

WYROK
z dnia 3 stycznia 2020r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 3 stycznia 2020r. odwołania z dnia 16 grudnia 2019r. wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum firm Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu, ul. Wolności 44, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Empol spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tylmanowej, oś. Rzeka 133 i Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu, ul. Wolności 171** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Tuszów Narodowy z siedzibą w Tuszowie Narodowym 225**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność unieważnienia postępowania,**
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gmina Tuszów Narodowy z siedzibą w Tuszowie Narodowym 225 i:**

2.1 zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę **15 000zł. 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum firm Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu, ul. Wolności 44, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Empol spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tylmanowej, oś. Rzeka 133 i Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu, ul. Wolności 171** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od zamawiającego **Gmina Tuszów Narodowy z siedzibą w Tuszowie Narodowym 225** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum firm Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu, ul. Wolności 44, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Empol spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tylmanowej, oś. Rzeka 133 i Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu, ul. Wolności 171** kwotę **18 600zł. 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Tuszów Narodowy realizowanego w okresie od 1 stycznia 2020 do 31 grudnia 2020 zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 października 2019r. za numerem 2019/S 210-513567.

W dniu 6 grudnia 2019r. zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy wskazując, że w postępowaniu wpłynęły 2 oferty. Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 950 624,00 zł. brutto. Najniższa cena wskazana w złożonych ofertach w ujęciu rocznym – znacznie przewyższa posiadaną przez zamawiającego kwotę ujęta w planie finansowym. Zamawiający wskazał, że nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

W dniu 16 grudnia 2019r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum firm Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu, ul. Wolności 44, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Empol spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tylmanowej, oś. Rzeka 133 i Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu, ul. Wolności 171 – dalej odwołujący. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 grudnia 2019r. udzielonego przez pełnomocnika konsorcjum Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mielcu (w imieniu którego działał prezes zarządu upoważniony do samodzielnej reprezentacji), działającego na podstawie pełnomocnictwa EMPOL z dnia 27 listopada 2019r. udzielonego przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 listopada 2019r. udzielonego przez Prezesa Zarządu, ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS oraz na podstawie pełnomocnictwa Zakładu Utylizacji Odpadów Komunalnych z dnia 27 listopada 2019r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 16 grudnia 2019r.

Odwołujący zamawiającemu zarzucił:

- 1) Unieważnienie postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy polegającym na bezpodstawnym; nie opartym na zapisach SiWZ przyjęciu, że cena najkorzystniejszej oferty tj. cena wskazana w ofercie odwołującego przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.
- 2) Unieważnienie postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy polegającym na braku udowodnienia ziszczenia się przesłanki niemożności zwiększenia kwoty do ceny oferty

najkorzystniejszej.

3) Naruszenie art. 93 ust. 3 ustawy przez brak podania uzasadnienia faktycznego i prawnego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 06.12.2019 r., mimo że uzasadnienie faktyczne i prawne stanowi element konstytutywny decyzji o unieważnieniu postępowania.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) nakazanie zamawiającemu wykonania czynności badania i oceny ofert złożonych w tym postępowaniu
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego poniesionych kosztów postępowania odwoławczego z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Unieważnienie postępowania, w sytuacji, gdy zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, grozi odwołującemu poniesieniem szkody. Odwołujący jest bowiem wykonawcą, którego oferta nie została odrzucona.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty, w tym oferta odwołującego. Jako podstawę unieważnienia zamawiający wskazał przepis art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy wskazując, że „najniższa cena wskazana w złożonych ofertach w „ujęciu rocznym” znacznie przewyższa posiadaną przez zamawiającego kwotę ujętą w planie finansowym, którą zamawiający planował przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”.

Z decyzją zamawiającego, odwołujący się nie zgadza.

W formularzu ofertowym zamawiający wymagał aby oferenci podali cenę netto, wartość podatku VAT i cenę brutto za: .

1. Odbiór 1 Mg zmieszanych odpadów komunalnych.
2. Zagospodarowanie 1 Mg zmieszanych odpadów komunalnych.
3. Odbiór 1 Mg selektywnie zebranych odpadów.
4. Zagospodarowanie 1 Mg selektywnie zebranych odpadów.

Następnie oferenci zostali zobligowani do podania ceny łącznej, która stanowi sumę wyżej wymienionych pozycji od 1 do 4 (ceny jednostkowe za 1 Mg). To ta kwota podlega ocenie przez zamawiającego i stanowi podstawę do wyboru oferty najkorzystniejszej (przy uwzględnieniu pozostałych kryteriów).

