

WYROK
z dnia 10 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę: **J..... S....., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Urządzenie i Utrzymywanie Trenów Zieleni mgr inż. J..... S....., 41-706 Ruda Śląska, ul. Nowy Świat 66** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Sosnowiec – Prezydent Miasta Sosnowiec, Urząd Miasta Sosnowiec, 41-200 Sosnowiec, Al. Zwycięstwa 20**

przy udziale wykonawcy: **H..... K....., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą H..... K..... Zakład Usług Komunalnych, 42-500 Będzin, ul. Wolności 28a,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **J..... S....., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Urządzenie i Utrzymywanie Trenów Zieleni mgr inż. J..... S....., 41-706 Ruda Śląska, ul. Nowy Świat 66** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawcy: **J..... S....., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Urządzenie i Utrzymywanie Trenów Zieleni mgr inż. J..... S.....,**
41-706 Ruda Śląska, ul. Nowy Świat 66 na rzecz zamawiającego: **Miasto Sosnowiec – Prezydent Miasta Sosnowiec, Urząd Miasta Sosnowiec, 41-200 Sosnowiec, Al. Zwycięstwa 20** kwotę **580 zł 00 gr** (słownie: pięćset osiemdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty zamawiającego poniesione z tytułu powielenia dokumentacji postępowania, delegacji oraz dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego na *Pielęgnację i wycinkę drzew na terenie miasta Sosnowca* wykonawca J..... S....., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą *Urządzenie i Utrzymywanie Trenów Zieleni* mgr inż. J..... S..... (dalej *odwołująca się* albo *odwołujący*) złożył odwołanie wobec czynności i zaniechań Miasta Sosnowiec – Prezydent Miasta Sosnowiec, Urząd Miasta Sosnowiec (dalej *zamawiający*), polegających na:

1. bezpodstawnym unieważnieniu postępowania z powodu, iż cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a której nie może zwiększyć do ceny najkorzystniejszej,
2. zaniechaniu dokonania oceny ofert w postępowaniu,
3. zaniechaniu wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej,
4. zaniechaniu poinformowania wykonawców o okolicznościach, których zaistnienie skutkowało unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. Nr 113 z 2010 r., poz. 759 z późn. zm.) (dalej *ustawa Pzp*):

1. art. 93 ust. 1 pkt 4, poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania,
2. art. 92 ust. 1, poprzez zaniechanie dokonania oceny ofert w postępowaniu i zaniechanie zawiadomienia wykonawców w należyty sposób o rozstrzygnięciu postępowania i wyborze najkorzystniejszej oferty,
3. art. 93 ust. 3, poprzez zaniechanie zawiadomienia o okolicznościach, których zaistnienie skutkowało unieważnieniem postępowania,
4. art. 7 ust. 1, poprzez zaniechanie obowiązku równego traktowania wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz unieważnienie postępowania w sposób tendencyjny nieprzewidziany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej *SIWZ*).

Odwołujący zażądał:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. nakazania powtórzenia czynności oceny ofert,
3. nakazania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
4. zwrot kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołaniu odnośnie do zarzutu bezpodstawnego unieważnienia postępowania odwołujący wskazał, że w zawiadomieniu, które otrzymał w dniu 17 kwietnia 2013 r. zamawiający podał jedynie podstawę prawną, tj. iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty, zamawiający zaznaczył także, iż przystąpił do czynności, co do których się zobowiązał w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 marca 2013 r. i dokonał ponownego badania i oceny ważnych ofert złożonych w tym postępowaniu, w wyniku czego podjął decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż ceny ofertowe wykonawców, których oferty uznano za ważne są wyższe niż kwota, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający stwierdził, iż po przeanalizowaniu sytuacji budżetowej uznał, że nie ma możliwości zwiększenia kwoty o wartość co najmniej 126 385,66 zł czyli do kwoty oferty Nr 2.

Odwołujący podniósł, że w Dziale I, rozdział 3 SIWZ, jaki i w Dziale II SIWZ zamawiający opisał przedmiot zamówienia (pielęgnacja i wycinka drzew, frezowanie pni drzew wyciętych) jednak bez podania ilości poszczególnych usług, natomiast w Dziale I, rozdział 12, pkt 1 SIWZ zamawiający ustalił opis sposobu obliczenia ceny. Odwołujący podkreślił, że w pkt 6 tego rozdziału zamawiający podał, iż będzie realizował zamówienie do wysokości kwoty, którą zamierza przeznaczyć na ten cel, zakres rzeczowy do wykonania będzie wynikał z bieżących potrzeb, zaś do rozliczenia posłużą ceny jednostkowe za wykonanie określonej czynności – wyszczególnione przez wykonawcę w załączniku Nr 8.

W ocenie odwołującego postanowienia Działu I, rozdziału 3 i 12 SIWZ określają przedmiot zamówienia i sposób realizacji oraz rozliczenia zamówienia w taki sposób, iż przesłanka unieważnienia postępowania określona w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie może być zastosowana, gdyż umowa ma charakter specyficzny – zawierana jest na określony czas i zakres usług, a nie ilości konkretnych czynności, których zamawiający nie przewidział.

Odwołujący przyznał, że zamawiający w załączniku Nr 9 przyjął ilości do *Kosztorysu ofertowego*, ale jak sam zamawiający zaznaczył wymagał tych obliczeń tylko do porównania.

W ocenie odwołującego specyficzny charakter umowy potwierdzają ponadto postanowienia Działu II rozdział 2 pkt 3 SIWZ, zgodnie z którymi:

- rozliczenie za wykonane usługi odbywać się będzie kosztorysem powykonawczym wycenionym na podstawie cen jednostkowych zawartych w złożonej ofercie,
- podstawą płatności będzie cena jednostkowa skalkulowana przez wykonawcę,
- cena jednostkowa będzie uwzględniać wszystkie czynności składające się na wykonanie i wymagania określone dla tej usługi,

jak i wzór umowy, zgodnie z którym:

- za wykonanie usługi wykonawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie kosztorysowe wyliczone wg cen jednostkowych w przyjętej przez zamawiającego ofercie wykonawcy

- za faktycznie wykonany zakres usługi potwierdzony przez przedstawicieli zamawiającego,
- ustalone w tej formie wynagrodzenie nie przekroczy kwoty – pozostawiono miejsce do wypełnienia – za dwuletni okres świadczenia usługi.

Zdaniem odwołującego dodatkowym argumentem przemawiającym za bezzasadnym unieważnieniem przedmiotowego postępowania z powodu braku środków jest postanowienie Działu I rozdział 16 wzoru umowy, który przyznaje stronom prawo zmiany postanowień umowy, poprzez zmianę wynagrodzenia umownego z uwagi na poziom finansowania umowy w poszczególnych latach (roku kalendarzowym), który może być zmienny i wynikać będzie z wysokości środków pieniężnych przewidzianych na to zadanie w budżecie zamawiającego.

Odwołujący podał, że od kilku lat w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez zamawiającego ilości do porównania są takie same, a zamawiający cenę ofertową dostosowywał albo w górę, albo w dół do kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na ten cel.

Odnosnie do zarzutu zaniechania dokonania oceny ofert w postępowaniu i zaniechania zawiadomienia wykonawców w należyty sposób o rozstrzygnięciu postępowania i wyborze najkorzystniejszej oferty odwołujący stwierdził, że zamawiający powinien był w pierwszej kolejności dokonać czynności oceny ofert, bowiem bez uprzedniego dokonania tej czynności nie mógł ustalić, czy rzeczywiście cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, czy też nie. W ocenie odwołującego zamawiający zaniechał czynności oceny ofert zgodnie z postanowieniami Działu I rozdział 13 pkt 13.2 SIWZ

Odnosnie do zarzutu zaniechania zawiadomienia o okolicznościach, których zaistnienie skutkowało unieważnieniem postępowania odwołujący stwierdził, że przejawem zasady jawności postępowania jest m.in. obowiązek zamawiającego poinformowania wykonawców o okolicznościach, których zaistnienie skutkowało unieważnieniem prowadzonego przetargu. Podniósł, że przepis art. 93 ust. 3 ustawy Pzp nakazuje powiadomienie o unieważnieniu postępowania, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, co ma zapobiec ograniczeniu unieważniania postępowań o zamówienie publiczne w sytuacji, gdy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący nie została spełniona co najmniej jedna z okoliczności wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt. 1-7 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że w zawiadomieniu o unieważnieniu przetargu nie wystarczy podać tylko podstawy prawnej, co zamawiający uczynił w niniejszym postępowaniu, ale niezbędne jest też dokładne poinformowanie o okolicznościach faktycznych, wyczerpujących przesłankę zawartą w przepisie. Zaistnienie okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania powinno – zdaniem odwołującego – zostać udowodnione przez zamawiającego w granicach podanego uzasadnienia tej czynności. Zamawiający jest zobowiązany w toku badania ofert ustalić, że powołana przez niego przesłanka unieważnienia postępowania nastąpiła, a następnie

poinformować o ustaleniach i podjętych czynnościach oraz ich konsekwencjach wykonawców, podając – stosownie do normy wyrażonej w art. 93 ust. 3 ustawy Pzp - nie tylko uzasadnienie prawne (prawidłową podstawę prawną swojej czynności). Odwołujący podkreślił, iż przyczyny podane w informacji o unieważnieniu postępowania warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie, a nadto, że wykonawca nie powinien domyślać się powodów unieważnienia prowadzonego przetargu. Odwołujący podniósł, że obowiązek zawiadomienia wykonawców określony w art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, stanowi realizację wyrażonej w art. 8 ust. 1 tej ustawy zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. W świetle tych zasad – wskazał odwołujący – niedopuszczalne jest, aby wykonawca kwestionujący zasadność unieważnienia przetargu samodzielnie identyfikował przyczyny jego unieważnienia, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemyanych przyczyn decyzji zamawiającego. W ocenie odwołującego uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o unieważnieniu postępowania powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie.

Odwołujący wskazał także, że gdyby uznać, że z treści SIWZ wynika iż, zamawiający jako cenę ofertową uważa zarówno cenę wyliczoną w oparciu o załącznik Nr 9 – *Kosztorys ofertowy* (do porównania) na podstawie oszacowanych ilości i jednocześnie określa maksymalną kwotę zobowiązania jako cenę umowną i jest to kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (jak wynika to z poprzednich umów zawieranych przez zamawiającego z odwołującym w latach ubiegłych oraz zapisów Działu I rozdziału 12 pkt 6 SIWZ), to postanowienia SIWZ w tym zakresie są ze sobą wewnątrznie sprzeczne. Powołując się na ugruntowane orzecznictwo stwierdził, że niejasne i sprzeczne zapisy SIWZ nie mogą działać na niekorzyść wykonawców. Zamawiający nie może unieważnić postępowania wyłącznie z tego powodu, iż zmienił koncepcję prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wyraził przekonanie, że zamawiający nie może twierdzić, iż unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego uzasadniając tę czynność faktem, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty, jeśli zgodnie z postanowieniami SIWZ chciał zawrzeć umowę na ceny jednostkowe określając cenę maksymalną zobowiązania w wysokości kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego było wykazanie za pomocą dostępnych dowodów jaką kwotą w rzeczywistości dysponuje, czy może dysponować na dany cel. Zamawiający nie wykazał też, że zaszły jakieś zmiany w jego sytuacji i wobec dysponowania ograniczonymi środkami w stosunku do pierwotnie planowanych, priorytety zaspokojenia potrzeb

zamawiającego uległy zmianie, w taki sposób, że nie może przeznaczyć większej kwoty środków na sfinansowanie usług stanowiących przedmiot zamówienia. Odwołujący oświadczył, że skorzystał z prawa zapoznania się z dokumentacją przetargową i stosownych dowodów w tej dokumentacji, uzasadniających unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp tam nie zidentyfikował.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odwołania wykonawcy – J..... S....., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Urządzenie i Utrzymywanie Trenów Zieleni mgr inż. J..... S..... z dnia 26 kwietnia 2013 r., a także stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu się wykonawcy – J..... S....., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Urządzenie i Utrzymywanie Trenów Zieleni mgr inż. J..... S..... przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującą się, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności i zaniechań zamawiającego.

Na podstawie *Zbiórczego zestawienia ofert oraz Informacji o unieważnieniu postępowania* z dnia 17 kwietnia 2013 r. skład orzekający Izby ustalił, iż odwołująca się złożyła w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę z najniższą ceną spośród ofert, które zostały poddane ocenie (oferty trzech wykonawców z cenami niższymi niż cena odwołującej się nie były brane przez zamawiającego pod uwagę przy ponownej ocenie oferty ze względu na fakt, że wykonawcy ci nie przedłużyli terminu związania ofertą i zamawiający uznał, że nie są już uczestnikami przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), co biorąc pod uwagę fakt, że zarzuty podniesione w odwołaniu zmierzają do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oznacza, że uwzględnienie odwołania dałoby odwołującej się szansę na uzyskanie tego zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego:

1. *Ustalenie szacunkowej wartości zamówienia na usługę obejmującą: „Pielęgnacja i wycinka drzew na terenie miasta Sosnowca” z dnia 26 września 2012 r.,*
2. *Zbiornicze zestawienie ofert,*
3. *Informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 17 kwietnia 2013 r.,*
4. specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej nadal SIWZ).

Zarzut bezpodstawnego unieważnienia postępowania z tego powodu, iż cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a której nie może zwiększyć do ceny najkorzystniejszej nie potwierdził się.

W ocenie odwołującej się postanowienia SIWZ w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dział I, rozdział 3 i 12 SIWZ) określają przedmiot zamówienia i sposób realizacji oraz rozliczenia zamówienia w taki sposób, iż przesłanka unieważnienia postępowania określona w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie może być zastosowana, gdyż umowa ma charakter specyficzny – zawierana jest na określony czas i zakres usług, a nie ilości konkretnych czynności, których zamawiający nie przewidział.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do argumentu odwołującego, że od kilku lat w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez zamawiającego, ilości do porównania są takie same, a zamawiający cenę ofertową dostosowywał albo w górę, albo w dół do kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na ten cel, skład orzekający Izby stwierdza, że tak jak odwołującemu przysługuje wyłącznie prawo do składania odwołania od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętej w danym postępowaniu lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie tej ustawy (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp), tak skład orzekający Izby nie może oceniać (rozpoznawać zarzutów) działań lub zaniechań zamawiającego, przyjmując inny miernik oceny niż zgodność z przepisami Prawa zamówień publicznych w szczególności nie może przyjąć miernika zgodności z poprzednio prowadzonymi przez tego zamawiającego postępowaniami, choćby dla tożsamyh usług i zakresu.

W ocenie składu orzekającego Izby przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, nie wskazując żadnych okoliczności rozróżniających, specyficznych dla konkretnego, podlegającego unieważnieniu postępowania, znajduje zastosowanie również w przedmiotowym postępowaniu na *Pielęgnację i wycinkę drzew na terenie miasta Sosnowca*.

Fakt, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w Dziale I, rozdziale 3 *Opis przedmiotu zamówienia* oraz w Dziale II SIWZ *Opis przedmiotu zamówienia*, nie podając tam ilości poszczególnych usług, nie może być jednak oceniony w oderwaniu od tego, co wykonawcy,

zgodnie z wymaganiem zamawiającego, wzięli pod uwagę, kalkulując ceny ofertowe. Bezsportny bowiem był fakt, że wycena ta dotyczyła konkretnych ilości usług wskazanych w kolumnie 5 Załącznika nr 9 do oferty (*Kosztorys ofertowy*), a także że wyliczona z uwzględnieniem tych ilości i własnej metody kalkulacji cen jednostkowych kwota (pomnożona przez 2, tj. przewidywany, dwuletni okres świadczenia usługi) stanowiła cenę ofertową.

Jednocześnie nie można pominąć faktu, że również zamawiający, ustalając wartość szacunkową zamówienia uwzględnił te same ilości, co w „kalkulacji ślepej” przekazanej wykonawcom. I choć zamawiający przyznał w dokumencie ustalającym szacunkową wartość zamówienia, że „specyfika przedmiotu zamówienia powoduje, że nie ma możliwości dokładnego określenia zakresu rzeczowego, w tym ilości i gatunków drzew przeznaczonych do wycinki, gdyż zależy to od szeregu czynników niezależnych od zamawiającego, jak np. ilości wiatrołomów powstających w wyniku szczególnych warunków atmosferycznych, ilości drzew obumarłych po zimie i w wyniku długich okresów suszy, chorób drzew, a przede wszystkim od ilości i rodzaju decyzji administracyjnych na wycinkę drzew wydawanych przez organ sąsiedniej gminy wyznaczony przez Samorządowe Kolegium Odwoławcze w Katowicach”, to nie zmienia to faktu, że szacunek został dokonany w odniesieniu do konkretnego zakresu ilościowego, odpowiadającego potrzebom zamawiającego określonym na podstawie „doświadczeń z poprzedniego roku” (z pewnymi wyszczególnionymi korektami), a co w ocenie składu orzekającego Izby oznacza, że:

1. zamawiający musi założyć, że zaistnieje konieczność wykonania pełnego zakresu umowy; wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma zaś na celu wybór oferty, która pozwoli zamawiającemu zrealizować jego potrzebę w pełnym zakresie,
2. zrealizowaniu pełnego zakresu zamawiający przypisał wartość szacunkową zamówienia w wysokości 925 832,22 zł, co z uwzględnieniem stawki podatku VAT w wysokości 8% daje kwotę 999 898,80 zł, tj. kwotę, jaką zamawiający podał jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia (z dokładnością do 1 grosza), a co oznacza także, że zrealizowanie pełnego zakresu będzie możliwe jedynie za cenę nie wyższą niż 999 898,80 zł (w sytuacji, gdy nie jest możliwe zwiększenie kwoty na sfinansowanie zamówienia).

Skoro, jak wskazano powyżej, cena ofertowa odwołującej się dotyczyła konkretnych ilości usług wskazanych w *Kosztorysie ofertowym* i tych samych ilości dotyczyła kwota, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia to uznać należy że zamawiający zobligowany był do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Oferta odwołującej się przewyższa bowiem kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na przedmiotowe zamówienie i jest to kwota, która nie może ulec zmianie. Wybór oferty odwołującej się oznaczałby dla zamawiającego zagrożenie, że pełny zakres ilościowy usługi

nie zostanie wykonany.

Postanowienia SIWZ, zgodnie z którymi zakres rzeczowy do wykonania będzie wynikał z bieżących potrzeb zamawiającego, zaś do rozliczenia posłużą ceny jednostkowe za wykonanie określonej czynności (rozliczenie kosztorysem podwykonawczym) uznać należy za niekorzystny dla wykonawców – nie gwarantował im bowiem nawet minimalnego zakresu rzeczowego, jednak obowiązujący, ponieważ nie został przez wykonawców zakwestionowany w toku przedmiotowego postępowania.

Odnosząc się do argumentu odwołującego, że za bezzasadnym unieważnieniem przedmiotowego postępowania z powodu braku środków przemawia także postanowienie SIWZ (Dział I, rozdział 16 pkt 2 lit. c tiret drugi), które przyznaje stronom prawo zmiany postanowień umowy, poprzez zmianę wynagrodzenia umownego z uwagi na poziom finansowania umowy w poszczególnych latach, który może być zmienny i wynikać będzie z wysokości środków pieniężnych przewidzianych na to zadanie w budżecie zamawiającego, skład orzekający Izby wskazuje, że zmiana ta polegać by mogła jedynie na zmniejszeniu maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy wskazanego w pkt 14. 2 wzoru umowy, o czym przesądza postanowienie pkt 4.3 wzoru umowy, zgodnie z którym „Strony zgodnie ustalają, że przedmiotowa będzie realizowana do kwoty brutto wskazanej w pkt. 14.2. umowy. W przypadku wykorzystania środków finansowych wcześniej – niż w terminie wskazanym w pkt 4.2. – umowa ulegnie automatycznie rozwiązaniu bez zachowania okresu wypowiedzenia”. Skoro zatem w pkt. 14.2 wzoru umowy wskazano wysokość maksymalnego wynagrodzenia za cały, dwuletni okres świadczenia usługi, a jednocześnie w pkt. 4.3. wzoru przewidziano realizację umowy do wysokości tej kwoty, to uznać należy, że zmiana wynagrodzenia mogła nastąpić jedynie „in minus”.

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut bezpodstawnego unieważnienia postępowania z powodu, iż cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a której nie może zwiększyć do ceny najkorzystniejszej nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania dokonania oceny ofert w postępowaniu w tym zaniechania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej nie potwierdził się.

W *Informacji o unieważnieniu postępowania* z dnia 17 kwietnia 2013 r. zamawiający w uzasadnieniu podał, że:

1. poinformował wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 999 898,80 zł brutto,
2. w wyniku czynności, co do których zobowiązał się w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 marca 2013 r. (poprzednie odwołanie, którego zarzuty zamawiający uwzględnił),

tj. w wyniku unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty nr 6, uprzednio uznanej za najkorzystniejszą) dokonał ponownego badania i oceny ofert złożonych w tym postępowaniu,

3. w wyniku ponownego badania i oceny ofert uznał za ważne oferty nr 1, 2 i 7 (w tym ofertę odwołującego, tj. ofertę nr 2), zaś oferty nr 3, 4, 5 i 6 nie brały udziału w ponownym badaniu i ocenie, ponieważ wykonawcy, którzy je złożyli przestali być uczestnikami przedmiotowego postępowania ze względu na fakt, że nie przedłużyli samodzielnie terminu związania ofertą (z możliwości tej skorzystali natomiast wykonawcy, którzy złożyli oferty nr 1, 2 i 7),
4. ceny ofertowe zawarte w ofertach nr 1, 2 i 7 są wyższe niż kwota, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,
5. po przeanalizowaniu sytuacji budżetowej, nie ma możliwości zwiększenia kwoty o wartość co najmniej 126 385,68 zł czyli – jak wskazał zamawiający – do kwoty oferty nr 2.

W ocenie składu orzekającego Izby z *Informacji o unieważnieniu postępowania* z dnia 17 kwietnia 2013 r. w tym z podanych przez zamawiającego, wskazanych powyżej informacji wynika, że zamawiający dokonał badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ zamawiający wprost wskazał, że „przystąpił do czynności, co do których się zobowiązał w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29.03.2013r. i dokonał ponownego badania i oceny ofert” oraz – co istotniejsze – podał wynik tych czynności, tj.:

1. uznał oferty nr 1, 2 i 7 za ważne,
2. uznał, że wykonawcy, którzy złożyli oferty nr 3 – 6 nie są już związani swoimi ofertami ze względu na fakt, że nie przedłużyli terminu związania ofertą, wobec czego oferty te „nie brały udziału w ponownym badaniu i ocenie ofert na skutek uznania zarzutów Odwołującego”,
3. ceny ofertowe wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty nr 1, 2 i 7 są wyższe niż kwota, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W odwołaniu, w uzasadnieniu tego zarzutu odwołujący stwierdził, że zamawiający powinien był w pierwszej kolejności dokonać czynności oceny ofert, bowiem bez uprzedniego dokonania tej czynności nie mógł ustalić, czy rzeczywiście cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, czy też nie.

Skład orzekający Izby stwierdził, że z podanych przez zamawiającego, wskazanych powyżej informacji wynika, że ceny wszystkich ofert, które zostały poddane badaniu i ocenie, tj. ofert nr 1, 2 i 7 są wyższe niż kwota, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz, że stwierdzenie zamawiającego jest zgodne ze stanem

faktycznym przedmiotowego postępowania. Oferty nr 1, 2 i 7 zawierają bowiem odpowiednio ceny: 1 290 908,88 zł, 1 126 284,48 zł i 1 155 605,96 zł, zaś kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na to zamówienie wynosiła 999 898,80 zł.

Ustalenie to jest wystarczające do uznania, że „rzeczywiście cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”, ponieważ wybór oferty najkorzystniejszej mógł być dokonany tylko spośród tych trzech ofert, a skoro każda z nich jest wyższa od kwoty 999 898,80 zł, to tym samym cena oferty najkorzystniejszej jest od kwoty 999 898,80 zł wyższa.

W ocenie składu orzekającego Izby nie następuje również żadnych trudności ustalenie, która z ofert w przedmiotowym postępowaniu otrzymała „status” oferty najkorzystniejszej – jest nią bez wątpliwa oferta odwołującego, co wynika z uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania, tj. że zamawiający nie ma możliwości zwiększenia kwoty co najmniej o 126 385,68 zł - czyli do kwoty oferty nr 2, którą złożyła właśnie odwołująca się. Fakt, że oferta ta nie została wybrana pozostał jedynie konsekwencją unieważnienia postępowania.

Co więcej, w ocenie składu orzekającego Izby w świetle aktualnego brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dopuszczalne jest unieważnienie postępowania:

1. zarówno przed badaniem ofert, tj. w sytuacji, gdy ceny wszystkich złożonych ofert przewyższają kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a jednocześnie zamawiający nie może tej kwoty zwiększyć,
2. po badaniu ofert, a przed ich oceną z zastosowaniem przewidzianych kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej – w sytuacji, gdy ceny wszystkich ofert złożonych przez wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni i które to oferty nie zostały odrzucone przewyższają kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a jednocześnie zamawiający nie może tej kwoty zwiększyć,
3. po badaniu i ocenie ofert – w sytuacji, gdy cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a jednocześnie zamawiający nie może tej kwoty zwiększyć do kwoty oferty najkorzystniejszej.

Wskazać bowiem należy, że skoro ceny wszystkich ofert (jak w przypadku 1) albo ceny ofert mogących podlegać ocenie pod względem przyjętych kryteriów oceny oferty (jak w przypadku 2) przewyższają możliwości finansowe zamawiającego, ranking ofert przestaje mieć znaczenie z punktu widzenia możliwości realizacji przez zamawiającego oczekiwanej usługi, dostawy, czy roboty budowlanej. Wówczas, jak wskazano już w orzecznictwie Izby (sygn. akt KIO 2645/11) „z punktu widzenia ekonomiki prowadzenia postępowania tego rodzaju regulacja w korzystny sposób wpływa na skrócenie postępowania”. Dokonywanie, niejednokrotnie czasochłonnnych i kosztownych (eksperti, rzeczoznawcy) czynności badania i oceny ofert w sytuacji, gdy niezależnie od wyniku tegoż badania i oceny zamawiający – ze względów

finansowych, nie będzie mógł udzielić zamówienia publicznego, jest bezcelowe.

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania dokonania oceny ofert w postępowaniu, w tym zaniechania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania poinformowania wykonawców o okolicznościach, których zaistnienie skutkowało unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie potwierdził się.

W *Informacji o unieważnieniu postępowania* z dnia 17 kwietnia 2013 r. zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp podał, że:

1. poinformował wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 999 898,80 zł brutto,
2. w wyniku czynności, co do których zobowiązał się w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 marca 2013 r. (poprzednie odwołanie, którego zarzuty zamawiający uwzględnił), tj. w wyniku unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty nr 6, uprzednio uznanej za najkorzystniejszą) dokonał ponownego badania i oceny ofert złożonych w tym postępowaniu,
3. w wyniku ponownego badania i oceny ofert uznał za ważne oferty nr 1, 2 i 7 (w tym oferta odwołującego, tj. oferta nr 2), zaś oferty nr 3, 4, 5 i 6 nie brały udziału w ponownym badaniu i ocenie, ponieważ wykonawcy, którzy je złożyli przestali być uczestnikami przedmiotowego postępowania ze względu na fakt, że nie przedłużyli samodzielnie terminu związania ofertą (z możliwości tej skorzystali natomiast wykonawcy, którzy złożyli oferty nr 1, 2 i 7),
4. ceny ofertowe zawarte w ofertach nr 1, 2 i 7 są wyższe niż kwota, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,
5. po przeanalizowaniu sytuacji budżetowej, nie ma możliwości zwiększenia kwoty o wartość co najmniej 126 385,68 zł czyli – jak wskazał zamawiający – do kwoty oferty nr 2.

Wypełnienie przez zamawiającego obowiązku podania uzasadnienia prawnego (podstawy prawnej) unieważnienia przedmiotowego postępowania, tj. że zamawiający uczynił to na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp było między stronami bezsporne. Spór dotyczył wyłącznie braku podania przez zamawiającego podstaw faktycznych unieważnienia.

W ocenie składu orzekającego Izby z podanych przez zamawiającego, wskazanych

powyżej informacji wynika – wbrew twierdzeniom odwołującego – także podstawa faktyczna unieważnienia postępowania, która sprowadza się do tego, że dokonana przez zamawiającego analiza budżetu zamawiającego doprowadziła zamawiającego do stwierdzenia, że nie ma on możliwości zwiększenia kwoty, którą przeznaczył na sfinansowanie tego zamówienia, tj. kwoty 999 898,80 zł o kwotę 126 385,68 zł, tj. do kwoty ceny najniższej spośród ofert, które – w ocenie zamawiającego – mogły i zostały poddane badaniu i ocenie.

W ocenie składu orzekającego Izby podane informacje są wystarczające do uznania, że zamawiający wywiązał się, co do uzasadnienia faktycznego, z obowiązku nałożonego przepisem art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ w przypadku podstawy unieważnienia postępowania wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należy uwzględnić charakter tej podstawy prawnej. Jej wyjątkowość polega na tym, że obowiązek unieważnienia postępowania odpada jedynie wówczas, gdy zamawiający może w ramach swoich możliwości finansowych zwiększyć kwotę, którą uprzednio zagwarantował na to konkretne zamówienie, a ocenę tych możliwości należy przypisać zamawiającemu. Jedynie bowiem zamawiający jest w stanie (będąc za to odpowiedzialnym), znając całość zaplanowanych przez siebie zadań i stan ich realizacji, zweryfikować możliwy do udźwignięcia poziom środków finansowych (zwiększenie środków finansowych) pozwalających na realizację konkretnego zamówienia, zaś ingerencja odwołującego ponad kwotę zagwarantowaną (podaną jako kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) w skrajnym przypadku doprowadziłaby do bezprawnego zastępowania zamawiającego w realizacji jego ustawowych zadań bez przejścia przez podmiot ingerujący odpowiedzialności za zadania i budżet zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego Izby odwołujący nie ma żadnej podstawy, aby domagać się od zamawiającego zwiększenia, podanej bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty na realizację zamówienia, a w konsekwencji nie może także oczekiwać, że zamawiający będzie udowadniał, że jego możliwości finansowe na to nie pozwalają.

Odnosząc się do stanowiska odwołującej się, zgodnie z którym zamawiający nie wykazał, że zaszły jakieś zmiany w jego sytuacji i wobec dysponowania ograniczonymi środkami w stosunku do pierwotnie planowanych, priorytety zaspokojenia potrzeb zamawiającego uległy zmianie, w taki sposób, że nie może przeznaczyć większej kwoty środków na sfinansowanie usług stanowiących przedmiot zamówienia, skład orzekający Izby wskazuje, że w rozpoznawanej sprawie nie doszło do żadnego ograniczenia środków w stosunku do pierwotnie zaplanowanych. Zmianie nie uległy także priorytety zamawiającego zaspokojenia jego potrzeb, ale – co podkreślił zamawiający na rozprawie – „nie ma pieniędzy pozwalających zawrzeć umowę na kwotę wynikającą z ceny oferty nr 2; nie stać go na to zamówienie za taką cenę” oraz „nie uzyskał żadnych dodatkowych środków, które mógłby przeznaczyć dodatkowo na realizację przedmiotowego zamówienia. Nie zrezygnował także z realizacji żadnego innego zadania”.

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania poinformowania wykonawców o okolicznościach, których zaistnienie skutkowało unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie potwierdził się.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: