

Sygn. akt: KIO 1790/23

WYROK

z dnia 6 lipca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmína Pawlik

Katarzyna Prowadzisz Małgorzata Rakowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2023 r. przez wykonawcę Mobilis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Zarządowi Transportu Miejskiego w Warszawie unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie Części I i II zamówienia podjętej w dniu 13 czerwca 2023 r.;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie na rzecz odwołującego Mobilis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;
3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego Mobilis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej nadpłacony ponad należyty wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1790/23

Uzasadnienie

Zamawiający Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanego w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych nadzorowanych przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, numer referencyjny: 022/2023/PN. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 kwietnia 2023 r. pod numerem 2023/S 074-222456. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 23 czerwca 2023 r. wykonawca Mobilis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania w Części I i II. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 255 pkt 3 w zw. z art. 222 ust. 4 w zw. z art. 362 ustawy Pzp poprzez niezasadne unieważnienie postępowania w Części II, mimo iż brak jest ku temu podstaw, tj. oferta z najniższą ceną w wysokości 185 680 794,98 PLN brutto, jaką w Części II zamówienia złożył Odwołujący, nie przewyższa kwoty, jaką Zamawiający wskazał, iż zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tej części zamówienia (189 771 120,00 PLN brutto),

a zatem Zamawiający w sposób niezasadny, całkowicie dowolny i sprzeczny z przepisami prawa dokonał unieważnienia postępowania w zakresie Części II;

2. art. 255 pkt 3 w zw. z art. 222 ust. 4 w zw. z art. 362 ustawy Pzp poprzez niezasadne unieważnienie

postępowania w Części I, w sytuacji w której Zamawiający – po pierwsze – z uwagi na posłużenie się błędnymi danymi (niesłusznie, analogicznie jak w Części II), co do ceny zaoferowanej przez Odwołującego, nie rozważył (bo w takiej sytuacji nie mógł) w sposób dostateczny (w ogóle), czy może zwiększyć kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tej części zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty (z najniższą ceną) jaką złożył Odwołujący, a ponadto – po drugie – z uwagi na okoliczności sprawy nie sposób uznać, iż Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie tej części zamówienia do ceny zaoferowanej przez Odwołującego;

a w konsekwencji

3. art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w Części II oraz Części I, przeprowadzenia badania i oceny ofert w Części II zamówienia oraz Części I zamówienia, dokonanie wyboru ofert Odwołującego w zakresie obu części zamówienia.

Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał na istotne elementy stanu faktycznego, podkreślając, iż już na pierwszy rzut oka widać, że zaoferowana przez Odwołującego cena za Część II zamówienia (185 680 794,98 PLN) jest niższa od kwoty, jaką Zamawiający wskazał, że zamierzał przeznaczyć na jej sfinansowanie (189 771 120,00 PLN). Natomiast cena zaoferowana przez Odwołującego za Część I zamówienia (164 901 595,54 PLN) jest tylko nieznacznie (uwzględnivszy wartość zamówienia) wyższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na jej sfinansowanie (155 032 920,00 PLN). Okoliczności te znalazły swoje odzwierciedlenie w protokole postępowania. Mimo powyższych okoliczności, w dniu 13 czerwca 2023 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania w zakresie obu części zamówienia. W uzasadnieniu swojej decyzji podał, że dokonał przeliczenia (przy zastosowaniu Załącznika nr 4 do SWZ) cen podanych przez Odwołującego i w ten sposób doliczył do nich – po pierwsze – maksymalną wartość waloryzacji dla całego okresu realizacji danej części zamówienia – po drugie – maksymalną pracę przewozową (maksymalną liczbę wozokilometrów), którą Zamawiający może ewentualnie zlecić Wykonawcy na przestrzeni całego okresu realizacji danej części zamówienia. Przeliczone, a de facto zwiększone, w ten sposób przez Zamawiającego ceny zaoferowane przez Odwołującego przekraczają kwoty, które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie obu części zamówienia. Odwołujący nie zgodził się z takim podejściem Zamawiającego, nie znajduje ono bowiem zdaniem Odwołującego oparcia ani w treści przepisów prawa, ani też dokumentacji postępowania. W ten schemat wpisuje się również unieważnienie postępowania na Część I zamówienia, co do której wprowadzie cena oferty Odwołującego przekracza kwotę jaką Zamawiający wskazał, że zamierzał przeznaczyć na jej sfinansowanie, niemniej jednak również i w tym przypadku Zamawiający niesłusznie unieważnił postępowanie w zakresie tej części zamówienia. Ponadto w związku z nieuprawnionym przeliczeniem cen z ofert Odwołującego złożonych w obu częściach, Zamawiający, który powinien przed unieważnieniem postępowania w Części I rozważyć możliwość zwiększenia kwoty na sfinansowanie tej części zamówienia, w tym celu wziął pod uwagę kwotę, która jest o blisko 50 mln zł większa (1/3 kwoty na tę część zamówienia) od ceny oferty Odwołującego. Z uwagi na to przeliczenie, uprawnione jest twierdzenie, że Zamawiający decyzję o braku dodatkowych środków rozważał i podejmował odnosząc się do kwoty powiększonej (to jest będącej wynikiem dokonanego przeliczenia ujętego w informacji

o unieważnieniu Postępowania), a nie w stosunku do kwoty oferty Odwołującego złożonej w Części I. Jest to w ocenie Odwołującego działanie nieprawidłowe.

W odniesieniu do Części II zamówienia Odwołujący podniósł, iż zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i doktrynie nie budzi żadnych wątpliwości, że przewidziany w art. 255 ustawy Pzp katalog podstaw unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia ma charakter zamknięty. Co więcej, niejako w uzupełnieniu do powyższego, podkreśla się również, iż nie jest możliwe w przypadku podstaw unieważnienia postępowania stosowanie wykładni rozszerzającej. Wręcz przeciwnie, winna ona mieć charakter ścisły (zawężający). Zasady ta odnosi się do wszystkich uregulowanych w treści art. 255 ustawy Pzp przesłanek unieważnienia postępowania. Odmienne zachowanie skutkować, więc będzie rozszerzeniem katalogu ww. przesłanek. W przedmiotowej sprawie Zamawiający unieważniając postępowanie, powołał się na art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego przedmiotowa regulacja jest jasna i nie budzi żadnych wątpliwości. Do stwierdzenia, czy zaszła ewentualna podstawa unieważnienia postępowania niezbędne jest proste porównanie dwóch wartości: po pierwsze zaoferowanej przez wykonawcę ceny oraz po drugie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący za realizację Części II zamówienia zaoferował cenę w wysokości 185 680 794,98 PLN. Wartość tę można wprost wyczytać z treści oferty Odwołującego. Zamawiający z kolei wskazał, iż kwota, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w Części II wynosi 189 771 120,00 PLN. Jest to okoliczność, która nie budzi sporu. W sposób oczywisty druga z przywołanych wartości jest zatem wyższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego, a zatem brak jest w takiej sytuacji podstaw do zastosowania art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Prawdopodobnie i słuszność takiego „najprostszego z możliwych”, zgodnego z literalnym brzmieniem przepisów (art. 255 pkt 3 oraz art. 222 ust. 4 ustawy Pzp), podejścia do omawianej kwestii potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo Odwołujący wskazał na wyrok z dnia 24 stycznia 2020 roku, sygn. akt KIO 83/20, cytując fragmenty orzeczenia. Proste porównanie ceny i budżetu Zamawiającego podanego przed otwarciem ofert, bez niczym nieuzasadnionego przeliczania ceny z oferty Odwołującego, daje jednoznaczny rezultat: oferta Odwołującego w Części II nie przekracza kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie Części II zamówienia. Brak jest zatem podstaw do unieważnienia postępowania w zakresie tej części.

Odwołujący podkreślił, że opisane powyżej postępowanie pozwala na pełną realizację podstawowych zasad zamówień

publicznych, w tym zasady przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców. W ten sposób eliminuje się bowiem dyskrecjonalność czy też dowolność/arbitralność zamawiającego, jeśli chodzi o korzystanie z podstaw do unieważnienia postępowania, w sytuacji choćby, na przykład, preferowania bądź nie danego