W SIWZ zamawiający zawarł wymóg „dokonania indywidualnego szacunku ilości odpadów”, co odwołujący wykonał, ale miał on służyć jedynie określeniu cen jednostkowych zawartych w formularzu oferty. Indywidualny szacunek, ani żadna inna kwota nie wymagana przez zamawiającego w formularzu ofertowym, nie miały być wpisane do oferty przez odwołującego.

zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji nie podał jaki jest jego „indywidualny szacunek”. Nie

zrobił tego również w zawiadomieniu o unieważnieniu. Stwierdza jedynie w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, że oferta odwołującego przewyższa kwotę przewidzianą przez zamawiającego i to znacznie.

Również pojęcie „ujęcia rocznego” użyte przez zamawiającego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania nie występuje w SIWZ.

Odwołujący nie wie na jakiej podstawie zamawiający uznał, że kwota zawarta w formularzu oferty przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Obliczenie ceny wynikającej z formularza ofertowego wskazuje jednoznacznie, że oferta złożona przez odwołującego jest najkorzystniejsza.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy wskazuje, że przesłankami unieważnienia postępowania jest łączne wystąpienie następujących 2 przesłanek: cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, istnienie okoliczności uniemożliwiającej zamawiającemu zwiększenie kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający powinien więc według odwołującego w Informacji o unieważnieniu postępowania wykazać zaistnienie obydwu w/w przesłanek. Tymczasem zamawiający w ogóle nie wykazał ziszczenia się przesłanki niemożności zwiększenia kwoty do ceny oferty najkorzystniejszej. To na zamawiającym ciąży ciężar dowodu w tym zakresie, tj. zaistnienia przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania

Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania ograniczył się do wskazania, że „nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia”. Zamawiający, nie wykazał żadnych dowodów, potwierdzających że nie może zwiększyć przedmiotowej kwoty.

Z powyższego dla odwołującego wynika, że zamawiający ograniczył się do arbitralnego twierdzenia, iż nie zwiększy środków. Taką sytuację za niedopuszczalną uznała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 października 2017 roku, sygn. akt KIO 2093/17, w wyroku z dnia 12 marca 2018 roku, sygn. akt KIO 301/18.

W uzasadnieniu zawiadomienia o unieważnieniu postępowania zamawiający ograniczył się jedynie do powołania się na przepis ustawy, wskazania kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz lapidarnego stwierdzenia, że cena wskazana w złożonych ofertach w ujęciu rocznym znacznie przewyższa posiadaną przez zamawiającego kwotę.

Zamawiający zawiadamiając wykonawców o unieważnieniu postępowania ma obowiązek podać uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający nie wywiązał się z tego obowiązku, gdyż skierował do wykonawców pismo o zbyt dużym poziomie ogólności.

Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia musi zawierać nie tylko podstawę prawną, lecz także poinformowanie o okolicznościach faktycznych wyczerpujących przesłankę zawartą w powoływanym przepisie. Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie jest jedynie dopełnieniem wymagania formalnego z art. 93 ust. 3 ustawy, lecz stanowi element konstytutywny decyzji o unieważnieniu postępowania.

W ocenie odwołującego, realizacja kluczowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych i prawnych, co zabezpiecza prawo wykonawcy do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn podjęcia określonych czynności przez zamawiającego. To na podstawie takiej kompletnej informacji wykonawca, który nie zgadza się z wynikiem oceny, może podjąć decyzję o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej, gdyż pozwala ona wykonawcy sformułować zarzuty w odwołaniu i polemizować ze stanowiskiem zamawiającego co do zgodności z ustawą czynności Zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza przez pryzmat tego uzasadnienia i powołanych w nim okoliczności faktycznych oraz przedstawionej argumentacji dokonuje - w pierwszej kolejności - oceny prawidłowości podjętych przez zamawiającego czynności z zastrzeżeniem, że takiej ocenie mogą podlegać tylko okoliczności zakomunikowane wykonawcy w decyzji zamawiającego. Nie mogą natomiast wpłynąć na rozstrzygnięcie sprawy - zasadniczo - okoliczności, które zamawiający podnosi dopiero w postępowaniu odwoławczym. Wykonawca nie może bowiem domyślać się, przykładowo: faktycznych i prawnych przesłanek wykluczenia go z postępowania. Prowadziłoby to do uniemożliwienia wykonawcy podjęcia obrony na drodze postępowania odwoławczego.

Treść zawiadomienia o unieważnieniu postępowania uniemożliwiła odwołującemu zweryfikowanie legalności działań faktycznych (określenie kwoty „w ujęciu rocznym”) oraz prawnych, zamykając jednocześnie możliwość ubiegania się o zamówienie, bez wniesienia środka ochrony prawnej.

W dniu 17 grudnia 2019r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ustalenia wartości szacunkowej, uchwały budżetowej, siwz wraz z załącznikami i wyjaśnieniami, oferty odwołującego, informacji o unieważnieniu postępowania.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 7 października 2019r. zamawiający ustalił wartość zamówienia: szacowaną wartość zamówienia na kwotę 1 297 1 73,48 netto zł

Ustalenie nastąpiło na podstawie poprzedniej umowy nr DZP.271.08.2019 z dnia 26 czerwca 2019r. za okres 6 miesięcy poprzedzających zadanie, której wartość wynosiła : 537 591,60 złotych brutto
Zamawiający ustalił 1430 Mg przewidywalna ilość odebranych i zagospodarowanych (zmieszanych i selektywnych) odpadów w 2020

Zmieszanych 1050 Mg (75%)

Selektywnych 380 Mg (25%)

Razem: 1430 Mg

Zagospodarowanie

Średnia cena brutto zagospodarowania odpadów selektywnych 400 zł/Mg x 380 Mg 152 000,00zł

Średnia cena brutto zagospodarowania odpadów zmieszanych 550 zł/Mg xl 050 Mg — 577 500,00 zł.

Odbiór

Szacuje się że koszty odbioru i zagospodarowania są do siebie w stosunku 50:50 wartości zamówienia koszt odbioru odpadów (cena za 6 miesięcy razy 2) ok. 537 591 zł brutto

W 2019 roku wykonano 21 wywozów (12 zmieszanych, 6 selekcja 2 razy zielone. I objazdówka) W 2020 planowano 40 wywozów (19 zmieszanych, 6 selekcja. 14 razy zielone, I objazdówka)

Koszty wyposażenia nieruchomości w kosze

1 250 (120l) x 91,02- 113 775,00

1 500 (240l) x 134,07 – 201 105,00

Razem: 314 880,00

537 591 – 314 880 = 222 711: 21 wywozów - 10605,00 zł koszt I wywozu

w 2020 oku będzie 19 dodatkowych wywozu w porównaniu do 2019 r 19 x 10605,00 wynosi 201 495,00

537 591,00 (kosze wliczone)+ 201 739 – 314 880,00 wynosi 424 206,00

Na 2020 inflację założono 2,6% w wysokości 11 081,36

424 206 + 11 081, 36, co daje 435 287,36 koszt odbioru selekcji i zmieszanych bez kosztów związanych z wyposażeniem nieruchomości w kosze

Zamawiający dokonując dalszych wyliczeń ustalił odbiór odpadów selektywnych na 286, 37zł., a zagospodarowanie na 400zł. za 1 Mg, zaś zmieszanych: odbiór 535,83zł., a zagospodarowanie 550zł.

Cena łączna netto : 1 640,93 zł.

Vat : 131,27 zł

Cenna łączna brutto 1 772,20 zł

152 000 zł +577 500,00 zł+108 821,84+562 625,52 daje 1 400 947 36 zł szacowana wartość zadania brutto.

Zamawiający w budżecie na rok 2020 zabezpieczył kwotę 950 624zł. zgodnie z poz. 90002 załącznika do uchwały – zarządzenie nr 73/2019 Wójta Gminy Tuszów Narodowy z dnia 13 listopada 2019r.

W pkt. 17 siwz zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny:

17.1. Wszelkie rozliczenia dotyczące zamówienia będą dokonywane w PLN. 17.2.

Cena za wykonanie usługi objętej zamówieniem, podana przez Wykonawcę w formularzu oferty, powinna uwzględniać wszystkie zobowiązania; musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT.

W formularzu ofertowym oczekiwał podania ceny za odbiór 1 Mg zamieszanych odpadów komunalnych, ceny za zagospodarowanie 1 Mg zamieszanych odpadów komunalnych, ceny za odbiór 1 Mg selektywnie zebranych odpadów, ceny za zagospodarowanie 1 Mg selektywnie zebranych odpadów i na tej podstawie wyszacowania ceny łącznej netto i brutto.

Zgodnie z § 7 wzoru umowy wynagrodzenie za realizację usługi stanowi iloczyn faktycznej ilości odebranych i zagospodarowanych odpadów (udokumentowanej kartami przekazania odpadów) wyrażonej w Mg (tona) oraz poniższych cen jednostkowych zgodnie z ofertą.

W załączniku nr 11 do siwz zamawiający wskazał, że podane informacje dotyczące ilości odpadów to dane szacunkowe, przy czym wartości liczbowe tam podane nie zostały wprost przyjęte przez zamawiającego do wyznaczania wartości szacunkowej zamówienia. Wynika z tego załącznika, że od 2014 roku liczba mieszkańców systematycznie rośnie od 8 047 w 2014 do 8 245 w 2018, natomiast z tabeli obrazując ilości odpadów zbieranych u źródła wynika, że ilość odpadów zmieszanych od 2016 do 2018 nieznacznie wzrosła 1050,790 versus 1107, 170 Mg, jednak jeśli uznać, że półrocza wykazują podobną ilość odpadów, to w 2019 za I półrocze zebrano 477,743 Mg, co oznaczałoby spadek ilości odpadów zmieszanych do 955, 486 Mg, natomiast łączna ilość odpadów selektywnych selekcyjowanych u źródła nie została podana, podane są dane z PSZOK. Zamawiający zastrzegł, że wykonawca winien przy sporządzaniu oferty dokonać indywidualnego szacunku ilości odpadów uwzględniając również ilość odpadów jaką wytwarza statystyczny mieszkaniec woj. Podkarpackiego na terenach wiejskich. Podane ilości należało traktować szacunkowo.

W załączniku nr 13 zamawiający zawarł szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.

Z oferty odwołującego wynika, że zaoferował wykonanie zamówienia za odbiór 1 Mg zamieszanych odpadów komunalnych – 860,76zł., ceny za zagospodarowanie 1 Mg zamieszanych odpadów komunalnych – 683,64zł., ceny za odbiór 1 Mg selektywnie zebranych odpadów 277,56zł., ceny za zagospodarowanie 1 Mg selektywnie zebranych odpadów – 345,60zł. i na tej podstawie wyznaczył cenę łączną netto 2007zł.

Z oferty FCC Tarnobrzeg wynika, że zaoferował wykonanie zamówienia za odbiór 1 Mg zamieszanych odpadów komunalnych – 450,00zł., ceny za zagospodarowanie 1 Mg zamieszanych odpadów komunalnych – 620zł., ceny za odbiór 1 Mg selektywnie zebranych odpadów 450zł., ceny za zagospodarowanie 1 Mg selektywnie zebranych odpadów – 641 zł. i na tej podstawie wyznaczył cenę łączną brutto 1 574 175,81zł.

Jak wynika z oszacowania wartości zamówienia na podstawie cen podanych przez MPGK Mielec i FCC Tarnobrzeg w ujęciu rocznym od 1 stycznia 2020 do 31 grudnia 2020 r. zamawiający przyjął ilości odpadów ustalone przy szacowaniu wartości szacunkowej zamówienia tj. 1050 Mg odpadów zmieszanych i 380 Mg odpadów selektywnych.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody, czym wypełnił przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 3 ustawy przez brak podania uzasadnienia

faktycznego i prawnego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 06.12.2019 r., mimo że uzasadnienie faktyczne i prawne stanowi element konstytutywny decyzji o unieważnieniu postępowania

Oraz

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy polegający na bezpodstawnym; nie opartym na zapisach SiWZ przyjęciu, że cena najkorzystniejszej oferty tj. cena wskazana złożonych ofertach w ujęciu rocznym znacznie przewyższa kwotę, którą zamawiający ujął w planie finansowym i że tej kwoty zamawiający nie może zwiększyć.

Oraz

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy polegający na braku udowodnienia ziszczenia się przesłanki niemożności zwiększenia kwoty do ceny oferty najkorzystniejszej.

Zarzuty zostaną rozpoznane łącznie. Zarzuty potwierdziły się. Zgodnie z przepisem art. 93 ust. 3 ustawy zamawiający o unieważnieniu postępowania powiadamia wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający wprowadził w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania podał podstawę prawną i przytoczył treść art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy czyli, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba, że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty, jednak poza uzasadnieniem prawnym nie podał uzasadnienia faktycznego. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym ograniczył się bowiem do stwierdzenia, że wpłynęły dwie oferty, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 950 624zł. oraz, że cena oferty najkorzystniejszej w ujęciu rocznym znacznie przewyższa kwotę ujętą w planie. Rację ma jednak odwołujący, że z tych czterech informacji nie wynika w jaki sposób na podstawie cen jednostkowych podanych w ofertach zamawiający doszedł do przekonania, że ceny tych ofert w ujęciu rocznym przekraczają kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. Rację ma także odwołujący, że z postanowień formularza ofertowego ani z postanowień siwz nie wynikał obowiązek podania ceny globalnej oferty za cały okres świadczenia usługi, co więcej jak wynika z oszacowania złożonego przez zamawiającego, zamawiający nie uznał za wiarygodną wyceny ceny globalnej u FCC Tarnobrzeg, gdyż jej wartość także szacował na podstawie podanych ceny jednostkowych i przyjętej przez siebie ilości odpadów w nieznanym wykonawcom ustaleniu wartości szacunkowej zamówienia

Zamawiający nie przedstawił, w jaki sposób doszedł do przekonania, że podane ceny jednostkowe przekładają się na kwotę wyższą niż ujęta w planie finansowym. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego zamawiający wyszacował wartość szacunkową zamówienia w oparciu, nie jak twierdził na rozprawie - sprawozdania wykonawców z lat 2016-2018 wynikające z załącznika nr 11, ale w oparciu o dane wynikające z umowy za pierwsze półrocze 2019. Umowa ta została zawarta w wyniku

postępowania przetargowego, które zamawiający podważał na rozprawie jako analogię do niniejszego spornego postępowania. Jednak wartości ilości odpadów przyjęte w szacowaniu wartości szacunkowej zamówienia w porównaniu z wartościami przyjętymi w złożonym przez zamawiającego na rozprawie oszacowaniu wskazują wprost, że zamawiający dla ustalenia wartości globalnej ofert posługiwał się ilościami założonymi dla ustalenia wartości szacunkowej zamówienia budującymi założenia finansowe w oparciu o umowę nr DZP.271.08.2019 z dnia 26 czerwca 2019r. Takie podejście do wyznaczania ceny globalnej ofert nie wynikało ani z treści siwz, załącznika nr 11 czy załącznika nr 13 do siwz, ani z formularza ofertowego. Zatem bez szczegółowego uzasadnienia, jak zamawiający doszedł do prognozowanych ilości odpadów 1050 Mg zmieszanych i 380 Mg selektywnych i jak następnie obliczył cenę globalną ofert obu wykonawców, żaden z nich nie miał możliwości podjęcia racjonalnej polemiki z czynnością unieważnienia postępowania dokonaną przez zamawiającego. To jednoznacznie w ocenie Izby oznacza, że zamawiający nie przedstawił stanu faktycznego, na którym oparł uzasadnienie unieważnienia postępowania. Jednocześnie brak przedstawienia, w jaki sposób zamawiający porównał kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia z cenami ofert obu wykonawców (które zawierały ceny jednostkowe, a oferta FCC Tarnobrzeg także cenę globalną własnego szacunku tego wykonawcy, na której z resztą nie oparł się zamawiający) powoduje, że zamawiający nie wykazał nawet pierwszej z przesłanek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy czyli przekroczenia możliwości finansowych zamawiającego przez cenę oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający poza gołosłownym wskazaniem, że nie ma możliwości zwiększenia kwoty, którą miał zamiar przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie podał również uzasadnienia faktycznego tej przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Zamawiający dopiero na rozprawie podniósł, że stawki z odbiór odpadów zostały przyjęte w sierpniu 2019r., że w listopadzie 2019r. uchwalono budżet obejmujący wydatki w zakresie gospodarki odpadami jedynie na kwotę 950 624zł., co było wartością niższą niż wyszacowana w dniu 17 października 2019r. na potrzeby tego postępowania oraz, że kolejna sesja Rady Gminy, na której można było wnosić o akceptację podwyższenia stawek była zaplanowana dopiero na 30 grudnia 2019r., co więcej poza uchwalonym budżetem pozostałe okoliczności nawet na rozprawie pozostały w sferze jedynie twierdzeń zamawiającego, których nie poparł jakimkolwiek dowodem. Nie mniej okoliczności twierdzone przez zamawiającego na rozprawie nie znalazły swego odzwierciedlenia w uzasadnieniu podstaw unieważnienia postępowania, co oznacza, że zamawiający nie sporządził prawidłowo uzasadnienia faktycznego, ale także, iż nie wykazał, że rzeczywiście nie ma możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do kwoty oferty najkorzystniejszej. Biorąc powyższe pod uwagę Izba doszła do przekonania, że zamawiający nie wykazał, że w przedmiotowym postępowaniu zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, ani nie wykonał ciążącego na nim obowiązku podania uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania, który to obowiązek nakłada na zamawiającego treść art. 93 ust. 3 ustawy. W konsekwencji Izba stwierdziła naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 93 ust. 3 ustawy

przez zamawiającego i konieczne stało się nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia zasądając zwrot kosztów postępowania – kosztów wpisu – 15 000 zł. i zastępstwa prawnego w kwocie 3 600zł. od zamawiającego na rzecz odwołującego w wysokości wykazanej złożonymi rachunkami, z ograniczeniem do kwoty maksymalnej dopuszczonej przez rozporządzenie.

Przewodniczący: