamówienia.

- I. Przedmiotem zamówienia jest usługa bieżącego utrzymania:
1. zieleni miejskiej na terenie miasta Nowego Sącza obejmująca w szczególności:
    - a) koszenie zieleńców (zieleń urządzona, nie urządzona, skarpy, pobocza drogowe) - szczegóły określa Załącznik nr 1 do specyfikacji;
    - b) utrzymanie zieleńców w czystości - szczegóły określa Załącznik nr 2 do specyfikacji;
    - c) grabienie zieleńców - szczegóły określa Załącznik nr 3 do specyfikacji;
    - d) formowanie drzew ulicznych, żywopłotów i krzewów - szczegóły określa Załącznik nr 4 do specyfikacji;
    - e) prace przy drzewostanie wysokim: wycinki, cięcia pielęgnacyjne i techniczne – szczegóły określa Załącznik nr 5 do specyfikacji;
    - f) usuwanie wiatrołomu - szczegóły określa Załącznik nr 6 do specyfikacji;
    - g) nasadzenie drzew, krzewów i żywopłotów - szczegóły określa Załącznik nr 7 do specyfikacji;
    - h) zakładanie trawnika - szczegóły określa Załącznik nr 8 do specyfikacji;
    - i) odchwaszczanie skupin krzewów i żywopłotów - szczegóły określa Załącznik nr 9 do specyfikacji;
    - j) czyszczenie obrzeży trawnikowych - szczegóły określa Załącznik nr 10 do specyfikacji;
    - k) remont i montaż ławek parkowych - szczegóły określa Załącznik nr 11 do specyfikacji;
    - l) karczowanie krzewów - szczegóły określa Załącznik nr 12 do specyfikacji;
    - m) usuwanie pniaków - szczegóły określa Załącznik nr 13 do specyfikacji;
    - n) obsada (letnia, jesienna) i pielęgnacja rabat - szczegóły określa Załącznik nr 14 do specyfikacji;
    - o) obsada i pielęgnacja roślin w pojemnikach, gazonach, donicach i amplach - szczegóły określa Załącznik nr 15 do specyfikacji;
    - p) utrzymanie Miejsc Pamięci Narodowej - szczegóły określa Załącznik nr 16 do specyfikacji;
  2. terenów miejskich, sąsiadujących z nieruchomościami zabudowanymi - szczegóły określa Załącznik nr 17 do specyfikacji.

II. Wykaz terenów stanowi Załącznik nr 18 do specyfikacji.

VI. Zamówienie będzie wykonane zgodnie z wzorcem umowy, stanowiącym Załącznik nr 19 do specyfikacji, gdyż zamawiający wymaga, aby wykonawca zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach jak określone w ww. wzorcu.

W celu lepszego zapoznania się z przedmiotem zamówienia Zamawiający zaleca dokonanie przez Wykonawcę (na własny koszt, ryzyko i odpowiedzialność) wizji lokalnej w miejscach

realizacji zamówienia oraz zdobycia wszelkich informacji, które mogą być konieczne do przygotowania oferty i realizacji zamówienia.

Rozdział V termin wykonania zamówienia 01.01.2013 – 31.12.2015.

Rozdział XI pkt II.1 lit. d) do oferty należy dołączyć zaakceptowany wzór umowy, o którym mowa w rozdziale XVII SIWZ (wymóg porządkowy).

Rozdział XIII - Opis sposobu obliczenia ceny.

5. Obliczone w powyższy sposób ceny brutto za realizację usługi w latach 2013, 2014 i 2015 należy zsumować, by otrzymać cenę ofertową brutto.

6. Cena ofertowa wyliczona jak powyżej stanowić będzie maksymalne wynagrodzenie Wykonawcy. Tak wyliczone wynagrodzenie maksymalne Wykonawcy, nie jest faktycznym wynagrodzeniem Wykonawcy i nie może stanowić podstawy do jakichkolwiek roszczeń. Służy ono do porównania ofert na etapie ich oceny i do wyliczenia maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy. Faktyczne wynagrodzenie Wykonawcy będzie odzwierciedleniem zrealizowanych usług i wynikać będzie z przemnożenia cen jednostkowych i zakresu w jakim realizowana była usługa.

7. Poszczególne składowe ceny ofertowej:

a) są cenami ryczałtowymi i powinny obejmować wynagrodzenie za wszystkie obowiązki przyszłego wykonawcy, niezbędne do należytego wykonania zamówienia oraz osiągnięcia założonego celu. Oznacza to, że ceny te muszą zawierać wszystkie koszty związane z realizacją usługi wynikające wprost z przedmiotu zamówienia, jak również nie ujęte, a niezbędne do jej wykonania, w tym także między innymi: amortyzację, zużycie materiałów, zużycie energii, usługi obce, wynagrodzenia, ubezpieczenia społeczne i inne świadczenia, podatki i opłaty, pozostałe koszty rodzajowe, itd.),

b) będą niezienne bez względu na rzeczywisty poziom cen materiałów, najmu sprzętu i stawek robocizny-jakie kształtować się będą w okresie realizacji przedmiotu zamówienia,

c) należy w nich uwzględnić (ująć) wszystkie ewentualne upusty.

8. Wykonawca przed ostatecznym określeniem ceny ofertowej, zobowiązany jest do analizy przedmiotu zamówienia oraz zdobycia wszelkich informacji, które mogą być konieczne do przygotowania oferty. Zamawiający zaleca dokonanie przez Wykonawcę (na własny koszt, ryzyko i odpowiedzialność) wizji lokalnej w miejscach realizacji zamówienia oraz zdobycia wszelkich informacji, które mogą być konieczne do rzetelnej wyceny oferty.

9. Wzór umowy określający przyszłe zobowiązania wykonawcy stanowi Załącznik nr 19 do specyfikacji. Przed wyliczeniem ceny ofertowej należy zapoznać się z załączonym do specyfikacji wzorem umowy.

Rozdział XIV - Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty,



wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

I. Ocenie podlegają nie odrzucone oferty według następującego kryterium:

Najniższa cena -100,00 %

Rozdział XVII - Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli Zamawiający wymaga od Wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach,

1. Zamawiający wymaga od Wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na warunkach jak we wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 19 do specyfikacji.
2. Złożenie oferty jest równoznaczne z akceptacją zawartych we wzorze klauzul, jednakże Zamawiający określa porządkowy wymóg załączenia do oferty zaakceptowanego wzorca umowy.

Rozdział XX - Wykaz załączników do specyfikacji.

1. Załącznik nr 1 - Zakres koszenia zieleńców;
2. Załącznik nr 2 - Zakres utrzymania zieleńców w czystości;
3. Załącznik nr 3 - Zakres grabienia zieleńców;
4. Załącznik nr 4 - Zakres formowania drzew ulicznych, żywopłotów (krzewów);
5. Załącznik nr 5 - Zakres prac przy drzewostanie wysokim;
6. Załącznik nr 6 - Zakres usuwania wiatrołomu;
7. Załącznik nr 7 - Zakres nasadzania drzew, krzewów i żywopłotów;
8. Załącznik nr 8 - Zakres założenia trawnika;
9. Załącznik nr 9 - Zakres odchwaszczania skupin krzewów i żywopłotów;
10. Załącznik nr 10 - Zakres czyszczenia obrzeży trawnikowych;
11. Załącznik nr 11 - Zakres remontu i montażu ławek parkowych;
12. Załącznik nr 12 - Zakres karczowania krzewów;
13. Załącznik nr 13 - Zakres usunięcia pniaków;
15. Załącznik nr 15 - Zakres obsady i pielęgnacji roślin w pojemnikach, gazonach, donicach i amplach;
14. Załącznik nr 14 - Zakres obsady (letniej, jesiennej) i pielęgnacji rabat;
16. Załącznik nr 16 - Zakres utrzymania Miejsc Pamięci Narodowej;
17. Załącznik nr 17- Zakres utrzymania terenów miejskich sąsiadujących z nieruchomościami zabudowanymi;
18. Załącznik nr 18 - Wykaz terenów;

19. Załącznik nr 19 - Wzór umowy.

Wzór umowy podaje:

§ 3 ust 1. Zakres, rodzaj, częstotliwość oraz sposób wykonywania umowy, tj. prowadzenie bieżącego utrzymania zieleni miejskiej oraz terenów miejskich sąsiadujących z nieruchomościami zabudowanymi będzie zgodny z ramowym planem określonym załączniku nr 1 do niniejszej Umowy.

Ust. 2. Zamawiający ma prawo dokonywania zmiany w planach stanowiących zał. nr 1 za siedmiodniowym zawiadomieniem Wykonawcy doręczonym na piśmie. Zmiana ta nie wymaga aneksu do umowy.

§ 4 ust 1. Wszelkie prace nie objęte niniejszą umową, nieprzekraczające łącznie wartości 10% wartości zamówienia podstawowego, będą wykonywane przez Wykonawcę, jako usługi uzupełniające w trybie zamówienia z wolnej ręki udzielonego przez Zamawiającego zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (...)

Ust. 2. Zamówienia uzupełniające dotyczyć będą tylko prac polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówienia co zamówienie podstawowe i rozliczane będą na podstawie cen jednostkowych brutto podanych w ofercie Wykonawcy.

§ 5 ust. 1. Wynagrodzenie za wykonaną usługę wynikać będzie z cen jednostkowych (ryczałtowych) netto oraz ilości usług pomnożonej przez ceny jednostkowe netto powiększone o podatek VAT, ustalone na przetargu nieograniczonym (....).

Ust. 4. Wynagrodzenie należy się tylko za usługę wykonaną. Wynagrodzenie przewidywane nie może stanowić podstawy do jakichkolwiek roszczeń.

§ 6. Zamawiający może odstąpić od umowy bez terminu wypowiedzenia w wypadku gdy:

- a) Wykonawca nie wykonuje umowy lub wykonuje ją nienależycie i Zamawiający naliczył Wykonawcy trzy razy karę umowną,
- b) brak jest środków finansowych na realizację zamówienia,
- c) wystąpi istotna zmiana okoliczności powodująca, że realizacja zamówienia nie leży w interesie publicznym.

§ 11 W zakresie wykonywania kontroli strony ustalają co następuje: 1) codziennej kontroli podlega całość prac wynikających z zakresu niniejszej umowy, 2) Zamawiający powiadomi Wykonawcę o kontroli na min. 3 godziny przed jej rozpoczęciem. Wykonawca ma obowiązek zapewnić transport, 3) Zamawiający ma prawo przeprowadzić kontrolę samodzielnie, bez udziału Wykonawcy z własnej Inicjatywy lub w przypadku niestawienia się Wykonawcy na wcześniej zapowiedzianą kontrolę, 4) z kontroli sporządzany jest protokół.

Formularz oferty:

Pkt 1. Oferuję wykonanie zamówienia za cenę .... brutto, która stanowi wynagrodzenie maksymalne – zakładaną cenę za realizację usługi w latach 2013, 2014, 2015 – na którą

opiewać będzie umowa.

Pkt 5. Zapoznałem się ze specyfikacją i nie wnoszę do niej zastrzeżeń.

Pkt 9. Oświadczam, iż zawarty w SIWZ wzór umowy został zaakceptowany i zobowiązuję się w przypadku wybrania mojej oferty do zawarcia umowy na wymienionych w nim warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

Zamawiający w osobie zastępcy Prezydenta Miasta pismem z dnia 11.10.2012 r. zwrócił się do Wydziału Gospodarki Komunalnej o ustalenie, czy na obszarze Miasta są tereny zielone, które nie zostały zinwentaryzowane, a wymagają utrzymania dla zapewnienia estetyki miejsca.

W efekcie został sporządzony wykaz (bez daty), szacujący wysokość potrzeb finansowych z tytułu dodatkowo zinwentaryzowanych terenów na kwotę 254 329,70 zł netto rocznie. W okresie 3 lat 824 028,23 brutto.

Pismem z dnia 26 sierpnia 2011 r. zamawiający powiadomił o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z następującym uzasadnieniem tej czynności.

I. Na podstawie art. 93 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą” zamawiający Miasto Nowy Sącz, zwany dalej „Zamawiającym” informuje o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

II. Uzasadnienie faktyczne i prawne:

1. Zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6) i 7) ustawy jako, że:

a) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;

b) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

2. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na fakt, iż zgodnie z punktem VI Rozdziału III specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „specyfikacją” - zamówienie będzie wykonane zgodnie z wzorcem umowy stanowiącym załącznik nr 19 do specyfikacji - gdyż zamawiający wymaga, aby wykonawca zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach jak określone we ww. wzorcu. W załączonym do specyfikacji wzorcu umowy zawierającym ogólne uregulowania dot. przedmiotu zamówienia - Zamawiający nie dołączył do wzorca umowy koniecznego załącznika określanego we wzorcu umowy jako załącznik nr 1, odnoszący się do zakresu, rodzaju, częstotliwości oraz sposobu wykonania umowy (§ 3 ust. 1 wzorca umowy). Załączniki od 1 do 18 do specyfikacji nie mogą stanowić załącznika nr 1 do umowy, o którym mowa wyżej, choćby

dlatego, że nie zostały one przywołane we wzorcu umowy jako załączniki do umowy. Wobec tego, wykonawcy nie znali treści wzorca umowy w całości - a więc ich akceptacja złożona na podstawie Rozdziału XVII specyfikacji nie mogła odnosić się do całości umowy, a jedynie do jej części nie obejmującej załącznika. Biorąc powyższe pod uwagę, jak i fakt, że treści umowy podlegającej wykonaniu nie można domniemywać, ani tym bardziej zmieniać i uszczegóławiać na obecnym etapie postępowania, koniecznym jest unieważnienie przetargu na podstawie art. 93. ust. 1 pkt. 7) ustawy - wobec tego, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3. Kolejnym argumentem przemawiającym za koniecznością unieważnienia przedmiotowego postępowania jest fakt, iż w sposób nieprzewidywalny dla zamawiającego wystąpiła zmiana okoliczności w zakresie szacunkowej wielkości przedmiotu zamówienia, rzutująca na obecnie prowadzone postępowanie. W miesiącu maju 2012 r. przygotowano wstępny zakres zamówienia oraz oszacowano jego wartość celem przedłożenia Radzie Miasta Nowego Sącza - do zaakceptowania - zmiany wieloletniej prognozy finansowej. W m-cu lipcu br. Rada Miasta Nowego Sącza uchwaliła uchwałę nr XXXIII/311/2012 w sprawie zmian do wieloletniej prognozy finansowej Miasta Nowego Sącza - gdzie też ujęto planowane środki na wykonanie zadania objętego niniejszym przetargiem. Opierając się na powyższych ustaleniach ogłoszono przetarg na wykonanie usługi. W trakcie prowadzonego postępowania przetargowego okazało się, że zaszła konieczność zmiany zakresu przedmiotowego zadania, czego zamawiający wcześniej nie mógł przewidzieć z uwagi na to, iż opierał się na danych co do powierzchni terenu objętego utrzymaniem zieleni z lat poprzednich. Konieczność zmiany w powierzchni terenów zieleni miejskiej i sposobu utrzymywania i pielęgnacji zieleni spowodowana została m.in. zgłaszanymi już w toku postępowania przetargowego postulatami przez radnych jak i przewodniczących zarządów osiedli, w wyniku czego zlecono - pismem Zastępcy Prezydenta Miasta Nowego Sącza z dn. 11.10.2012 r., - inwentaryzację w zakresie ustalenia terenów, na których ma być utrzymywana i pielęgnowana zieleń przez Miasto. W wyniku inwentaryzacji wstępnie oszacowano nie zinwentaryzowaną wcześniej powierzchnię zieleni miejskiej i sposób utrzymania tej zieleni, ustalając wartość szacunkową usługi, która powinna być objęta specyfikacją na kwotę ok. 254 tyś. zł. netto rocznie. Przy założeniu, iż zinwentaryzowane zadania wykonywane byłyby przez okres trzech lat - kwota wyniosła by łącznie ok. 762 tyś. zł. netto. Wartość nie przewidzianej wcześniej usługi w ramach utrzymania zieleni miejskiej - koniecznej do wykonania po przeprowadzonej inwentaryzacji przekracza przyjęty próg 10% wartości zamówienia podstawowego - zgodnie z § 4 projektu umowy, na podstawie którego wykonawcy można by zlecić wykonanie powyższych prac jako usług uzupełniających w trybie zamówienia z wolnej ręki - jako prace nieobjęte zawartą umową o wykonanie usługi.

Biorąc powyższe pod uwagę, jak i konieczność wprowadzenia niezbędnych zmian do wieloletniej prognozy finansowej na wykonanie tego zadania w całości - zamawiający stwierdza, iż wykonanie tego zamówienia w zakresie wyłącznie przewidzianym w specyfikacji nie leży w interesie publicznym, bowiem usługą utrzymania zieleni na terenie Miasta Nowego Sącza mają być objęte wszystkie tereny zielone, tj. w myśl art. 93 ust. 1 pkt. 6) ustawy.

4. Niestety zamawiający popełnił także błąd podając w trakcie otwarcia ofert niższą kwotę, niż tę, którą rzeczywiście przeznaczył na sfinansowanie zamówienia w wieloletniej prognozie finansowej. Mogło by to wyrzucić wpływ na ocenę ofert, do czego zamawiający przyznający się do błędu nie może dopuścić.

5. Powyższe wyczerpuje przesłanki dokonania obligatoryjnej czynności unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6) i 7) ustawy.

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie, Izba za całkowicie bezpodstawne uznała żądania zamawiającego odrzucenia odwołania z powodu nie wykazania przez konsorcjum AVR Sp. z o.o. interesu prawnego we wniesieniu odwołania, albowiem gdyby nie doszło do unieważnienia postępowania - wykonawca byłby wykluczony z postępowania z powodu nie spełnienia warunków udziału.

Po pierwsze, interes w uzyskaniu zamówienia i legitymacja do wniesienia odwołania jest przesłanką materialno-prawną, zaś brak jej stwierdzenia skutkuje oddaleniem odwołania, a nie jego odrzuceniem.

Po drugie, postępowanie dowodowe wykazało, że aczkolwiek zamawiający przeprowadzał czynności badania ofert, to wobec decyzji o unieważnieniu postępowania – nie dokonał oceny ofert. W informacji o wyniku postępowania powiadomił jedynie o unieważnieniu przetargu i podał uzasadnienie dla tej czynności. Poza sporem pozostawało, że zamawiający nie wykluczył odwołującego z postępowania.

Odwołanie odnosi się do kwestionowanej czynności unieważnienia postępowania i ogranicza się do zarzutów w tym zakresie. Izba z mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp władna jest rozpatrywać odwołanie w granicach zgłoszonych zarzutów.

Przywoływana przez zamawiającego obszerna argumentacja, że odwołujący winien podlegać wykluczeniu z postępowania z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału – w kontekście wpływu na wynik postępowania - nie podlegała rozpatrzeniu. Zarzuty w tym zakresie pojawiły się dopiero w odpowiedzi na odwołanie i siłą rzeczy – odwołanie do nich się nie odnosiło.

Zadaniem Izby jest weryfikowanie czynności zamawiającego pod względem

spełnienia wzorca ustawowego i ewentualne nakazywanie korekty czynności podjętych lub zaniechanych z naruszeniem prawa, a nie zastępowanie zamawiającego w dokonywaniu jakichkolwiek czynności w postępowaniu, które ustawodawca w całości pozostawił w gestii zamawiającego. Przepis art. 180 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany z mocy ustawy.

Stawianie nowych zarzutów odwołującemu wykonawcy w odpowiedzi na odwołanie - i domaganie się przez zamawiającego aby Izba rozpatrując odwołanie niejako „przy okazji” ustaliła za zamawiającego podstawy do wykluczenia konsorcjum AVR Sp. z o.o. z postępowania nie znajduje żadnego normatywnego wsparcia, nawet w kontekście ewentualnego wpływu na końcowy wynik postępowania.

Zamawiający samodzielnie w trybie określonym ustawą Pzp ustala przesłanki do wykluczenia wykonawcy i podejmuje czynności w tym zakresie, wykonawca zaś może po zaznajomieniu się z podanym uzasadnieniem zaakceptować te czynności lub je zaskarżyć odwołaniem. Tak więc na moment rozpatrywania niniejszego odwołania fakty, że wykonawca AVR Sp. z o.o. podlega wykluczeniu, a zarazem możliwy wpływ takiej okoliczności na wynik postępowania - nie zostały ustalone.

Żądanie „potwierdzenia przestanek nakazujących wykluczenie konsorcjum AVR z postępowania, a to na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wobec niespełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale VI pkt 2.2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia” nie podlegało więc rozpatrzeniu.

W ocenie Izby, odwołujący wykazał legitymację uprawniającą do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż jest jednym z trzech wykonawców ubiegających się o zamówienie, który złożył ofertę z najniższą ceną. Potwierdzenie się zarzutów unieważnienia postępowania z naruszeniem przepisów ustawy Pzp stanowiłoby o naruszeniu interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a tym samym świadczyło o możliwości poniesienia szkody. Legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że: 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie 2) poniósł lub może ponieść szkodę, 3) a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Przechodząc do rozpatrzenia odwołania, w oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny oraz przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, które znajdują zastosowanie w sprawie, Izba odniosła się do zarzutów przedstawionych w odwołaniu w następujący sposób.

Ad zarzut I. Biorąc pod uwagę przytoczone wyżej postanowienia SIWZ, wzoru umowy

- okoliczność braku załącznika nr 1 do wzorca umowy, który określałby rodzaj, częstotliwość i sposób wykonania umowy - nie skutkowało zdaniem Izby - zaistnieniem przesłanek do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp ze względu na wskazywaną przez zamawiającego podstawę, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przepis art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do zamieszczenia w SIWZ istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wzór umowy - stanowiący załącznik nr 19 do SIWZ został określony dokumentem o charakterze „porządkowym” bez zdefiniowania rozumienia tego pojęcia. Do protokołu rozprawy, zamawiający doprecyzował, że przez „wymóg porządkowy” rozumiał, iż niezłożenie przez wykonawcę podpisanego (parafowanego) wzoru umowy – nie stanowiłoby braku oferty, powodującego jej odrzucenie. Nie powodowałyby też konieczności wzywania wykonawcy do uzupełnienia tego dokumentu.

Według postanowień § 3 ust 1 wzoru umowy zakres, rodzaj, częstotliwość oraz sposób wykonywania umowy, tj. prowadzenie bieżącego utrzymania zieleni miejskiej oraz terenów miejskich sąsiadujących z nieruchomościami zabudowanymi będzie zgodny z ramowym planem określonym załączniku nr 1 do niniejszej umowy. Jednocześnie zamawiający zastrzegł sobie w ust. 2, iż ma prawo dokonywania wszelkich zmian w planach stanowiących załącznik nr 1 - za siedmiodniowym zawiadomieniem wykonawcy doręczonym na piśmie. Zmiana taka nie wymaga aneksu do umowy.

W każdym razie z treści wzoru umowy - w związku z odnośnymi postanowieniami SIWZ nie wynika, aby gwarantowany wykonawcy wolumen zakresu zamówienia został określony.

Powyższe zaprzecza twierdzeniom zamawiającego, o istotności treści załącznika nr 1 do umowy, skoro pozostawił sobie możliwość jednostronnego i dowolnego jego kształtowania w trakcie realizacji zamówienia.

Odwołujący w formularzu ofertowym zaakceptował postanowienia SIWZ wraz z załącznikami nr 1-18, zawierającymi opis przedmiotu zamówienia, w tym szczegółowo określającymi zakres i częstotliwość wykonywania elementów zamówienia ujętych w wymienionych załącznikach. W § 11 wzoru umowy zamawiający określił obowiązujące zasady przeprowadzania kontroli świadczenia usługi. Złożenie oferty, według postanowień SIWZ było zaś równoznaczne z zaakceptowaniem wzoru umowy.

Zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Skoro zatem odwołujący zaaprobował w formularzu ofertowym całość treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym załączników), będzie zobowiązany do wykonywania umowy, z uwzględnieniem wskazań wynikających z załączników do SIWZ, stanowiących szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, które zamawiający powinien potraktować przy zawarciu umowy z wykonawcą - jako łączny zbiór załącznika nr 1. Nie można przy tym zapominać, iż przy tak jednostronnie ukształtowanych warunkach umowy, zamawiający może dokonywać wszelkich zmian w planach stanowiących załącznik nr 1, wyznaczających zakres zleconych prac, za uprzednim siedmiodniowym zawiadomieniem wykonawcy doręczonym na piśmie.

Powyższe zabezpiecza interesy zamawiającego. Brak dołączenia do wzoru umowy załącznika nr 1, który w istocie mógłby być jedynie zbiorczym zestawieniem składającym się z załączników nr 1-18 do SIWZ, określających szczegółowo sposób i zakres oraz częstotliwość świadczenia usługi - w żaden sposób - przy opisanych powyżej postanowieniach umowy - nie daje podstaw do oceny, że prowadzone postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie zachodziłyby przesłanki do unieważnienia tak zawartej umowy przez Krajową Izbę Odwoławczą, czy też Sąd Okręgowy, z przyczyny przywoływanej przez zamawiającego. Zamawiający nie wykazał, że umowa byłaby nieważna z mocy art. 58 § 1 K.c. w związku z art. 14 Pzp, czy też w związku z zaistnieniem przesłanek określonych w art. 146 ustawy Pzp podlegałaby unieważnieniu.

Jeżeli nawet można stwierdzić pewną usterkę omawianego postępowania, w ocenie Izby, polegającą na nie sprecyzowaniu, iż załącznik nr 1 do wzoru umowy stanowi opis przedmiotu zamówienia określony w załącznikach nr 1-18 do SIWZ, to nie jest to zarazem niemożliwa do naprawienia wada wpływająca na ważność umowy, która miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania w stopniu upoważniającym do unieważnienia umowy.

Zarzut naruszenia art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp przez zamawiającego poprzez niezasadne uznanie jakoby brak załącznika nr 1 do umowy legitymował go do unieważnienia postępowania, znalazł potwierdzenie.

Ad zarzut II. Postępowanie dowodowe nie potwierdziło, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie przedmiotowego postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, uprawniające zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp.

Dyspozycja art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp, uzasadnia unieważnienie postępowania



w przypadku łącznego zaistnienia wszystkich określonych przesłanek;

- a) istotnej zmiany okoliczności powodującej,
- b) że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym,
- c) czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Przedstawiona przez zamawiającego sytuacja zinwentaryzowania nowych terenów zielonych - do utrzymania przez Miasto, nie nosi znamion „nagłej”, a powstałe w jej efekcie rzeczywiste bądź rzekome nowe potrzeby - nie były okolicznościami, których „nie można było wcześniej przewidzieć”. Nie wystąpiły żadne zdarzenia nadzwyczajne, nieoczekiwane, na które zamawiający nie miałby wpływu. Bezspornie usługa utrzymywania zieleni w Nowym Sączu realizowana jest od kilku lat i jej zakres powinien być zamawiającemu dokładnie znany. Zamawiający finalnie przyznał również, iż „wykonanie tego zamówienia leży w interesie publicznym, tyle że w zwiększonym zakresie, a nie tylko przewidzianym w specyfikacji - bowiem usługą utrzymania zieleni na terenie Miasta Nowego Sącza mają być objęte wszystkie tereny zielone”.

Izba uwzględniła fakty, że termin składania ofert został wyznaczony do 3 października 2012 r. Zamawiający w osobie zastępcy Prezydenta Miasta po otwarciu ofert, pismem z dnia 11.10.2012 r. zwrócił się do Wydziału Gospodarki Komunalnej o ustalenie, czy na obszarze Miasta są tereny zielone, które nie zostały zinwentaryzowane, a wymagają utrzymania dla zapewnienia estetyki miejsca. W efekcie został sporządzony wykaz (bez daty), szacujący wysokość potrzeb finansowych z tytułu dodatkowo zinwentaryzowanych terenów na kwotę 254 329,70 zł netto rocznie. W okresie 3 lat - 824 028,23 brutto.

W ocenie Izby, uzasadnienie kwestionowanej czynności unieważnienia postępowania - nie wypełnia wskazań cytowanej normy art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp. Nie sposób zgodzić się z zamawiającym, że jako organ wspólnoty samorządowej, nie znał i nie mógł znać bieżącego stanu terenów zielonych i obiektów w Nowym Sączu, podlegających jego utrzymaniu pod względem pielęgnacji i estetyki. Jeżeli nawet napłynęły jakieś postulaty w tym zakresie od mieszkańców, które bezzasadnie uznał za okoliczności nagłe i nieprzewidywalne - mogły być one uwzględnione w dalszych planach (w tym finansowych), a nie poprzez unieważnianie prowadzonego postępowania przetargowego na dany przedmiot zamówienia, do tego znajdującego się w zaawansowanym stadium – oceny ofert.

Zamawiający mógł też zrealizować bieżące wnioski mieszkańców - w taki sposób - na jaki pozwalały możliwości sfinansowania zamówień uzupełniających. Prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia utrzymania miejskich terenów zielonych w należytym stanie bezspornie leży w interesie publicznym. Nie nastąpiła też, w ocenie

Izby, żadna istotna i nagła zmiana okoliczności, mogąca mieć wpływ na unieważnienie prowadzonego postępowania.

Niewątpliwie zamawiający kierował się jakimiś powodami unieważniając przedmiotowe postępowanie, jednakże podane uzasadnienie nie przystaje do stwierdzonego stanu faktycznego. Jak była mowa wyżej, zamawiający zabezpieczył sobie w § 3 umowy dokonanie zmian zakresu, rodzaju, częstotliwości wykonywania prac bieżącego utrzymania zieleni miejskiej, nawet bez zgody wykonawcy. W tym zatem trybie mógł kierować wykonywaniem zamówienia przez wybranego wykonawcę wyznaczając jemu bieżący zakres prac realizowanych po cenach jednostkowych oznaczonych w formularzu ofertowym, w ramach ceny maksymalnej określonej w ofercie. Zamawiający wyraźnie określił w SIWZ przy obliczaniu wartości szacunkowej zamówienia i we wzorze umowy, iż dotyczy ono maksymalnego zakresu usługi – dla stworzenia porównywalnej platformy oceny ofert, a wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za prace faktycznie wykonane - według przyjętych cen jednostkowych opisanych elementów i czynności. Tak więc tylko od zamawiającego zależało jakie usługi będzie zlecał na bieżąco wybranemu wykonawcy, co umożliwiało nawet ich modyfikowanie poza zakres załącznika nr 18, w ramach opisanych i wycenionych jednostkowo prac. Nie jest więc uprawnione w świetle postanowień SIWZ i ustalonego stanu sprawy, stanowcze stwierdzenie że zamawiający nie dysponowałby środkami na zrealizowanie zamówienia, gdyby musiał zweryfikować swoje bieżące potrzeby, w tym zwiększyć, czy też zmniejszyć zakres zapotrzebowanych oznaczonych elementów usługi.

Nie można było również pominąć faktu, że zostały przewidziane zamówienia uzupełniające o czym stanowi § 4 ust 1 wzoru umowy - nieprzekraczające łącznie wartości 10% wartości zamówienia podstawowego, które będą wykonywane przez wykonawcę, jako usługi uzupełniające w trybie zamówienia z wolnej ręki udzielonego przez zamawiającego zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp. Zamówienia uzupełniające dotyczyć będą tylko prac polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówienia co zamówienie podstawowe i rozliczane będą na podstawie cen jednostkowych brutto podanych w ofercie wykonawcy. W całości okoliczności sprawy, Izba nie uwzględniła argumentacji zamawiającego, że kwota wartości zamówień uzupełniających 458 886,07 zł, którą przewidział z tego tytułu (podana w protokole) - nie wystarcza na zrealizowanie dodatkowych potrzeb i z tej przyczyny koniecznym stało się unieważnienie prowadzonego postępowania. Zamawiający postanowił w § 6 wzoru umowy, że może odstąpić od umowy bez terminu wypowiedzenia w wypadku gdy, między innymi: b) brak jest środków finansowych na realizację zamówienia. Tym samym, gdyby wystąpiła w rzeczywistości taka okoliczność, zgodnie z podanymi warunkami, zamawiający byłby uprawniony do odstąpienia od umowy z wykonawcą w trakcie jej realizacji i do ogłoszenia nowego przetargu na dany przedmiot

zamówienia. Zamawiający nie może czynić żadnych odstępstw od warunków, które ustanowił, gdyż stanowiłoby to zaprzeczenie regułom równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 10 lipca 2002 r. sygn. akt V Ca 960/02 wypowiedział się ponadto, że *„Nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym, a brakiem środków na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia”*.

Postępowanie dowodowe potwierdziło zasadność zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 93. ust. 1 pkt. 6) ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania z przyczyny podanej w uzasadnieniu czynności.

Ad zarzut III. Izba uznała, że kwota którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podana podczas czynności otwarcia ofert w dniu 3.10.2012 r. jest wiążąca i nie ma jakichkolwiek podstaw, aby uznawać ją za błąd członka komisji przetargowej, co w ocenie zamawiającego mogłoby „wyrzeć wpływ na ocenę ofert,” skutkującego również unieważnieniem postępowania w oparciu o art. 93 ust 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp. Przepis art. 86 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do podania bezpośrednio przed otwarciem ofert - kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zdaniem Izby, może ale nie musi być to kwota jaką zamawiający ma zabezpieczoną w swoich prognozach finansowych, budżecie na realizację zamówienia. Kwota jaką zamawiający realnie dysponuje na zrealizowanie zamówienia oznacza bowiem jego górne możliwości finansowe w tym zakresie i uprawnienie do zaciągnięcia zobowiązania i podpisania umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego. O takiej właśnie kwocie stanowi art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jako możliwości sfinansowania zamówienia w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Nie może więc być mowy o jakimkolwiek błędzie w oznaczeniu kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wywodzonym z tego, że kwota zabezpieczona w planie wynosiła 5 100 000,00 zł brutto (plan finansowy Dz. 900 Rozdz. 90003, paragraf 4300, Dz. 900 Rozdz. 90004 paragraf 4300, Dz. 600 Rozdz. 60015, par 4300 według postanowień uchwały Rady Miasta Nowego Sącza w sprawie wieloletniej prognozy finansowej).

Protokół z otwarcia ofert z dnia 3.10.2012 r. potwierdza, że bezpośrednio przed otwarciem ofert podano kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia podstawowego, w wysokości 4 590 000,00 zł brutto. Wniosek o wszczęcie postępowania podaje, że szacunkowa wartość zamówienia wynosi 5 047 526,75 zł, w tym 10% zamówień uzupełniających.

Oferta odwołującego opiewa na cenę brutto – 4 587 782,60 zł, zatem mieści się w

kwocie jaką zamawiający podał na otwarciu ofert.

Ewentualna podstawa do unieważnienia postępowania wystąpiłaby w sytuacji, gdyby środki posiadane przez zamawiającego nie wystarczały na realizację zamówienia, a nie jak oświadczył zamawiający „podana kwota była omyłkowo niższa.” Także szacunkowa wartość zamówienia nie ma żadnego wpływu na ocenę prawną i faktyczną możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na powyższą przesłankę. W sytuacji gdy cena najkorzystniejszej oferty przekracza szacunkową wartość zamówienia, ale jednocześnie nie przekracza wysokości kwoty, którą zamawiający zamierzał i mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie ma uzasadnionych powodów do unieważnienia postępowania.

Nie zachodziły zatem podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 6 lub 7 ustawy Pzp, z powodu rzekomego błędnego podania kwoty na sfinansowanie zamówienia przed otwarciem ofert.

Bezpodstawne unieważnienie postępowania, miało istotny wpływ na jego wynik, gdyż mimo iż złożono oferty, których zamawiający nie odrzucił, do wyboru najkorzystniejszej oferty nie doszło.

Postępowanie dowodowe w sprawie wykazało zasadność czynionych zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Kwestionowane czynności zamawiającego nie znajdują zatem umocowania prawnego.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego tytułem zwrotu wpisu kwotę - 15 000,00 zł stosownie do postanowień § 3 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....