wykonawcy. I odwrotnie - możliwość swobodnego, nieuzasadnionego zmieniania kwot przez Zamawiającego otwiera z kolei drogę do unieważniania postępowania w sytuacjach, w których brak ku temu faktycznych podstaw. Na kwestię tę zwróciła uwagę Izba w cytowanym już powyżej wyroku. W ocenie Odwołującego nie sposób zrozumieć, na jakiej podstawie Zamawiający postanowił unieważnić postępowanie w Części II. Przywołana regulacja prawna w zestawieniu z wartościami (kwotami), jakie ujawniły się w toku postępowania w Części II (kwoty podane przez Zamawiającego przed otwarciem ofert i ceny oferty Odwołującego), absolutnie nie dawała ku temu podstaw.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji o unieważnieniu postępowania podał, że cenę oferty Wykonawcy należy przeliczyć przy zastosowaniu Załącznika nr 4 do SWZ poprzez powiększenie jej o - po pierwsze - maksymalną wartość waloryzacji dla całego 37-miesięcznego okresu realizacji Części II zamówienia - po drugie - maksymalną pracę przewozową (maksymalną liczbę wozokilometrów), którą Zamawiający może ewentualnie zlecić Wykonawcy na przestrzeni całego 37-miesięcznego okresu realizacji Części II zamówienia. Odwołujący nie zgodził się z takim działaniem. Niezależnie bowiem od tego, że jest to sprzeczne z przywołanymi przepisami prawa - w tej sytuacji nie bierzemy bowiem do porównania oferty z najniższą ceną, ale ofertę z najniższą ceną powiększoną o stosowne, wskazane przez Zamawiającego kwestie (waloryzacja, zwiększenie pracy przewozowej, etc.). Odwołujący dodał, że Zamawiający chce powiększać ofertę Odwołującego bez żadnej podstawy w dokumentacji postępowania (a tym bardziej bez oparcia w przepisach prawa). Co więcej, Zamawiający faktycznie zwiększa wartość oferty Odwołującego o świadczenia jedynie potencjalne (ewentualne), które w przyszłości mogą, ale wcale nie muszą wystąpić. Jest to sprzeczne z dotychczasowym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (Odwołujący powołał się na wyroki Izby z dnia 2 sierpnia 2021 roku, sygn. akt KIO 1957/21, z dnia 12 marca 2018 roku, sygn. akt KIO 359/18, w wyroku z dnia 5 stycznia 2017 roku, sygn. akt KIO 2414/16). Konieczność opisanego na obecnym etapie wyliczenia ostatecznej wartości oferty - wbrew temu, co sugeruje Zamawiający - wcale nie wynika z jakiegokolwiek postanowienia dokumentacji postępowania. Co więcej, z SWZ płyną wręcz odmienne wnioski. Jak wskazano bowiem choćby w treści Rozdziału XVI pkt 3 SWZ: Cena podana przez Wykonawcę w ofercie musi być całkowitą ceną obejmującą liczbę wozokilometrów wskazanych w formularzu ofertowym, oddzielnie dla każdej części. W taki też sposób Odwołujący wyliczył swoją cenę, którą podał w ofercie. Jest to kwota, o której wspomina art. 255 pkt 3 ustawy Pzp („oferta z (najniższą) ceną”). Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że to właśnie ta wartość, obiektywna, podana przez wykonawcę, a nie bezzasadnie przeliczania „w jakiś sposób” przez zamawiającego powinna zostać porównana z kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Ponadto, Zamawiający określając wartość, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sposób oczywisty powinien uwzględnić to, co nakazał wycenić wykonawcy. Obie wartości mają być bowiem - zgodnie z przepisami - porównane (porównywalne) i dać ewentualne podstawy do dalszych działań zamawiającego. Co przy tym istotne, to Zamawiający określa to, co powinni dla niego wycenić wykonawcy. Także w tej sprawie tak się stało. Już choćby zgodnie z powyżej przywołanym pkt 3 Rozdziału XVI SWZ oferenci zobowiązani byli do podania „całkowitej ceny obejmującej liczbę wozokilometrów wskazanych w formularzu ofertowym.” W formularzu tym wskazano konkretną wartość wozokilometrów, stanowiącą ściśle określony przedmiot zamówienia (12.333.333 wkm). Obecnie zwiększanie tej wartości o - ze swej natury - niewiadomą waloryzację, czy też wartość dodatkową wkm (+5%), która jednocześnie może być wartością ujemną (Zamawiający zastrzegł bowiem także możliwość pomniejszenia przedmiotu zamówienia o 10%), nie znajduje uzasadnienia w treści dokumentacji postępowania i ma charakter całkowicie dowolny (uznaniowy, swobodny). Nieprawdą jest przy tym również twierdzenie, iż podstawy opisanego przeliczenia ofert wykonawców wynikają z Załącznika nr 4 do SWZ. Po pierwsze bowiem Zamawiający w SWZ nigdzie nie podał informacji, że oferty wykonawców (w tym w zakresie oceny takich ofert) podlegać będą zwiększeniu z uwagi na treść tego załącznika. Po drugie, załącznik ten został przywołany w § 4 ust. 8 wzoru umowy w kontekście wyliczenia wartości maksymalnego (potencjalnego, hipotetycznego) zobowiązania Zamawiającego względem wybranego wykonawcy (nieprzekraczającego tej wartości w całym 37-miesięcznym okresie realizacji danej części zamówienia), a nie realnego (konkretnego, na swój sposób gwarantowanego, nominalnego). Jest to zatem określenie jedynie pewnej granicy, której Zamawiający nie przekroczy, a nie kwoty (realnego) wynagrodzenia wykonawcy (jaką Zamawiający przeznaczy na realizację danej części zamówienia). Maksymalna oznacza, że „nie przekroczy”, a nie, że „tyle wyniesie”. Odwołujący podkreślił także, że załącznik ten (oraz określony w nim sposób liczenia) nie pojawia się w kontekście sposobu obliczenia ceny ofertowej. Wręcz przeciwnie, w tej właśnie części SWZ, która jest przecież kluczowa z punktu widzenia oceny i wyboru oferty (w której to Zamawiający wskazał, na podstawie czego będzie sporządzany ranking ofert), ZTM nie wspominał ani słowa o tym, że będzie przeliczał w opisany powyżej sposób oferty wykonawców. Opis kryterium nr 1 wprost wspomina o „najniższej cenie oferowanej brutto” - tylko tyle, nie ma wzmianki o jakimkolwiek jej przeliczeniu (a w szczególności przy wykorzystaniu Załącznika nr 4 do SWZ).

Odwołujący wskazał także na wyrok KIO z 30 marca 2023 roku, sygn. akt KIO 713/23, w którym zamawiający celem porównania oferty wykonawcy z kwotą, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zdecydował się zwiększyć wartość tej oferty

o świadczenia przyszłe i niepewne, nie informując jednocześnie, że także podana przez niego kwota przed otwarciem ofert obejmuje tego typu zmienne. Izba w sposób bardzo krytyczny odniosła się do tego typu praktyk, (Odwołujący zacytował fragmenty orzeczenia). Biorąc pod uwagę powyższe, nie sposób uznać, że Zamawiający miał jakiegokolwiek podstawy, aby przeliczać wartość oferty zaproponowanej przez Odwołującego; po drugie - w konsekwencji tego - aby istniały podstawy do unieważnienia postępowania w Części II. Odwołujący zaznaczył, że uwagi te (zarzuty) odnoszą się także do Części I postępowania. Zamawiający nieprawidłowo bowiem (analogicznie) przyjął wartość oferty także w tym zakresie (zwiększył ją o opisane powyżej zmienne). W związku jednak z tożsamością argumentacji zbędne jest jej

powtarzanie w odniesieniu do Części I.

W odniesieniu do Części I Odwołujący wskazał ponadto, iż z uzasadnienia decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania także w Części I płynie niewątpliwie wniosek, że Zamawiający nawet rozważając ewentualną możliwość zwiększenia budżetu, o którym wspomina art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, dokonał tego w stosunku do wartości „powiększonej oferty” (tj. po przeliczeniu określonym w przedmiotowej decyzji), jak to opisano powyżej. We wspomnianej decyzji Zamawiający bowiem wprost referuje do tej właśnie wartości. Nie budzi wątpliwości, że to właśnie ta wartość stała się podstawą podjętej przez Zamawiającego decyzji o braku możliwości wygospodarowania dodatkowych środków na sfinansowanie Części I zamówienia. Podkreślenia przy tym wymaga, że kwota ta jest o ok. 50 mln zł wyższa niż pierwotnie wskazana przez Odwołującego w ofercie. Co więcej, wspomniana wartość stanowi aż ok. 1/3 wartości tej części zamówienia. Powyższe jest o tyle istotne, że zgodnie z treścią przywołanego już art. 255 pkt 3 Pzp, a także orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający przed unieważnieniem postępowania, w sytuacji, w której oferta przewyższa budżet Zamawiającego, powinien rozważyć, czy nie jest aby w stanie wygospodarować dodatkowych (określonych) środków, o które zwiększy kwotę na sfinansowanie zamówienia, co z kolei pozwoli osiągnąć główny cel postępowania, jakim jest zawarcie umowy o zamówienie publiczne. Aby tak się jednak stało, Zamawiający musi być w pełni świadom, o ile musi zwiększyć swój budżet. Jak już powyżej wykazano, z uwagi na całkowicie nieuprawnione działanie w postaci powiększenia wartości oferty Odwołującego, Zamawiający dokonał stosownego porównania z uwzględnieniem kwoty o około 50 mln zł wyższej niż należało to w tym zakresie uczynić. Już tylko z tego powodu, tj. błędnego przyjęcia do oceny wartości ofert, odwołanie także odnośnie Części I zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający powinien bowiem ponownie, uwzględniając wartość oferty, rozważyć, czy nie jest w stanie zwiększyć swojego budżetu.

Odwołujący podkreślił, że jeśli wziąć pod uwagę oszczędności, jakie przy ewentualnym podpisaniu umowy z Odwołującym na realizację Części II zamówienia udałoby się

Zamawiającemu wygospodarować (ok. 4 mln zł), uwzględniając różnice między wartością oferty w Części I, a kwotą, jaką zamierza przeznaczyć na jej sfinansowanie Zamawiający (ok. 9 mln zł), wartość, jaką realnie powinien brać pod uwagę ZTM w kontekście zwiększenia budżetu jest około dziesięciokrotnie mniejsza ponieważ wynosi tylko ok. 5 mln zł. Należy przy tym pamiętać, że kwota dotycząca Części I zamówienia sięga ponad 150 mln zł. Wspomniana kwota ok. 5 mln zł stanowi zatem ok. 3% wartości tej części zamówienia. W ocenie Odwołującego Zamawiający podejmując stosowne decyzje odnośnie zwiększenia budżetu zamówienia powinien mieć również na względzie (co też podkreśla się także w orzecznictwie KIO), że – po pierwsze – przeprowadzenie nowego postępowania o udzielenie zamówienia również wiąże się z kosztami, które będzie musiał ponieść. Po drugie, nie oznacza to w sposób oczywisty, że w „ponownym rozdaniu” Zamawiający otrzyma oferty niższe niż na obecnym etapie. Po trzecie, pamiętać należy, że transport publiczny to jedna z najistotniejszych usług publicznych, za które odpowiedzialny jest Zamawiający. W ostatecznym rozrachunku zatem może się okazać, że znacznie lepszym dla Zamawiającego rozwiązaniem jest obecne zwiększenie budżetu niż unieważnianie postępowania w tej części. Odwołujący w pełni szanuje troskę i prawo Zamawiającego do dysponowania własnym budżetem, niemniej jednak, biorąc pod uwagę wartość zamówienia, a także kwoty, jakimi dysponuje na co dzień Zamawiający, trudno uznać, że ok. 5 mln zł za wartość, o jaką Zamawiający nie może zwiększyć budżetu zamówienia. Jak wskazano, stanowi ona niewielki procent wartości tej części zamówienia (nie mówiąc już o całym zamówieniu – mniej niż 1%).

Odwołujący wskazał, iż choćby w postępowaniach przeprowadzonych przez Zamawiającego w 2022 roku wynika, że doszło do wyboru oferty wykonawców, mimo że ceny ofert złożonych przez wybranych wykonawców były nawet wyższe od podanych przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwot i to przy znacznie wyższych różnicach oraz skromniejszych budżetach na zamówienie: - różnica: 6 882 562,95 zł [38 015 433,70 zł minus 31 132 870,75 zł] dot. Świadczenia usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego łączącego obszar Gmin Góra Kalwaria, Lesznowola, Piaseczno i Prażmów z Warszawą; numer postępowania: 001/2022/PN; nazwa wybranego wykonawcy: Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej „POLONUS” w Warszawie Spółka Akcyjna, Aleje Jerozolimskie 144, 02-305, Warszawa; Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. Sp. z o.o., Chełmońskiego 33, 05-825, Grodzisk Mazowiecki; - różnica: 5 239 746,58 zł [24 092 289,56 zł minus 18 852 542,98 zł] dot. Świadczenia usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego łączącego obszar Gmin Józefów, Karczew, Otwock i Wiązowna z Warszawą; numer postępowania: 002/2022/PN; nazwa wybranego wykonawcy: Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. Sp. z o.o., ul. Chełmońskiego 33, 05- 825,

Grodzisk Mazowiecki. Powyższe zapatrywania Odwołującego znajdują potwierdzenie w orzecznictwie Izby. Przykładowo wskazano na wyroki z dnia 23 października 2017 roku, sygn. akt KIO 2093/17, z dnia 12 marca 2018 roku, sygn. akt KIO 301/18, z dnia 2 marca 2018 roku, sygn. akt KIO 275/18.

Uwzględniając powyższe, w ocenie Odwołującego, z uwagi na nieuzasadnione przeliczenie zaoferowanej przez Odwołującego ceny w Części I zamówienia i przyjęcie, że właśnie o taką kwotę Zamawiający miałby zwiększyć budżet na Część I zamówienia, doszło do niezasadnego unieważniania postępowania w Części I. Uniemożliwiło to bowiem Zamawiającemu rzetelne rozważenie ewentualnej możliwości zwiększenia kwoty, jaką Odwołujący podał, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie Części I zamówienia. Dodatkowo, w ocenie Odwołującego, kwota ok. 5 mln zł nie jest wartością, której Zamawiający nie jest w stanie wygospodarować.

Zamawiający na posiedzeniu złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający na wstępie wskazał, iż jest jednostką organizacyjną m.st. Warszawy nie posiadającą osobowości prawnej, prowadzoną w formie jednostki budżetowej i odwołał się do zasad funkcjonowania jednostek budżetowych określonych ustawą z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1634 ze zm.), a także wskazał na

przepisy ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 289 ze zm.). W oparciu o przywołane przepisy ww. ustaw Zamawiający wskazał, iż jednostka budżetowa winna przed zaciągnięciem zobowiązania finansowego posiadać zapewnione w planie finansowym środki na jego realizację. Podkreślił, iż wysokość przedmiotowych środków przewidzianych w dokumentach budżetowych stanowi nieprzekraczalny limit wydatków z danego tytułu. Z uwagi na powyższe unormowania, kierownik jednostki oraz główny księgowy są zobowiązani do dochowania szczególnej staranności w zakresie ustalenia wysokości zaciąganego zobowiązania finansowego, które winno uwzględniać jego maksymalną wysokość. Innymi słowy zgodnie z zasadą rzetelności, limit wydatków winien uwzględniać maksymalny poziom wynikający z postanowień umowy, gdyż dokonywanie wydatków powyżej ustalonego progu jest niedopuszczalne oraz rodzi bezskuteczność takiej umowy, jak również może stanowić podstawę do jej nieważności. Zamawiający wskazał, iż przepisy ustawy Pzp nie mogą być interpretowane w oderwaniu od wskazanych powyżej uwarunkowań finansów publicznych. Zarówno sposób ustalenia wartości zamówienia, o którym mowa w art. 35 ustawy Pzp jak i kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia, o której mowa w art. 222 ust. 4 ustawy Pzp winny zostać ustalone z uwzględnieniem wskazanych zasad. Również z punktu widzenia zasady transparentności udzielania zamówień publicznych oraz funkcjonowania

jednostek sektora finansów publicznych, kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia winna odpowiadać kwocie zaangażowanej przez zamawiającego w ramach jego gospodarki budżetowej stanowiącej limit wydatków z danego tytułu. Stanowisko takie potwierdza orzecznictwo komisji orzekających w sprawach naruszeń dyscypliny finansów publicznych oraz Regionalnych Izb Obrachunkowych (Zamawiający powołał stosowne orzecznictwo). W przedmiotowej sprawie wartość zamówienia w rozumieniu art. 35 ustawy Pzp jak i odpowiadająca jej kwota, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 222 ust. 4 Pzp zostały ustalone z uwzględnieniem powyższych zasad finansów publicznych na podstawie zakresu zamówienia w maksymalnej wielkości oraz przy maksymalnej wartości waloryzacji zakładanej w projekcie umowy. Podejście takie wydaje się jedynym uzasadnionym z punktu widzenia celowości i gospodarności wydatkowania środków publicznych, ogranicza bowiem ryzyko naruszenia zasad finansów publicznych. Sposób działania Zamawiającego jest również korzystniejszy dla samych wykonawców, gdyż wysokość kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia stanowi rzeczywisty limit wydatków. Przyjęcie filozofii proponowanej przez Odwołującego prowadziłoby nie tylko do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, ale również do znacznego ograniczenia wysokości kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia i oderwanie jej od wartości przewidzianych w planie finansowym Zamawiającego. W praktyce skutkowałoby to de facto brakiem możliwości zlecenia przez Zamawiającego usług powyżej wartości nominalnej oraz dokonywania waloryzacji. Skoro bowiem kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia miałaby być ustalona bez uwzględnienia waloryzacji i maksymalnego zakresu zlecenia, a stanowi ona nieprzekraczalny limit wydatków, to Zamawiający nie mógłby przeznaczyć większych środków na zapłatę zwaloryzowanego wynagrodzenia wykonawcy czy też zlecenia usług do wysokości przewidzianej umową.

Następnie Zamawiający wskazał, iż zgodnie z poglądem doktryny, art. 255 ust. 3 ustawy Pzp określa dwie alternatywne sytuacje stanowiące podstawę unieważnienia postępowania: cena lub koszt najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, lub oferta z najniższą ceną przewyższa tę kwotę. Wystąpienie jednej z nich skutkuje unieważnieniem postępowania. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu, lub oferta z najniższą ceną lub kosztem (art. 239 ust. 2 ustawy Pzp). Ustalenie, która ze złożonych ofert jest najkorzystniejszą ofertą, wymaga zatem dokonania badania i oceny ofert. Natomiast oferta z najniższą ceną oznacza ofertę, która zawiera najniższą cenę, abstrahując od tego, czy miałaby ona szanse zostać uznana za najkorzystniejszą. Powyższe oznacza, że zamawiający może unieważnić postępowanie nie tylko po ocenie ofert, ale też

przed przystąpieniem do tej oceny, a nawet bez wykonywania jakichkolwiek czynności w postępowaniu, innych niż ustalenie najniższej ceny oferty. Zamawiający może zatem unieważnić postępowanie po otwarciu ofert na każdym późniejszym etapie postępowania aż do wyboru najkorzystniejszej oferty. Wybór najkorzystniejszej oferty możliwy będzie bowiem tylko w sytuacji zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia. Zamawiający podkreślił, iż kwota zamówienia, ze względu na wynikających z zasad finansów publicznych, uwzględniała maksymalny ujęty w umowie zakres przedmiotu zamówienia oraz maksymalny przewidywany umową poziom waloryzacji w okresie obowiązywania umowy. Poziom limitu waloryzacji został ustalony przez Zamawiającego po dokonaniu wszechstronnej analizy wskaźników ekonomicznych oraz prognoz udostępnionych przez instytucje finansowe, w szczególności Narodowy Bank Polski. Prawdopodobność działań Zamawiającego w tym zakresie została potwierdzona w wyroku z dnia 11 maja 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1154/23, zapadłego w toku niniejszego postępowania. W tych okolicznościach w celu zbadania przesłanki unieważnienia tj. porównania kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia z ceną zawartą w ofercie, należało w cenie ofertowej uwzględnić identyczne czynniki tj. maksymalną pracę przewozową oraz maksymalny poziom waloryzacji. Dopiero porównanie kwot ustalonych według jednolitych kryteriów oraz uwzględniających identyczne czynniki, mogło prowadzić do miarodajnych wniosków.

Z uwagi na powyższe, Zamawiający uwzględniając zaoferowaną przez wykonawcę cenę jednostkową za 1 wozokilometr, przy zastosowaniu wzoru określonego w załączniku 4 do SWZ - Wzór wyliczenia maksymalnego zobowiązania, dokonał ustalenia łącznego wynagrodzenia wykonawcy w okresie obowiązywania umowy. Zamawiający podkreślił, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie stosował jakichkolwiek dowolnych lub arbitralnych metod ustalania ceny wynikającej z oferty. Zamawiający dokonał ustalenia maksymalnego wynagrodzenia brutto zgodnie z załącznikiem 4 do SWZ przy uwzględnieniu jednoznacznie wskazanych tam czynników tj. maksymalnego zakresu przedmiotu zamówienia i maksymalnej wartości waloryzacji. Zasady ustalania ww. kwoty były od początku elementem dokumentacji postępowania znanym Odwołującemu, którego nie kwestionował oraz nie zgłaszał jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie mimo aktywnego udziału w postępowaniu. Za całkowicie nieuzasadnioną w ocenie Zamawiającego należy uznać argumentację Odwołującego, w zakresie charakteru załącznika nr 4 do SWZ. Zamawiający wskazał, iż Rozdział XVI SWZ - Opis sposobu obliczania ceny, dotyczy sposobu wypełnienia formularza ofertowego. Trudno zatem przyjąć, iż brak odniesienia

do załącznika 4 może być interpretowany jako jego wyłączenie z procedury ustalenia ceny wynikającej z oferty dla jej porównania z kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. Pełne uzasadnienie znajduje wniosek przeciwny - załącznik nr 4 jako element SWZ winien zostać uwzględniony

dla ustalenia ceny zawartej w ofercie w celu jej miarodajnego porównania z kwotą przeznaczoną na sfinansowanie przedmiotu zamówienia, stanowi on bowiem integralny element dokumentacji postępowania.

W tych okolicznościach, w ocenie Zamawiającego, proponowana przez Odwołującego metoda prostego porównania kwoty wynikającej z formularza ofertowego, polegająca na przemnożeniu stawki za 1 wozokilometr oraz pracy przewozowej w liczbie 12 333 333 wozokilometrów z kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, prowadziłoby de facto do wyłączenia możliwości dokonania waloryzacji oraz zwiększenia pracy przewozowej ponad 4 mln wozokilometrów rocznie, a zatem do podważenia kluczowych postanowień projektu umowy. W przedstawionym kontekście równie trudne do uzasadnienia z punktu widzenia logiki pozostaje stanowisko Wykonawcy, jakoby załącznik nr 4 funkcjonował jedynie jako załącznik do umowy określający maksymalne zobowiązanie Zamawiającego. Przyjęcie takiego rozumowania również prowadziłoby do ograniczenia możliwości waloryzacji lub możliwości zlecenia usług zgodnie z umową, po wyczerpaniu tej kwoty. Stanowisko Odwołującego jest tym bardziej trudne do przyjęcia w kontekście wcześniejszych zarzutów podnoszonych przez niego w postępowaniu KIO 1154/23, gdzie wskazywał on na konieczność znacznego podniesienia limitu waloryzacji podczas gdy teraz dopuszcza sytuację, w której będzie realizował umowę bez waloryzowania stawek.

W dalszej kolejności Zamawiający podniósł, iż w projekcie umowy, określił przedmiot zamówienia w postaci rocznej liczby zleconych kilometrów z możliwością jej ograniczenia o 10% lub zwiększenia o 5% (§ 1 ust 3 Umowy). Takie określenie przedmiotu zamówienia wynika w pierwszej kolejności z jego charakteru. Zamawiający działający jako organizator publicznego transportu zbiorowego w aglomeracji warszawskiej, zleca przewozy według rozkładów jazdy na poszczególnych liniach co wyłącza możliwość zlecenia dokładnej liczby wozokilometrów określonych w umowie. W drugiej kolejności, ograniczenia lub zwiększenia liczby zleconych wozokilometrów gwarantują możliwość elastycznego reagowania Zamawiającego zarówno na warunki drogowe (objazdy, wyłączenia z ruchu, utrudnienia) jak i potrzeby oraz wnioski wykonawców (ograniczenia zleczanych wozokilometrów ze względu na braki kadrowe, awarie itp.). Możliwość określenia przedmiotu zamówienia w przedstawionym powyżej sposób nie budzi wątpliwości, co Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła w wyroku z dnia 11 maja 2023 r. w sprawie o sygn. KIO 1154/23. Jednocześnie zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 26 listopada 2021 r. KIO 3233/21, zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. A contrario, zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia, o ile określi w dokumentach

zamówienia w sposób precyzyjny minimalną wartość lub wielkość świadczenia oraz związanego z tym gwarantowanego poziomu wynagrodzenia umownego. Innymi słowy, zamawiający nie może ukształtować postanowień umowy w sposób, który pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia. Mając na uwadze wskazane orzecznictwo, należy uznać iż mimo że Krajowa Izba Odwoławcza dopuszcza określenie nominalnego zakresu przedmiotu zamówienia, to co do zasady art. 433 pkt 4 Pzp przewiduje co najmniej określenie: po pierwsze zakresu przedmiotu zamówienia oraz po drugie zakresu jego ograniczenia. Innymi słowy zamawiający jest zobligowany do przewidzenia wartości maksymalnej i minimalnej zakresu przedmiotu zamówienia. W przedstawionym kontekście, bezsprzecznie należy zatem uznać, iż koszt najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 255 pkt 3 Pzp winien uwzględniać maksymalny zakres pracy przewozowej. Posłużenie się wartością nominalną, stanowiącą de facto wartość niejako pomocniczą wprowadzoną przez Zamawiającego w celu wypełnienia formularzy ofertowych, porównania ofert czy ustalenia wielkości zabezpieczenia, nie znajduje uzasadnienia w przepisach Pzp.

Zamawiający podniósł, iż w odwołaniu powołano się na szereg orzeczeń dotyczących prawa opcji. Podkreślić należy jednak, iż wnioski wynikające z przywoływanego przez Odwołującego orzecznictwa nie będą miały zastosowania w przedmiotowej sprawie. Zamawiający zaznaczył różnicę pomiędzy możliwością ograniczenia przedmiotu zamówienia przewidzianą w art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, a prawem opcji określonym w art. 441 ustawy Pzp. W przypadku prawa opcji, orzecznictwo i doktryna jednoznacznie wskazują na jednostronny charakter uprawnienia zamawiającego do rozszerzenia (zwiększenia) przedmiotu umowy na zasadach opisanych w dokumentacji postępowania. Decyzja w zakresie skorzystania z tego prawa może zapaść jedynie w określonych w umowie warunkach jednak prawem zamawiającego jest rezygnacja ze skorzystania z opcji zaś wykonawca nie może żądać rozszerzenia przedmiotu zamówienia na zasadach prawa opcji. Konsekwencją wskazanych uwarunkowań jest brak konieczności zabezpieczenia środków budżetowych w celu realizacji prawa opcji na etapie udzielania zamówienia podstawowego. Zabezpieczenie w budżecie środków na realizację prawa opcji aktualizuje się dopiero w momencie podjęcia przez zamawiającego decyzji o skorzystaniu z tego prawa. Tymczasem w przypadku ustalenia przedmiotu zamówienia na zasadzie określonej w art. 433 pkt 4 ustawy Pzp tj. ustalenia maksymalnego i minimalnego poziomu zamówienia, środki budżetowe winny zostać zabezpieczone w pełnym zakresie jeszcze przed udzieleniem zamówienia publicznego, gdyż Zamawiający niejako na bieżąco, ze względu na charakter zamówienia, może w nieznaczny sposób dostosowywać (ogranaczać) jego wielkość do warunków realizacji. Stanowisko takie wydaje się w pełni uzasadnione z punktu widzenia

przytoczonych przepisów jak i praktyki. Prawo opcji polega bowiem na znacznym zwiększeniu zakresu realizacji przedmiotu zamówienia. Tymczasem zmiana zakresu przedmiotu zamówienia np. poprzez jego nieznaczne ograniczenie, ma na celu jedynie uelastycznienie postanowień umownych.

Zamawiający wskazał, iż w warunkach niniejszej sprawy, zlecana do wykonania praca przewozowa wynika przede wszystkim z potrzeb przewozowych artykułowanych przez pasażerów, które znajdują odzwierciedlenie w konkretnych rozkładach jazdy. Zbiór kilku rozkładów jazdy stanowi podstawę do określenia zadania przetargowego. W tym przypadku

Zamawiający oszacował podstawową wartość zlecanej pracy przewozowej na poziomie 4 mln wozokilometrów rocznie. Z punktu widzenia Pzp znaczenia ma jednak maksymalna i minimalna praca przewozowa. Długoletnie doświadczenie Zamawiającego każe mu założyć pewien margines zlecanej pracy przewozowej. W przypadku umów okresowych, a tym bardziej kilkuletnich nie ma możliwości uwzględnienia wszelkich zmian w rozkładach jazdy, które na przestrzeni lat będą zachodzić, a wynikają z obiektywnych i niezależnych od Zamawiającego zdarzeń. Do takich zdarzeń należy zaliczyć m.in. wszelkie prace drogowe powodujące konieczność wprowadzenia objazdów. Na to nakładają się awarie wodociągowe, ciepłownicze i inne, a także imprezy sportowe, kulturalne (np. biegi, maratony) czy manifestacje albo inne zdarzenia powodujące zamknięcia ulic i wprowadzanie objazdów. Określona liczba kursów z danego przystanku krańcowego pomnożona przez nominalną długość trasy daje podstawową wartość zamawianej pracy przewozowej, ale w poszczególne dni mogą wystąpić objazdy zarówno zwiększające długość trasy jak i zmniejszające. Stąd w obecnym postępowaniu na podstawie 30-letnich doświadczeń Zamawiający przyjął założenie możliwości zmniejszenia pracy przewozowej o maksymalnie 10% lub jej zwiększenia o maksymalnie 5%. Długoletnie doświadczenia Zamawiającego, a także Odwołującego jako profesjonalnego podmiotu realizującego na zlecenie Zamawiającego umowy już od dwóch dekad, wskazują zazwyczaj na realizację pracy przewozowej w skali roku blisko jej maksymalnego poziomu przewidzianego w umowie. Zamawiający na te ewentualne wydłużenia tras musi dysponować zarezerwowaną odpowiednio w budżecie kwotą środków finansowych. W przypadku braku takich środków i zapisania w umowie konkretnej, niezmiennej wielkości pracy przewozowej, wprowadzenie objazdów wydłużających trasę przejazdu, wiązałoby się z koniecznością zawieszania niektórych kursów, co byłoby niekorzystne dla mieszkańców korzystających z usług przewozowych dla zaspokojenia podstawowych potrzeb takich jak dojazd do pracy, szkoły itp. Określony w SWZ margines zamawianej pracy przewozowej dla danej usługi nie stanowi więc opcji w rozumieniu Pzp a jest niezbędnym środkiem umożliwiającym zlecenie i rozliczenie usług przewozowych.

Zastosowanie przesłanki unieważnienia postępowania określonej art. 255 pkt 3 ustawy Pzp wymaga zbadania przez Zamawiającego czy może on zwiększyć kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia do wysokości ceny lub kosztu wynikającej z oferty z najniższą ceną. Zgodnie z poglądami orzecznictwa i doktryny zamawiający powinien w każdym przypadku zweryfikować swoje możliwości w tym zakresie, biorąc pod uwagę charakter i okoliczności udzielanego zamówienia oraz uwzględniając wiążące go przepisy i zasady dotyczące gospodarowania środkami finansowymi. Należy przy tym zgodzić się z poglądami wypracowanymi w orzecznictwie KIO, iż możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia pozostaje w gestii zamawiającego. Zamawiający powołując się na orzecznictwo podkreślił, że zamawiający „może” zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia nie odnosi się do woli zamawiającego (chcę/nie chcę), lecz do faktycznych możliwości w zakresie dobra, jakie chce pozyskać, udzielając zamówienia. Ocena możliwości zwiększenia kwoty musi być dokonywana z uwzględnieniem faktu, że są takie zamówienia, które nie mogą nie zostać udzielone, a ich zakres determinowany jest nałożonymi na zamawiającego z mocy prawa obowiązkami. Dopiero ustalenie braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia uprawnia zamawiającego do unieważnienia postępowania

W przedmiotowej sprawie Zamawiający dokonał kompleksowej analizy możliwości zwiększenia kwot zabezpieczonych na sfinansowanie zamówienia. W pierwszej kolejności Zamawiający wyjaśnił, że w celu kalkulacji kwoty wynagrodzenia, którą zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, bazował na aktualnych stawkach za wozokilometr obowiązujących w Warszawskim Transporcie Publicznym, które na dzień 1 kwietnia br. wynosiły: - autobusy o długości ok. 9m: 1) 8,16 zł netto, 2) 9,08 zł netto; autobusy o długości ok. 18m: 1) 10,29 zł netto, 2) 11,12 zł netto. Najwyższa ze wskazanych stawek dla każdej grupy autobusów (odpowiednio Część I przedmiotowego zamówienia dla autobusów o długości ok. 9 metrów, i Część II zamówienia dla autobusów o długości ok. 18 metrów), została następnie pomnożona przez możliwą w danym roku waloryzację, która zgodnie z zapisami Załącznika nr 6 do SWZ tj. w 54 ust. 6 wzoru umowy - może wynieść maksymalnie 10% w danym roku kalendarzowym. Tak otrzymana stawka po waloryzacji została pomnożona przez maksymalne możliwe do zlecenia w danym roku wozokilometry (4 200 000 rocznie dla pierwszych trzech lat obowiązywania kontraktu i 350 000 dla jednego miesiąca w ostatnim roku obowiązywania kontraktu). W wyniku powyższych działań, uwzględniając również terminy płatności określone w 58 wzoru umowy, obliczono kwotę jaką Zamawiający może przeznaczyć na realizację tego zamówienia, przedstawioną w tabeli poniżej, opublikowaną przed otwarciem ofert

Część I

rok	stawka początkowa	maksymalna waloryzacja	stawka po maksymalnej waloryzacji	maksymalne wozokm	PLN netto	PLN brutto
2024	9,08 zł	1, 10	9,99 zł	4 200 000	40 209 750	43 426 530
2025	9,99 zł	1, 10	10,99 zł	4 200 000	45 983 000	49 661 640
2026	10,99 zł	1, 10	12,09 zł	4 200 000	50 585 500	54 632 340
2027	12,09 zł	1, 10	13,30 zł	350 000	6 770 750	7 312 410
					143 549 000	155 032 920

Część II

rok	stawka początkowa	maksymalna waloryzacja	stawka po maksymalnej waloryzacji	maksymalne wozokm	PLN netto	PLN brutto
2024	11,12 zł	1, 10	12,23 zł	4 200 000	49 225 750	53 163 810
2025	12,23 zł	1, 10	13,45 zł	4 200 000	56 276 500	60 778 620

2026	13,45 zł	1, 10	14,80 zł	4 200 000	61 923 750	66 877 650
2027	14,80 zł	1, 10	16,28 zł	350 000	8 288 000	8 951 040
					175 714 000	189 771 120

Dodatkowo, w celu uniknięcia wątpliwości jakie wynagrodzenie może otrzymać w każdym roku obowiązywania umowy jej potencjalny wykonawca, Zamawiający zamieścił w Załączniku nr 4 do SWZ tabelę przedstawiającą sposób wyliczenia maksymalnego zobowiązania, w której w kolumnie „b” w pierwszym roku obowiązywania umowy, zostawił miejsce na wpisanie stawki netto z oferty operatora (Zamawiający przedstawił w piśmie tę tabelę). Następnie wskazał, iż w formularzu ofertowym Wykonawca wpisał stawkę za jeden wozokilometr, którą formularz systemowy przemnożył przez liczbę 12 333 333

wozokilometrów. W ten sposób ustalono kwotę na podstawie uśrednionej rocznej wielkości pracy przewozowej na cele porównania ofert. Dla Zamawiającego jednak, istotna z punktu widzenia możliwości zawarcia umowy z wykonawcą, jest cena jednostkowa, która zgodnie z powyższą tabelą, posłużyła do obliczenia maksymalnej wysokości zobowiązania zamawiającego i sprawdzenia, czy mieści się ona w budżecie Zamawiającego. Zaznaczyć należy, że Zamawiający do szacowania kwoty do przetargów na zakup usług przewozowych jest zobligowany do przyjęcia maksymalnej kwoty środków finansowych, które następnie zgodnie z powyższą tabelą stanowią maksymalną wartość umowy. W innym przypadku umowa nie uzyskałaby kontrasygnaty Głównego Księgowego, potwierdzającego tym samym, iż dana kwota jest zabezpieczona w budżecie ZTM. Jednocześnie Zamawiający ponownie wyjaśnił, że nie może się zgodzić z argumentacją Wykonawcy, iż kwota maksymalnego zobowiązania zamawiającego może nie uwzględniać maksymalnej pracy przewozowej 17

i maksymalnej waloryzacji. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, że zamawiający publiczny zawiera umowę zawierającą wartość łączną zamówienia, która będzie ograniczała możliwość zlecenia usług w pełnym zakresie oraz możliwość dokonania umownej waloryzacji. W takiej sytuacji Zamawiający już w momencie zawierania umowy miałby świadomość, że nie posiada środków wystarczających na jej realizację w pełnym zakresie. Przyjęcie argumentacji wykonawcy prowadziłoby do tego, że wartość umowy nie uwzględniałaby przyjętych w niej mechanizmów waloryzacji stawki (z której notabene ten Wykonawca, jak i inni operatorzy WTP korzystają, rekompensując sobie wzrosty kosztów świadczenia usług np. cen paliw). Umowa taka spowodowałaby również brak możliwości jakiegokolwiek zlecenia większej liczby wozokilometrów, co godzi w interesy zarówno zamawiającego (nie dając mu możliwości elastycznego reagowania na zmiany rozkładów jazdy), jak i wykonawcy (nie pozwalając mu na wykorzystanie posiadanego potencjału przewozowego).

Niezależnie od powyższego, Zamawiający ustalił, iż nie dysponuje środkami pozwalającymi na zawarcie umowy na warunkach zaproponowanych w ofercie Odwołującego. Zawarcie kontraktu uwzględniającego stawkę wynikającą z oferty spowodowałoby u Zamawiającego brak środków na realizację innych zadań przewozowych, do których Zamawiający jest zobowiązany, wykonując zadania Miasta, w zakresie organizacji publicznego transportu zbiorowego. Przeliczenie wartości umów dokonane na podstawie oferty Wykonawcy, uwzględniające maksymalną możliwą do zlecenia pracę przewozową oraz waloryzację stawki za wozokilometr wskazało na przekroczenie kwot, jakie Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia.

Część I

rok	stawka początkowa	maksymalna waloryzacja	stawka po maksymalnej waloryzacji	maksymalne wozokm	PLN netto	PLN brutto
2024	12,38 zł	1, 10	13,62 zł	4 200 000	54 820 500	59 206 140
2025	13,62 zł	1, 10	14,98 zł	4 200 000	62 678 000	67 692 240
2026	14,98 zł	1, 10	16,48 zł	4 200 000	68 953 500	74 469 780
2027	16,48 zł	1, 10	18, 13 zł	350 000	9 229 500	9 967 860
					195 681 500	211336 020

Część II

rok	stawka początkowa	maksymalna waloryzacja	stawka po maksymalnej waloryzacji	maksymalne wozokm	PLN netto	PLN brutto
2024	13,94 zł	1, 10	15,33 zł	4 200 000	61 703 250	66 639 510
2025	15,33 zł	1, 10	16,86 zł	4 200 000	70 544 250	76 187 790
2026	16,86 zł	1, 10	18,55 zł	4 200 000	77 614 250	83 823 390
2027	18,55 zł	1, 10	20,41 zł	350 000	10 389 750	11220 930

	220 251 500	237 871620
--	-------------	------------

Nawet, gdyby Zamawiający zlecał w trakcie trwania kontraktów, zawartych na warunkach podyktowanych przez Wykonawcę, minimalną dopuszczalną umową pracę przewozową w każdym roku (4 000 000 - 10%), to i tak zgodnie z umowami musiałby zabezpieczyć w budżecie środki na waloryzację wynagrodzenia, która mogłaby wynieść nawet 10% rocznie, powodując znaczne przekroczenie budżetu na ich realizację, co obrazują poniższe tabele:

Część I

rok	stawka początkowa	maksymalna waloryzacja	stawka po maksymalnej waloryzacji	minimalne wozokm	PLN netto	PLN brutto
2024	12,38 zł	1, 10	13,62 zł	3 600 000	46 989 000	50 748 120
2025	13,62 zł	1,10	14,98 zł	3 600 000	53 724 000	58 021 920
2026	14,98 zł	1,10	16,48 zł	3 600 000	59 103 000	63 831 240
2027	16,48 zł	1,10	18,13 zł	300 000	7 911 000	8 543 880
					167 727 000	181 145 160

Część II

rok	stawka początkowa	maksymalna waloryzacja	stawka po maksymalnej waloryzacji	minimalne wozokm	PLN netto	PLN brutto
2024	13,94 zł	1, 10	15,33 zł	3 600 000	52 888 500	57 119 580
2025	15,33 zł	1, 10	16,86 zł	3 600 000	60 466 500	65 303 820
2026	16,86 zł	1, 10	18,55 zł	3 600 000	66 526 500	71 848 620
2027	18,55 zł	1, 10	20,41 zł	300 000	8 905 500	9 617 940
					188 787 000	203 889 960

Zamawiający przypominał, iż w przedmiotowym postępowaniu przeznaczył na sfinansowanie zamówienia następujące kwoty brutto: dla Części I - 155 032 920 zł, dla Części II - 189 771 120 zł, łącznie 344 804 040 zł. Zamawiający zwrócił ponadto uwagę, iż środki jakimi dysponuje Zamawiający na realizację tych kontraktów, co oczywiste, nie są nieograniczone. Ich limit wyznacza uchwała Rady Miasta ustalająca budżet Zarządu Transportu Miejskiego na kolejne lata. Zgodnie z nią, dostępne środki na zakup usług komunikacyjnych u prywatnych operatorów świadczących usługi komunikacyjne wynoszą odpowiednio: 2024 - 369 869 505 zł, 2025 - 363 725 314 zł, 2026 - 300 727 209 zł, 2027 - 218 800 770 zł, łącznie: 1 253 122 798 zł. Środki te zaangażowane są na zakup usług przewozowych u prywatnych operatorów miejskich tj. np.: 1) Mobilis Sp. z o.o. - Umowa z 16.02.2016 r. obowiązująca do 31.12.2023 r., Umowa z 16.02.2016 r. obowiązująca do 19

31.12.2023 r., Umowa z 18.12.2017 r. obowiązująca do 31.12.2025 r., 2). M. Sp. z o.o. - Umowa z 27.04.2018 r. obowiązująca do 31.12.2026 r., 3). Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. - Umowa z 23.06.2016 r. obowiązująca do 30.11.2024 r., Umowa z 28.05.2018 r. obowiązująca do 31.12.2026 r., Umowa z 10.04.2019 r. obowiązująca do 31.12.2026 r., 4) Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim Sp. z o.o. - Umowa z 01.03.2017 r. obowiązująca do 31.12.2024 r., jak również u prywatnych operatorów podmiejskich, oraz u publicznego operatora świadczącego usługi na mocy zawartego porozumienia: 5) Komunikacja Miejska Łomianki Sp. z o.o. - Umowa z 29.12.2017 r. obowiązująca do 31.12.2025 r. w łącznych kwotach brutto rocznie: 2024 - 225 655 421 zł, 2025 - 138 948 540 zł, 2026 - 85 309 099 zł, 2027 - 3 578 375 zł, łącznie: 453 491 435 zł. Różnica środków na paragrafie Zamawiającego i środków zaangażowanych na zawarte umowy to w kolejnych latach łącznie brutto (kolumna C tabeli poniżej): 2024 - 144 214 084 zł, 2025 - 224 776 774 zł, 2026 - 215 418 110 zł, 2027 - 215 222 395 zł, łącznie: 799 631 363 zł. Wolne środki przeznaczone są na kontynuację wszystkich kończących się ww. umów jak również na finansowanie umów z operatorami linii lokalnych, co zostało przedstawione w poniższej tabeli:

	budżet ZTM na zakup usług komunikacyjnych dla prywatnych operatorów autobusowych	środki zaangażowane na zakup usług komunikacyjnych	środki na kontynuację kończących się umów	kwota przewidziana przez Zamawiającego na ogłoszone postępowanie
			[C=A- B]	[D]
2024-2027	1253122798 zł	453491435 zł	799631363 zł	344 4040 zł

Jeśli więc Zamawiający miałaby zawrzeć umowy z Odwołującym, których wartość wynosi łącznie 449 207 640 zł dla Części I i II (po uwzględnieniu waloryzacji i możliwej do zlecenia pracy przewozowej), to oznaczałoby to, że tylko te dwa kontrakty z wykonawcą pochłonęłyby ok. 56% wszystkich dostępnych środków w tym okresie (Wartość umów po przeliczeniu stawki za 1 wozokilometr z oferty Wykonawcy, tj. 449 207 640,00 zł to 56% budżetu Zamawiającego przeznaczonego na kontynuację kończących się umów, tj. kwoty 799 631 363 zł). Dla zobrazowania sytuacji Zamawiający wskazał, że maksymalna praca przewozowa na tych dwóch kontraktach w latach 2024-2027 to 25 900 000 wozokilometrów, co stanowi tylko ok. 27% maksymalnej całkowitej pracy przewozowej (97,7 mln wozokilometrów), którą

będą wykonywać wszyscy prywatni operatorzy w analogicznym okresie, a która płatna będzie z tego paragrafu.

W związku z powyższymi okolicznościami Zamawiający nie może zaakceptować oferty Wykonawcy zmierzającej do zawarcia umów, zarówno przyjmując ich wartość wg 20

rozumowania Wykonawcy (bo i tak byłby zobligowany zapisami umowy do jej zwiększenia w wyniku kwartalnej waloryzacji stawki już od 1 stycznia 2024r.), jak i tym bardziej biorąc pod uwagę przeliczenie wartości umów z uwzględnieniem podwyższonej pracy przewozowej i waloryzacji (czego Zamawiający dokonał w informacji o unieważnieniu postępowania), bo w obu przypadkach znacznie przekraczają one budżet Zamawiającego i „konsumują” środki przeznaczone na realizację innych kontraktów. Reasumując Zamawiający wskazał, iż w sposób kompleksowy dokonał analizy możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Przedmiotowa analiza jednoznacznie wykazała, iż zwiększenie wskazanej kwoty do poziomu ceny ofertowej pochłonęłoby znaczną część puli środków, przeznaczonych na finansowanie usług przewozowych ogółem świadczonych przez operatorów prywatnych (56% środków przy uwzględnieniu maksymalnej pracy przewozowej i maksymalnej waloryzacji) jednocześnie zapewniając realizację jedynie 27% niezbędnej pracy przewozowej. Niezależnie od powyższego, Zamawiający podniósł, iż coroczne limity środków przeznaczanych w Wieloletniej prognozie finansowej oraz budżecie na transport publiczny jednoznacznie świadczą o braku możliwości dokonania przez Zamawiającego zwiększenia kwoty zabezpieczonej na ten cel. Faktem ogólnie znanym są zmiany w zakresie finansowania samorządów w szczególności ograniczenie źródeł ich przychodów w związku ze zmianami prawa podatkowego oraz zwiększenie wydatków w związku z sytuacją gospodarczą. Również te okoliczności jednoznacznie wskazują na brak możliwości zwiększenia środków przeznaczonych na finansowanie transportu publicznego.

Podsumowując Zamawiający wskazał, iż z należytą starannością oraz z uwzględnieniem przepisów prawa ustalił kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. W dalszej kolejności, Zamawiający zgodnie z jasnymi wytycznymi zawartymi w dokumentacji postępowania ustalił rzeczywistą wartość świadczenia na rzecz wykonawcy na podstawie złożonej przez niego oferty oraz dokumentów postępowania. Następnie Zamawiający ustalił, iż zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, gdyż kwota maksymalnego wynagrodzenia wynikającego z oferty przewyższa kwotę przeznaczoną przez niego na sfinansowanie zamówienia. Ostatecznie Zamawiający dokonał kompleksowej weryfikacji możliwości zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia, w wyniku której podjął decyzję o unieważnieniu postępowania. Na żadnym z etapów przedstawionego procesu, nie można zarzucić Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe zarzut naruszenia art. 255 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać za bezpodstawny. Jednocześnie Odwołujący sam wskazuje, iż Zamawiający przed otwarciem ofert udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W tym kontekście nie sposób uznać za uzasadniony zarzut naruszenia art. 222 ust. 4 ustawy Pzp podniesiony w odwołaniu. Odwołujący zarzuca również Zamawiającemu naruszenie art. 16 ustawy Pzp nie 21

wskazując jednak żadnych konkretnych argumentów lub okoliczności, które świadczyłyby o możliwości naruszenia ww. przepisu przez Zamawiającego. Zarzut ten jako całkowicie gołosłowny należy zatem potraktować również jako bezpodstawny.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, iż do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący jako wykonawca, który jako jedyny złożył ofertę w postępowaniu na obie części zamówienia, kwestionując zasadność unieważnienia postępowania i dążąc do udzielenia mu zamówienia, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń w oparciu o dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, informację o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, informację z otwarcia ofert, ofertę Odwołującego, informację o unieważnieniu postępowania. Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie, tj. wyciągu z odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1154/23 oraz referencji wystawionych przez ZTM dla Odwołującego w dniu 18 kwietnia 2023 r. dotyczących umowy z dnia 16 lutego 2016 r. o świadczenie usług przewozów autobusowych w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez ZTM w Warszawie, a także z dokumentów złożonych przez Zamawiającego na rozprawie, tj. wyciągu z uchwały nr LXXXI/2656/2023 Rady Miasta Stołecznego Warszawy z 25 maja 2023 r. w sprawie zmian w Wieloletniej Prognozie Finansowej na lata 2023-2050, na okoliczności wskazane przez Strony w toku wypowiedzi na rozprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

W oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego Izba ustaliła poniższy stan faktyczny.

Zgodnie z Rozdziałem IV SWZ przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług przewozu regularnego wykonywanego

w ramach lokalnego transportu zbiorowego (komunikacji miejskiej w Warszawie) na liniach nadzorowanych przez Zarząd Transportu 22

Miejskiego, na całym obszarze układu komunikacyjnego tj. na terenie m.st. Warszawy i gmin podwarszawskich, z którymi m.st. Warszawa podpisało stosowne porozumienia. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części: a) Część I: usługi przewozowe w ilości rocznej 4.000.000 (cztery miliony) -10/+5% (minus dziesięć / plus pięć procent) wozokilometrów przy wykorzystaniu w ruchu 50 autobusów o długości ok. 9 metrów (klasa MID) oraz zapewnienie 4 pojazdów rezerwowych. Jednocześnie w roku 2027 (w okresie od 1.01.2027 r. do 31.01.2027 r.) przewiduje się zlecenie usług przewozowych w ilości 333.333 (trzysta trzydzieści trzy tysiące trzysta trzydzieści trzy) -10/+5% wkm. b) Część II: usługi przewozowe w ilości rocznej 4.000.000 (cztery miliony) -10/+5% (minus dziesięć / plus pięć procent) wozokilometrów przy wykorzystaniu w ruchu 50 autobusów o długości ok. 18 metrów (klasa MEGA) oraz zapewnienie 4 pojazdów rezerwowych. Jednocześnie w roku 2027 (w okresie od 1.01.2027 r. do 31.01.2027 r.) przewiduje się zlecenie usług przewozowych w ilości 333.333 (trzysta trzydzieści trzy tysiące trzysta trzydzieści trzy) -10/+5% wkm.

Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, wykonawcy mogli składać oferty na jedną lub większą liczbę części (Rozdział IV pkt 1 SWZ). Ponadto w Rozdziale IV pkt 4 SWZ Zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówień, o których mowa w art. 388 ust. 2 lit. c) ustawy Pzp. Zamówienia te mogą polegać np. na: a) przedłużeniu terminu świadczenia usług maksymalnie o 37 miesięcy dla każdej z części przetargu, na zasadach i warunkach opisanych w niniejszym SWZ, z zastosowaniem aktualnej dla okresu udzielenia zamówienia zwaloryzowanej ceny z oferty przetargowej; b) zwiększeniu liczby autobusów, którymi świadczona ma być umowa maksymalnie do 25 autobusów w ruchu (i do 2 autobusów rezerwowych), wraz ze wzrostem liczby wozokilometrów maksymalnie do 2.000.000 +5/-10% rocznie (dla każdej z części przetargu), na zasadach i warunkach opisanych w SWZ, z zastosowaniem aktualnej dla okresu udzielenia zamówienia zwaloryzowanej ceny z oferty przetargowej.

Zgodnie z Rozdziałem XIII SWZ ofertę wraz z dokumentami, opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby uprawnionej do reprezentacji Wykonawcy, należało złożyć za pośrednictwem Platformy. Zamawiający wskazał, iż Wykonawca określa cenę oferty poprzez wskazanie na Platformie, ceny netto oraz ceny brutto. Ponadto do oferty należało załączyć m.in. szczegółową kalkulację ceny stanowiącą Załącznik nr 3 do SWZ. Zamawiający w pkt 4 wskazał, iż poprzez złożenie oferty, Wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie i na warunkach ustalonych w SWZ za łączną cenę oferty brutto, wskazaną na stronie postępowania na Platformie.

W Rozdziale XV SWZ określono kryteria oceny ofert:

KRYTERIUM NR 1 – Cena oferty brutto – waga 100 %.

1. Oferta w wyżej wymienionym kryterium może uzyskać maksymalnie 100 punktów.
2. Obliczenia będą dokonywane według następującego wzoru: Liczba uzyskanych punktów = najniższa cena oferowana brutto (spośród ofert nieodrzuconych). $Cena\ brutto\ oferty\ badanej \times 100 = C$.
3. Punktacja przyznawana ofertom będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Najwyższa liczba punktów wyznaczy najkorzystniejszą ofertę.
4. Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, którego oferta odpowiadać będzie wszystkim wymaganiom przedstawionym w ustawie PZP, oraz w SWZ i zostanie oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o podane kryterium wyboru.

W Rozdziale XVI SWZ przedstawiono następujący opis sposobu obliczenia ceny:

1. Wykonawca na Platformie określa cenę oferty poprzez wskazanie w formularzu ofertowym: ceny netto, podatku VAT i ceny brutto za wykonanie Przedmiotu Zamówienia. Wykonawca wylicza cenę oferty w oparciu o Szczegółową kalkulację ceny stanowiącą Załącznik nr 3 do SWZ. Brak złożenia Szczegółowej kalkulacji ceny lub jej złożenie bez opatrzenia podpisem kwalifikowanym, stanowić będzie podstawę odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia.
2. Cena netto, podatek VAT, cena brutto musi uwzględniać wszystkie koszty i ryzyka związane z realizacją zamówienia.
3. Cena podana przez Wykonawcę w ofercie musi być całkowitą ceną obejmującą liczbę wozokilometrów wskazanych w formularzu ofertowym, oddzielnie dla każdej części.
4. Cena, o której mowa w ust. 1 winna być wyrażona w złotych polskich (PLN).
5. W przypadku złożenia oferty, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego Zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, Zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który Zamawiający samodzielnie miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami. Wykonawca składając ofertę informuje Zamawiającego czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, ich wartość bez kwoty podatku oraz stawkę podatku od towarów i usług, która zgodnie z wiedzą wykonawcy, będzie miała zastosowanie.

6. Wykonawca na Platformie w formularzu ofertowym wskazuje: markę, typ, rok produkcji i rodzaj zasilania dla autobusów, którymi świadczone będą usługi, oddzielnie dla każdej części.

W formularzu ofertowym generowanym na Platformie dla Części I (Świadczenie usługi przewozu przy wykorzystaniu w ruchu 50 autobusów o długości ok. 9 metrów (klasa MIDI) oraz zapewnienie 4 pojazdów rezerwowych, w liczbie 12.333.333 wozokilometrów) i Części II

(Świadczenie usługi przewozu przy wykorzystaniu w ruchu 50 autobusów o długości ok. 18 metrów (klasa MEGA) oraz zapewnienie 4 pojazdów rezerwowych, w liczbie 12.333.333 wozokilometrów) podana była ilość wozokilometrów (12333333.00 [KM]), wykonawca zaś podać miał m.in. informacje odnoszące się do ceny jednostkowej netto i brutto oraz łącznej wartości brutto, a także informacje odnoszące się do oferowanych pojazdów.

W załączniku nr 3 do SWZ należało przedstawić szczegółową kalkulację ceny z rozbiorem na pozycje dotyczące taboru, zaplecza technicznego, warunków umowy, kierowców i dyspozytorów, narzuty oraz marżę. Suma pozycji składała się na cenę jednostkową netto podawaną w formularzu ofertowym generowanym na Platformie zakupowej.

Ponadto do SWZ załączony został wzór wyliczenia maksymalnego zobowiązania (załącznik nr 4 do SWZ), służący do obliczenia poziomu maksymalnego wynagrodzenia brutto z uwzględnieniem maksymalnej waloryzacji oraz maksymalnej liczby wozokilometrów.

Zamawiający przed otwarciem ofert opublikował informację o kwocie jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, którą dla Części I określił na poziomie 155 032 920,00 zł brutto, a dla Części II na poziomie 189 771 120,00 zł brutto.

W postępowaniu ofertę złożył tylko Odwołujący, oferując w Części I cenę brutto 164 901 595,54 zł (cena jednostkowa 12,38 zł netto/13,37 zł brutto), a w Części II cenę brutto 185 680 794,98 zł (cena jednostkowa 13,94 zł netto/15,06 zł brutto). Odwołujący załączył także szczegółowe kalkulacje ceny dla obu części zamówienia, sporządzone zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ.

Zamawiający w dniu 13 czerwca 2023 r. zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu postępowania w Części I i II na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp oraz opublikował tę informację na stronie internetowej postępowania. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie dla tej czynności:

„W prowadzonym postępowaniu została złożona oferta:

- 1) dla Części I na kwotę 164 901 595,54 PLN brutto.
- 2) dla Części II na kwotę 185 680 794,98 PLN brutto.

Zamawiający informuje, że do obliczenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie poszczególnych części zamówienia zabezpieczył maksymalną wartość zobowiązania obliczoną zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ. W tym celu Zamawiający uwzględnił maksymalną pracę przewozową (12 950 000 mln wozokilometrów łącznie) oraz waloryzację stawki (10% rocznie). Po przeliczeniu ceny jednostkowej zaproponowanej w formularzu ofertowym przez Oferenta całkowite wynagrodzenie za cały okres świadczenia usług wyniosłoby:

- 1) dla Części I 211 336 020,00 PLN brutto,
- 2) dla Części II 237 871 620,00 PLN brutto.

Jednocześnie opublikowana przed otwarciem ofert, kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie poszczególnych części zamówienia wynosi:

- 1) dla Części I 155 032 920,00 PLN brutto,
- 2) dla Części II 189 771 120,00 PLN brutto.

Oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W związku z powyższym, że Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia, konieczne stało się unieważnienie przedmiotowego postępowania w zakresie Części I i Części II.”

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

Izba za zasadne uznała zarzuty odwołania, stwierdzając, iż unieważnienie postępowania w zakresie obu części zamówienia zostało dokonane z naruszeniem art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, a także z uchybieniem zasadzie przejrzystości.

Przywołując treść istotnych dla rozstrzygnięcia przepisów ustawy Pzp należy w pierwszej kolejności wskazać, iż zgodnie z art. 16 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Art. 222 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnia na

stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zgodnie z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż kwota na sfinansowanie zamówienia to nic innego jak oparta o odpowiednie dane finansowe (plany finansowe na dany rok budżetowy, wieloletnie prognozy finansowe, etc.) deklaracja zamawiającego o gwarantowanej minimalnej kwocie, jaka może zostać przeznaczona na realizację zamówienia. Wiąże ona Zamawiającego co do minimalnego poziomu deklarowanych środków finansowych, nie ma jednak przeszkód, aby środki te uległy późniejszemu zwiększeniu. Szczególną uwagę należy zwrócić na nałożony na instytucje zamawiające w art. 222 ust. 4 ustawy Pzp obowiązek

informowania o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia przed otwarciem ofert, a zwłaszcza na cel, jakim powyższy obowiązek informacyjny ma służyć. Cel ten należy interpretować z uwzględnieniem całokształtu przepisów ustawy Pzp, które do kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia referują wyłącznie w kontekście przesłanek unieważnienia postępowania – albo ze względu na fakt, że cena oferty jest wyższa niż ta kwota, albo z uwagi na nieprzyznanie zamierzonych środków na sfinansowanie zamówienia (por. art. 255 pkt 3, art. 257, art. 310, art. 355 ust. 3 ustawy Pzp). Poinformowanie przed otwarciem ofert o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, służy zatem możliwości dokonania obiektywnej oceny czy zaoferowane przez wykonawców ceny nie przekraczają możliwości finansowych zamawiającego i czy uzasadnione jest dalsze prowadzenie postępowania. Jednocześnie instytucja ta chroni wykonawców przed arbitralnym unieważnieniem postępowania, wyznaczając górną granicę ceny oferty, dopiero po przekroczeniu której aktualizuje się uprawnienie zamawiającego do unieważnienia postępowania ze względu na brak dostatecznych środków. Publikowana deklaracja Zamawiającego ma zatem istotne znaczenie dla realizacji zasady jawności i przejrzystości postępowania, a w dalszej kolejności także uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Dalej należy wskazać, iż ustawa Pzp określa enumeratywny katalog podstaw unieważnienia postępowania, wobec czego nie powinny być one interpretowane rozszerzająco. Literalne brzmienie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp daje jednoznaczne wytyczne, jakie wartości zamawiający ma obowiązek porównać dokonując oceny, czy zachodzi podstawa do unieważnienia postępowania. Są to kwota na sfinansowanie zamówienia oraz cena oferty (odpowiednio oferty najkorzystniejszej lub oferty z najniższą ceną). Proste porównywanie tych dwóch wartości daje zamawiającemu i uczestnikom postępowania odpowiedź na pytanie, czy potencjalnie możliwe jest unieważnienie postępowania w oparciu o ww. przepis, a jednocześnie gwarantuje przejrzystość działania zamawiającego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, Izba stwierdziła, iż Zamawiający dokonał porównania kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia z inną wartością niż cena oferty, a zatem sprzecznie z literalnym brzmieniem art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania w Części I i II zamówienia dokonał przeliczenia ceny oferty Odwołującego, tj. w oparciu o załącznik nr 4 do SWZ i cenę oferty ustalił maksymalną wartość zobowiązania umownego, którą następnie porównał z kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia podaną przed otwarciem ofert. Treść zawiadomienia o unieważnieniu postępowania jasno potwierdza, że Zamawiający nie dokonał porównania kwoty na sfinansowanie zamówienia z ceną oferty,

lecz dokonał przeliczenia tej ceny w określony sposób. W zawiadomieniu tym wskazano, iż „Zamawiający informuje, że do obliczenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie poszczególnych części zamówienia zabezpieczył maksymalną wartość zobowiązania obliczoną zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ. W tym celu Zamawiający uwzględnił maksymalną pracę przewozową (12 950 000 mln wozokilometrów łącznie) oraz waloryzację stawki (10% rocznie). Po przeliczeniu ceny jednostkowej zaproponowanej w formularzu ofertowym przez Oferenta całkowite wynagrodzenie za cały okres świadczenia usług wyniosłoby (...). Z powyższego wynika, że Zamawiający porównywał kwotę na sfinansowanie zamówienia nie z ceną oferty, lecz z potencjalnym maksymalnym wynagrodzeniem, jakie mogłoby być należne wykonawcy za cały okres realizacji umowy.

Działanie takie nie znajdowało uzasadnienia ani w treści art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, ani w postanowieniach SWZ, które Zamawiający sam ukształtował. Izba stwierdziła, iż treść SWZ w sposób jednoznaczny określała, co należy uznać za cenę oferty. Ceną oferty była wartość wskazana przez wykonawcę w formularzu ofertowym jako cena oferty brutto, określona zgodnie z postanowieniami Rozdziału XVI SWZ, stanowiąca iloczyn ceny jednostkowej za wozokilometr i wskazanej odgórnie w formularzu ofertowym generowanym na platformie zakupowej liczby wozokilometrów szacowanych na okres realizacji zamówienia. Zgodnie z Rozdziałem XIII pkt 2 SWZ „Wykonawca określa cenę oferty poprzez wskazanie na Platformie, ceny netto oraz ceny brutto.” W Rozdziale XIII pkt 4 SWZ wskazano, iż „Poprzez złożenie oferty, Wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie i na warunkach ustalonych w SWZ za łączną cenę oferty brutto, wskazaną na stronie postępowania na Platformie.” Zgodnie z Rozdziałem XVI pkt 1 SWZ „Wykonawca na Platformie określa cenę oferty poprzez wskazanie w formularzu ofertowym: ceny netto, podatku VAT i ceny brutto za wykonanie Przedmiotu Zamówienia. Wykonawca wylicza cenę oferty w oparciu o Szczegółową kalkulację ceny stanowiącą Załącznik nr 3 do SWZ.” W załączniku nr 3 do SWZ należało przedstawić szczegółową kalkulację ceny z rozbiem na pozycje dotyczące taboru, zaplecza technicznego, warunków umowy, kierowców i dyspozytorów, narzutów oraz marżę. Suma pozycji składała się na cenę jednostkową netto podawaną w formularzu ofertowym generowanym na Platformie zakupowej. To wartość wskazana w formularzu ofertowym jako cena oferty brutto podlegała ocenie w kryterium oceny ofert nr 1 (por. Rozdział XV SWZ), to ta wartość została podana w informacji z otwarcia ofert oraz w protokole postępowania jako cena oferty brutto. Wielokrotnie w odniesieniu do niej użyto sformułowania „cena oferty”.

Mając powyższe na względzie, za błędne należy uznać stanowisko Zamawiającego, który wywodził, że wartość ta służyła jedynie porównaniu ofert i miała znaczenie techniczne. Zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji warunków zamówienia nie wskazał, aby cenę

oferty należało rozumieć w jakikolwiek inny sposób niż wynikający z przywołanych powyżej postanowień SWZ, ale i z zasad logiki i doświadczenia życiowego, czyli jako cenę brutto podaną w formularzu ofertowym. To zaś cenę oferty, a nie inną przeliczoną w oparciu o tę cenę wartość, należało w świetle art. 255 pkt 3 ustawy Pzp porównać z kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Jednocześnie Zamawiający nigdzie nie dał wyrazu temu, że jako cenę oferty podlegającą porównaniu z kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia należy rozumieć maksymalną wartość zobowiązania obliczoną zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ. Powoływany przez Zamawiającego wielokrotnie w postępowaniu odwoławczym Załącznik nr 4 do SWZ pojawiał się w tej specyfikacji jedynie przed zmianą SWZ z dnia 5 maja 2023 r. w odniesieniu do wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz w wykazie załączników do SWZ. Postanowienia Rozdziału XVI SWZ odnoszące się do sposobu obliczenia ceny ani inne postanowienia SWZ dotyczące ceny oferty do tego załącznika nie referowały. Wzmianka o ww. załączniku znajduje się jedynie w projektowanych postanowieniach umowy, w kontekście waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Trudno w takiej sytuacji stwierdzić, aby to ten dokument miał stanowić podstawę do ustalenia wartości uznawanej za cenę oferty, podlegającej porównaniu pod kątem zaistnienia podstaw do unieważnienia postępowania. Jeżeli Zamawiający chciał tak ustaloną kwotę porównywać z kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, to winien odpowiednio ukształtować postanowienia odnoszące się do sposobu obliczenia ceny oferty. Zamawiający tego nie uczynił, wykonawcy zaś nie powinni co do zasady ponosić konsekwencji ewentualnych błędów czy zaniedbań Zamawiającego przy kształtowaniu treści dokumentów zamówienia, gdyż to po stronie Zamawiającego leży obowiązek precyzyjnego określenia ich treści. Ponadto słusznie spostrzegł Odwoływający, że Zamawiający porównywał wartości potencjalne - załącznik nr 4 do SWZ referował do maksymalnej wysokości wynagrodzenia, powiększonej o świadczenia, które mogą, ale wcale nie muszą nastąpić. Ani rzeczywisty poziom waloryzacji wynagrodzenia, ani rzeczywista liczba zleconych wozokilometrów nie muszą osiągnąć maksymalnego poziomu, co więcej w odniesieniu do liczby wozokilometrów istnieje także prawdopodobieństwo ich zmniejszenia w stosunku do liczby szacowanej podanej w formularzu ofertowym (SWZ taką możliwość dopuszcza i to do 10%).

Podsumowując powyższe, Izba stwierdziła, iż Zamawiający dokonując oceny istnienia podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 3 ustawy Pzp nie wziął pod uwagę ceny oferty, lecz potencjalne całkowite wynagrodzenie, jakie może (aczkolwiek nie musi) być należne wykonawcy za realizację umowy. Stanowisko Zamawiającego nie korelowało z treścią SWZ, gdzie Zamawiający sam określił dokładnie co stanowi cenę oferty,

jak i nie odpowiadało literalnemu brzmieniu ww. przepisu, które odnosi się właśnie do ceny oferty, a nie do ceny oferty powiększonej o potencjalnie możliwy wzrost wynagrodzenia w toku świadczenia usług. Działania podjęte przez Zamawiającego w ocenie Izby nie tylko naruszało art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, ale było także nietransparentne.

Przechodząc do poszczególnych części zamówienia należy wskazać, iż już tylko proste porównanie kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie Części II zamówienia (189 771 120,00 zł brutto) z ceną oferty Odwoływającego na Część II zamówienia (185 680 794,98 zł brutto) pozwala stwierdzić, że cena oferty Odwoływającego (jedyną złożoną w postępowaniu) jest niższa niż podana przed otwarciem ofert kwota. Tym samym w omawianym przypadku nie zostały spełnione przesłanki określone w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, a zatem unieważnienie postępowania na tej podstawie prawnej było bezzasadne.

Odnosząc się zaś do Części I zamówienia cena oferty Odwoływającego (164 901 595,54 zł brutto) przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (155 032 920,00 zł brutto) o 9 868 675,54 zł (co stanowi ok. 6% ceny oferty). Niemniej jak wynika z uzasadnienia unieważnienia postępowania Zamawiający – jak omówiono powyżej – stanowisko o braku możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia odnosił nie do ceny oferty, lecz do wartości uzyskanej po przeliczeniu tej ceny według założeń przyjętych przez Zamawiającego w oparciu o załącznik nr 4 do SWZ. W takiej sytuacji wartość, którą brał pod uwagę Zamawiający podczas analizy odbiegała od kwoty podanej przed otwarciem ofert aż o 56 303 100 zł, a od ceny oferty podanej w formularzu ofertowym o 46 434 424,46 zł. W oparciu o treść zawiadomienia o unieważnieniu postępowania nie sposób stwierdzić, aby Zamawiający przeprowadził analizę w zakresie możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia do faktycznej ceny oferty Odwoływającego, tj. do kwoty 164 901 595,54 zł brutto, a nie do wartości o ponad 46 milionów zł wyższej.

W tym kontekście należy wskazać, iż zgodnie z ugruntowanymi poglądami orzecznictwa Izba dokonuje oceny legalności działania zamawiającego przez pryzmat uzasadnienia faktycznego i prawnego wskazanego przez zamawiającego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania. Sporządzenie takiego uzasadnienia jest obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp. Uzasadnienie to powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego okoliczności ustosunkować. Zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność unieważnienia postępowania może być oceniana wyłącznie w 30

zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające to unieważnienie. Ocena dokonywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego, w szczególności nie może polegać na badaniu istnienia podstaw do unieważnienia postępowania w szerszym aspekcie.

Mając to na względzie, należy wskazać, iż stosunkowo szeroko zakrojona argumentacja zaprezentowana w odpowiedzi

Zamawiającego na odwołanie dotycząca możliwości finansowych Zamawiającego nie została objęta uzasadnieniem faktycznym i prawnym przedstawionym w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania. Nie mają także znaczenia dla rozstrzygnięcia wywody Zamawiającego odnoszące się do sposobu ustalania kwoty na sfinansowanie zamówienia oraz obowiązków Zamawiającego wynikających z przepisów dotyczących dyscypliny finansów publicznych, ponieważ sam sposób ustalenia kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie przekłada się na prawidłowy sposób rozumienia pojęcia ceny oferty, którą bezsprzecznie w świetle postanowień SWZ jest cena brutto podawana w formularzu ofertowym generowanym za pośrednictwem platformy zakupowej, a nie ta cena powiększona o określone składniki. To cena oferty winna podlegać porównaniu z kwotą opublikowaną przed otwarciem ofert. Mimo, że co do zasady słusznie wskazuje Zamawiający, iż do miarodajnych wniosków mogłoby prowadzić tylko porównanie kwot ustalonych według jednolitych kryteriów uwzględniających identyczne czynniki, to jednak obowiązkiem Zamawiającego było takie ukształtowanie postanowień SWZ dotyczących sposobu obliczenia ceny i przyjęcie takiego sposobu ustalenia kwoty na sfinansowanie zamówienia, aby wartości te mogły zostać porównane. Przy czym gdyby spojrzeć na przedmiotową sytuację przez pryzmat samych kwot tj. podanej przez Zamawiającego kwoty na sfinansowanie zamówienia oraz ceny oferty Odwołującego, bez wnikania w sposób ich ustalenia, można byłoby stwierdzić, że wartości te w istocie korelują ze sobą (ani w Części I ani w Części II zamówienia nie odbiegają one od siebie znacząco).

Ponadto należy wskazać, iż cała argumentacja zawarta w odpowiedzi na odwołanie, podobnie jak treść zawiadomienia o unieważnieniu postępowania, nie odnosiła się do możliwości zwiększenia środków o faktyczną różnicę między kwotą na sfinansowanie zamówienia w Części I, a ceną oferty Odwołującego w Części I (różnica ta to 9 868 675,54 zł brutto), lecz wyłącznie do wartości uzyskanej przez Zamawiającego po powiększeniu ceny oferty Odwołującego o maksymalne możliwe zwiększenie wynagrodzenia przez cały okres realizacji umowy. Powyższe tylko potwierdza, że Zamawiający nie dokonał oceny możliwości zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia z uwzględnieniem ceny oferty Odwołującego w Części I zamówienia, lecz jedynie w odniesieniu do wartości zawyżonej o przyszły, potencjalny wzrost wynagrodzenia w toku realizacji umowy.

Dlatego też skład orzekający doszedł do przekonania, że mimo, iż co do zasady decyzja o zwiększeniu kwoty na sfinansowanie zamówienia jest oparta na swobodnym uznaniu zamawiającego, to jednak oceny w tym zakresie należy dokonać przy przyjęciu poprawnych założeń, z uwzględnieniem prawidłowego rozumienia przesłanek unieważnienia postępowania określonych w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający nie dokonał porównania kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z ceną oferty Odwołującego, lecz z kwotą maksymalnego potencjalnego wynagrodzenia umownego, tym samym również ocena jego możliwości finansowych nie referowała do prawidłowych wartości. Przy prawidłowej interpretacji ww. przepisu różnica między kwotą na sfinansowanie zamówienia a ceną oferty Odwołującego wynosi dużo mniej niż było to przedmiotem analizy Zamawiającego, tj. 9,8 mln zł, a nie 56 mln zł. Zamawiający powinien zatem powtórzyć ocenę w powyższym zakresie, zaś w sytuacji, kiedy zdecyduje się ponownie podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania w Części I zamówienia, przedstawić w tym zakresie stosowne uzasadnienie.

W tym stanie rzeczy Izba uznała zarzuty odwołania za zasadne i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania zarówno w zakresie Części I, jak i II zamówienia.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „Rozporządzenie”), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania poniesionych przez Odwołującego, obejmujących wpis od odwołania i wynagrodzenie pełnomocnika.

Ponadto Izba wskazuje, iż zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi lub w konkursie o wartości równej progom unijnym, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy, lub przekraczającej te progi, wynosi 15 000 złotych. Zgodnie zaś § 3 Rozporządzenia odwołujący, który w ramach tego samego postępowania odwoławczego wniósł odwołanie od czynności lub zaniechania zamawiającego związanych z więcej niż jedną częścią zamówienia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia, w którym dopuszczono możliwość składania ofert częściowych, uiszcza jeden wpis.

W świetle przywołanych regulacji Odwołujący wnosząc odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania w zakresie obu części zamówienia zobowiązany był uiszczyć jeden wpis w wysokości 15 000 zł, ponieważ obie części zamówienia były objęte jednym postępowaniem o udzielenie zamówienia, w którym dopuszczono możliwość składania ofert częściowych. Wobec tego Izba nakazała zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty nadpłaconej ponad należyty wpis od odwołania.

Mając na uwadze wszystko powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: