sygn. akt: **KIO 2853/24**

WYROK

Warszawa, dnia 26 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata
Członkowie:Rafał Malinowski
Justyna Tomkowska
Protokolant:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Remondis Bydgoszcz S.A. z siedzibą
w Bydgoszczy, ul. Inwalidów 45; 85-749 Bydgoszcz, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy, ul. Toruńska 174a; 85-844 Bydgoszcz,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Remondis Bydgoszcz S.A. z siedzibą
   w Bydgoszczy, ul. Inwalidów 45; 85-749 Bydgoszcz i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Remondis Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Inwalidów 45; 85-749 Bydgoszcz, tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Remondis Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy,
   ul. Inwalidów 45; 85-749 Bydgoszcz, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy,
   ul. Toruńska 174a; 85-844 Bydgoszcz, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   2.2. zasądza od wykonawcy Remondis Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy,
   ul. Inwalidów 45; 85-749 Bydgoszcz na rzecz zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich
   i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy, ul. Toruńska 174a; 85-844 Bydgoszcz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy,
   ul. Toruńska 174a; 85-844 Bydgoszcz, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:……
Członkowie:…….
…….

sygn. akt: **KIO 2853/24**

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. *„Zimowe utrzymanie jezdni w Bydgoszczy w latach 2024-2029”*.

12 sierpnia 2024 roku, wykonawca Remondis Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy(dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, poprzez:

1. unieważnienie postępowania z naruszeniem przepisów art. 255 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 28 w zw. z art. 35 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, t.j.: Dz.U. z 2024 r., poz 1061 ze zm. (dalej: „k.c.”) w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji, w której:
   1) w budżecie Miasta Bydgoszczy na rok 2024 r. oraz w wieloletniej prognozie finansowej Miasta Bydgoszczy (dalej: „WPF”) przeznaczono wyższe środki na realizacji zamówienia, niż kwota jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia (art. 222 ust. 4 ustawy Pzp),
   2) oszacowanie wartości zamówienia, zawarte w protokole postępowania w trybie przetargu nieograniczonego:
      a) oderwane jest od wartości uprzednio udzielonego zamówienia (art. 35 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), oraz
      b) oparte jest na kosztorysach inwestorskich, które nie wskazują danych źródłowych dla przyjętych w nich cenach i wartościach jednostkowych,
      c) oderwane jest od planu postępowań o udzielenie zamówień publicznych na rok 2024 r. (wraz z

aktualizacjami)

3)poprzednie umowy zawarte przez zamawiającego z wykonawcą na lata 2020-2024 przewidują wyższe wynagrodzenie, niż kwota przeznaczona przez zamawiającego na realizację zamówienia,

4)na podstawie poprzednich umów zawartych przez zamawiającego z wykonawcą na lata 2020-2024, wypłacono wykonawcy wyższe wynagrodzenie, niż przewidziane w kwocie na sfinansowanie zamówienia,

5)plan postępowań o udzielenie zamówień publicznych na rok 2024 r. (wraz z aktualizacjami) przewiduje kwoty wystarczające na realizację zamówienia i które to kwoty znacznie wyższe, niż kwota oszacowania wartości zamówienia, kwota przeznaczona na realizację zamówienia oraz kwoty zabezpieczone w budżecie Miasta Bydgoszczy oraz WPF,

6)zamawiający nie podjął żadnych działań w celu ustalenia i przesądzenia, czy jest w stanie zwiększyć kwotę przeznaczoną na zrealizowanie zamówienia w tym do kwoty zabezpieczonej w budżecie Miasta Bydgoszczy oraz WPF,

7)zamawiającego obciąża obowiązek utrzymania jezdni w Bydgoszczy w oparciu o przepisy ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, t.j.: Dz.U. z 2024 r. poz. 320 (dalej: „ustawa o drogach publicznych" lub „u.d.p."), zobowiązany jest on zatem do zabezpieczenia realizacji tego zadania,

- co łącznie świadczy o świadomym i celowym zaniżeniu kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, w celu nadużycia przesłanki unieważnienia postępowania, która stanowiła podstawę czynności zamawiającego, a także zaniechaniu podjęcia działań zmierzających,

co najmniej do zweryfikowania możliwości zwiększenia przeznaczonej kwoty na realizację zamówienia do wartości wynikających z ofert złożonych przez odwołującego, a tym samym realnego podjęcia działań zmierzających do realizacji celu postępowania, jakim jest zakończenie go wyborem oferty najkorzystniejszej.

2.Wadliwe uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania z naruszeniem przepisów art. 260 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp:

1)braku wykazania przez zamawiającego niemożliwości zwiększenia kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji, w której:

a)w budżecie Miasta Bydgoszczy na rok 2024 r. oraz w WPF przeznaczono wyższe środki na realizacji zamówienia, niż kwota jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia,

b)oszacowanie wartości zamówienia, zawarte w protokole postępowania w trybie przetargu nieograniczonego:

- oderwane jest od wartości uprzednio udzielonego zamówienia (art. 35 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), oraz

- oparte jest na kosztorysach inwestorskich, które nie wskazują danych źródłowych dla przyjętych w nich cenach i wartościach jednostkowych,

- oderwane jest od planu postępowań o udzielenie zamówień publicznych na rok 2024 r. (wraz z aktualizacjami),

c)poprzednie umowy zawarte przez zamawiającego z wykonawcą na lata 2020-2024 przewidują wyższe wynagrodzenie, niż kwota przeznaczona przez zamawiającego na realizację zamówienia,

d)na podstawie poprzednich umów zawartych przez zamawiającego z wykonawcą na lata 2020-2024, wypłacono wykonawcy wyższe wynagrodzenie, niż przewidziane w kwocie na sfinansowanie zamówienia,

e)plan postępowań o udzielenie zamówień publicznych na rok 2024 r. (wraz z aktualizacjami) przewiduje kwoty wystarczające na realizację zamówienia, które są znacznie wyższe, niż kwota oszacowania wartości zamówienia, kwota przeznaczona na realizację zamówienia oraz kwoty zabezpieczone w budżecie Miasta Bydgoszczy oraz WPF,

2)braku informacji o podjęciu działań, zmierzających do zabezpieczenia wyższej kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji, w której zamawiającego obciąża obowiązek utrzymania jezdni w Bydgoszczy w oparciu o przepisy ustawy o drogach publicznych, zobowiązany jest on zatem do zabezpieczenia realizacji tego zadania,

3)braku wyjaśnienia w uzasadnieniu, dlaczego w świetle dokumentów wymienionych w pkt 1, przeznaczono na sfinansowanie zamówienia taką, a nie inną kwotę,

3.W konsekwencji zarzutów ust. 1-2 wyżej, zaniechanie czynności wyboru oferty odwołującego w zakresie wszystkich czterech części zamówienia, dokonanego z naruszeniem art. 239 ust. 1-2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz

2)nakazanie zamawiającemu ustalenia obiektywnej możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia,

3)nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny ofert, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności podniesionych w ramach uzasadnienia zarzutów odwołania (w zakresie w jakim odwołanie zostanie uwzględnione),

4)dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego wg norm przepisanych.

Odwołujący wniósł również o przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania:

1)Uchwały Nr LXXIV/1538/23 Rady Miasta Bydgoszczy z 13 grudnia 2023 r. w sprawie uchwalenia budżetu Miasta na 2024 r. w celu wykazania faktu kwoty zabezpieczonej na realizację zamówienia w budżecie zamawiającego na rok 2024,

2)Uchwały nr V/40/2024 Rady Miasta Bydgoszczy z 19 czerwca 2024 r. zmieniająca uchwałę w sprawie wieloletniej prognozy finansowej Miasta Bydgoszczy w celu wykazania faktu kwot zabezpieczonych na realizację zamówienia w latach 2024-2028,

3)czterech kosztorysów inwestorskich zamawiającego w celu wykazania faktu treści tych dokumentów, w szczególności sposobu oszacowania wartości zamówienia oraz wysokości tej wartości,

4)protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego w celu wykazania faktu treści tego dokumentu, w szczególności wartości szacunkowej zamówienia,

5)czterech umów zawartych przez zamawiającego i odwołującego na lata 2020-2024 wraz z aneksami w celu wykazania ich dat oraz treści, w szczególności maksymalnej wysokości wynagrodzenia wykonawcy w ramach każdej umowy oraz okresu ich trwania,

6)Planu postępowań o udzielenie zamówień publicznych na rok 2024 r. wraz z aktualizacjami w celu wykazania faktów treści tych dokumentów, w szczególności wartości orientacyjnych zamówienia, które odpowiadają wartości oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy. Odwołującemu przysługuje status wykonawcy w postępowaniu oraz złożył w jego toku jako jedyny oferty, które nie podlegają odrzuceniu, a odwołujący spełnia wszelkie warunki determinującego wybór jego ofert jako najkorzystniejszych. Uwzględnienie odwołania, umożliwi odwołującemu uzyskanie zamówienia. Mając niniejsze na uwadze, podkreślić należy, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów Ustawy, co najmniej
w stopniu i zakresie wynikłym z nieuzasadnionego poniesienia kosztów udziału
w postępowaniu oraz nieuzyskanych zysków związanych z realizacją zamówienia, które mogą powstać po stronie odwołującego w przypadku uwzględnienia odwołania.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołanie wskazał, co następuje.

Zgodnie z WPF (str. 32) - przeznaczono na realizację tego zadania w bieżącym roku kwotę 6.612.349 zł, zaś w latach 2025-2028 kwoty 7.600.000 zł na każdy rok.

Suma kwot wynosi zatem 37.012.346 zł.

Odwołujący ma świadomość, że budżet na rok 2024 r., który analogicznie do WPF przewiduje kwotę 6.612.349, - zł, uwzględnia wydatki poniesione do marca bieżącego roku – zadanie realizowane jest w okresach do marca każdego roku zarówno w przyszłej umowie
(§ 1-2 Projektowanych Postanowień Umowy (załącznik nr 1 do SWZ), jak i w umowach, które odwołujący zawarł z zamawiającym na lata 2020-2024 (aneks 10 do każdej z tych umów).

Jednakże koszt zamawiającego do 31 marca 2024 r. wyniósł kwotę 2.661.223,22 zł brutto, co wynika z faktur przedstawionych na rozprawie.

Tym samym wg WPF na realizację zadania pozostaje kwota 37.012.346 zł - 2.661.223,22 zł, tj. kwota 34.351.122,78 zł będąca kwotą większą niż suma kwot z oferty wykonawcy – 32.090.452,35 zł brutto. Zwrócić należy uwagę, że WPF nie uwzględnia również środków na realizację zamówienia w okresie styczeń-marzec 2029 r., gdyż obejmuje, tylko 4 kolejne lata, tj. do 2028 r.

Co istotne, w budżecie Miasta Bydgoszczy na rok 2024 (str. 94-95), wskazano,
że: „*Planowane wydatki bieżące w wysokości 32.648.552 zł stanowią 107,1 %, przewidywanego wykonania 2023 r. po wyłączeniu m.in. wydatków na zimowe utrzymanie jezdni, które zwiększane są w trakcie roku w zależności od warunków pogodowych. (…) Powyższa kwota planu wydatków przeznaczona zostanie głównie na: (…) prowadzenie akcji zimowej w*

zakresie utrzymania i przejezdności dróg w ramach 4 rejonów zaplanowano kwotę 6.612.349 zł".

Powyższe odnieść należy, do dokumentów, w oparciu, o które doszło do ustalenia szacunkowej wartości zamówienia.

Zgodnie z protokołem postępowania „*Wartość zamówienia została ustalona w dniu 23.05.2024 r. na podstawie (…) kosztorysów inwestorskich*" (str. 2 protokołu).

Odwołujący wystąpił do zamawiającego o udostępnienie mu ww. kosztorysów inwestorskich, które załączono do odwołania. Zgodnie z tymi dokumentami dokonano następującego szacowania (w odwołaniu podano tylko wartości końcowe):

Wg kosztorysu na Część 1 realizacja wszystkich 5 sezonów wyniesie 9 796 167 zł brutto.

Wg kosztorysu na Część 2 realizacja wszystkich 5 sezonów wyniesie 10 358 058,60 zł brutto.

Wg kosztorysu na Część 3 realizacja wszystkich 5 sezonów wyniesie 4 336 810,20 zł brutto.

Wg kosztorysu na Część 4 realizacja wszystkich 5 sezonów wyniesie 4 581 214,20 zł brutto.

Suma realizacji wszystkich czterech części zamówienia, zgodnie z ww. kosztorysami wynieść ma 29.072.244 zł brutto i stanowi podstawę ustalenia szacunkowej wartości zamówienia, wynoszącej 26.918.750 zł netto. Kwota szacowania (29.072.244 zł brutto)
w zasadzie odpowiada też kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia (29 072 250 zł brutto).

Powyższe kwoty oderwane są od planu postępowań o udzielenie zamówień na rok 2024 (załączone dokumenty z 11 stycznia [str. 18], 17 czerwca [str. 18], 11 lipca [str. 19] oraz 29 lipca [str. 19] 2024 r.) w których to dokumentach określono orientacyjną wartość przedmiotowego zamówienia w następujący sposób (tożsamy w każdym z tych dokumentów) – w kwotach netto: cz. 1 – 10 276 520,00 zł netto (11 098 641,60 zł brutto), cz. 2 – 12 612 565,00 zł netto (13 621 570,20 zł brutto), cz. 3 – 6 346 140,00 zł netto (6 853 831,20 zł brutto), cz. 4 – 5 424 200,00 zł netto (5 858 136,00 zł brutto).

Powyższe kwoty są znacznie wyższe niż oferta wykonawcy, przypomnieć bowiem należy, iż wskazywała ona następujące wartości:

część 1 - 11 050 094,74 zł brutto,

część 2 - 11 004 345,94 zł brutto,

część 3 - 4 884 419,34 zł brutto,

część 4 - 5 151 592,33 zł brutto,

- łącznie 32 090 452,35 zł brutto.

L.p.	Kwota ofertowa (brutto)	Kwota przeznaczona na realizację zamówienia (brutto)	Orientacyjna wartość zamówienia w Planach postępowań o udzielenie zamówień na rok 2024	Szacunkowa wartość zamówienia (wartości netto)	Budżet (2024)*	WPF 2024-2029
Część 1	11 050 094,74	9 796 167,00	10 276 520,00 (11 098 641,60 zł brutto)	9 070 525,00	Na rok 2024 przeznaczono kwotę 6 612 349 zł	Rok 2024: 6 612 349 zł Rok 2025-2028: 7 600 000 na każde z tych lat
Część 2	11 004 345,94	10 358 058,60	12 612 565,00 (13 621 570,20 zł brutto)	9 590 795,00		
Cześć 3	4 884 419,34	4 336 810,20	6 346 140,00 (6 853 831,20 zł brutto)	4 015 565,00		
Cześć 4	5 151 592,33	4 581 214,20	5 424 200,00 (5 858 136,00 zł brutto)	4 241 865,00		
Łącznie:	32 090 452,35	29 072 250,00	34 659 425,00 zł (37 432 179,00 zł brutto)	26 918 750 (29 072 244 zł brutto)		37 012 346 zł brutto

W oparciu o ww. zestawienie tabelaryczne należy wskazać, że:

- orientacyjne wartości zamówienia ustalone w planie korespondują z dokumentami finansowymi gminy, jak i dotychczas ponoszonymi wydatkami na realizację analogicznych zamówień w poprzednich latach,

- szacowana wartość zamówienia oderwana jest od wartości orientacyjnej i wydatków poniesionych przez zamawiającego na realizację analogicznych zamówień w poprzednich latach,

- kwota przeznaczona na realizację zamówienia jest zbieżna z wartością szacunkową i jest oderwana od wartości orientacyjnej i wydatków poniesionych przez zamawiającego na realizację analogicznych zamówień w poprzednich latach.

Zważając na doniosłe znaczenie dokumentów finansowych ukazujących obiektywne możliwości finansowe zamawiającego w zakresie dotyczącym realizacji świadczeń objętych zamówieniem, należy ponownie podkreślić, że w uchwale budżetowej Miasta Bydgoszczy

z 13 grudnia 2023 r. (str. 94-94) wskazano, że: „*Planowane wydatki bieżące w wysokości 32.648.552 zł stanowią 107,1 %, przewidywanego wykonania 2023 r. po wyłączeniu m.in. wydatków na zimowe utrzymanie jezdni, które zwiększane są w trakcie roku w zależności od warunków pogodowych. (…) Powyższa kwota planu wydatków przeznaczona zostanie głównie na: (…) prowadzenie akcji zimowej w zakresie utrzymania i przejezdności dróg w ramach 4 rejonów zaplanowano kwotę 6.612.349 zł*".

Tym samym, zgodnie z powyższym, zamawiający *expressis verbis* potwierdził, że zwiększa finansowanie na przedmiotowe zadanie, czego wyrazem są kwoty wskazane w wyżej cytowanych planach postępowań o udzielenie zamówień na rok 2024 r., pochodzących
z okresu styczeń-lipiec 2024 r.

Powyższe jest całkowicie niespójne z szacunkową wartością zamówienia, która bezpodstawnie stanowi jednocześnie kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia.

Zwrócić należy uwagę, że odwołujący był wykonawcą analogicznego zadania w latach 2020-2024 (umowy z aneksami załączono do odwołania). Ostateczna treść tych umów, ustalona aneksami przewidywała następujące okresy realizacji zadania oraz maksymalny pułap wynagrodzenia wykonawcy:

l.p.	Umowa Część 1	Umowa Część 2	Umowa Część 3	Umowa Część 4
Termin realizacji	1 listopada 2020 do 31 marca 2024	1 listopada 2020 do 31 marca 2024	1 listopada 2020 do 31 marca 2024	1 listopada 2020 do 31 marca 2024
Wartość brutto w zł	11 338 678,30	10 512 107,37	6 241 290,27	5 697 659,78
Wartość brutto w zł razem	33 789 735,72			

Ostateczne wartości ww. umów ustalono w oparciu o aneksy nr 14 (części 1; 3 i 4) i aneks nr 13 (część 2) z lutego 2024 r.

Uzasadnienie prawne

1. Zarzut dot. unieważnienia postępowania.

W ocenie odwołującego, zważywszy, że ww. umowy dot. lat 2020-2024 opiewały łącznie na kwotę 33 789 735,72 zł brutto, nie dziwi, iż w Planie postępowań o udzielenie zamówień na rok 2024 zamawiający przewidział kwotę wyższą, tj. 37 432 179,00 zł brutto. Pozostaje to
w zgodności z informacjami zakodowanymi w uchwale budżetowej Miasta Bydgoszczy. Okoliczności dotyczące wysokości wynagrodzeń w oparciu o umowy na lata 2020-2024 były znane zamawiającemu w chwili wszczęcia postępowania (czerwiec 2024 r.), gdyż ich realizacja zakończona została z upływem marca 2024 r. Zamawiający musiał wiedzieć, jaki był koszt realizacji ów zamówień i nie miał racjonalnych podstaw, aby uznawać, iż ów koszt znacząco zmaleje – świadczy o tym dobitnie treść wyżej cytowanych Planów postępowań
o udzielenie zamówień na rok 2024, która pozostał niezmienna od 11 stycznia 2024 r., na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu (17 czerwca 2024 r.) jak i dzień przed unieważnieniem postępowania (29 lipca 2024 r.). Brak ich zmiany świadczy o uznaniu ich prawidłowości, pomimo dokonania odmiennego szacunku wartości zamówienia na potrzeby postępowania.

Jednocześnie należy podkreślić bardzo istotną różnicę pomiędzy umowami na lata 2020-2024, a tymi których dotyczy obecne postępowanie. Uprzednie umowy obejmują cztery sezony/lata (aneks 10 do każdej z tych umów), a nowe umowy mają objąć okres pięciu sezonów/lat (tj. od 1 listopada do 31 marca w latach 2024/2025, 2025/2026, 2026/2027,2027/2028 i 2028/2029 – strona nr 1 załącznika nr 2 do Umowy – Opis Przedmiotu Zamówienia oraz § 1-2 Projektowanych Postanowień Umowy [załącznik nr 1 do SWZ]).

Tym samym, kwota szacunkowa oraz kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia zakładają, że koszt realizacji zamówienia spadnie z kwoty 33.789.735,72 zł brutto do kwoty 29.072.250,00 zł brutto, pomimo iż zamówienie obejmuje dodatkowy sezon/rok świadczenia usługi, zatem przedmiot zamówienia jest większy o 25%.

W świetle powyższego dziwi unieważnienie postępowania, w sytuacji, gdy różnice kwotowe na poszczególne części zamówienia rysują się w następujący sposób:

	Część 1	Część 2	Część 3	Część 4	Suma
Wartość wynagrodzenia brutto wypłaconego na podstawie umów na lata 2020-2024	10 283 347,28 zł brutto	9 727 713,07 zł brutto	5 716 606,95 zł brutto	5 186 301,06 zł brutto	30 913 968,36 zł brutto
Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia	9 796 167,00 zł brutto	10 358 058,60 zł brutto	4 336 810,20 zł brutto	4 581 214,20 zł brutto	29 072 250,00 zł brutto

Oferta Wykonawcy	11 050 094,74 zł brutto	11 004 345,94 zł brutto	4 884 419,34 zł brutto	5 151 592,33 zł brutto	32 090 452,35 zł brutto
Plany postępowań o udzielenie zamówień na rok 2024	11 098 641,60 zł brutto	13 621 570,20 zł brutto	6 853 831,20 zł brutto	5 858 136,00 zł brutto	37 432 179,00 zł brutto

Z powyższej tabeli wynika, że wynagrodzenie wypłacone wykonawcy w oparciu o poprzednie umowy przewyższa prawie 2 mln złotych kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. Sama zaś kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia jest niższa o ponad 8 mln złotych od kwoty z Planu postępowań o udzielenie zamówień na 2024 r.

Zgodnie z przepisem art. 35 ust. 1 ustawy Pzp „*Podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się lub podlegające wznowieniu w określonym czasie jest:*

1) rzeczywista łączna wartość kolejnych zamówień tego samego rodzaju, udzielonych w ciągu poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym lub roku obrotowym, z uwzględnieniem zmian ilości lub wartości zamawianych usług lub dostaw, które mogły wystąpić w ciągu 12 miesięcy następujących od udzielenia pierwszego zamówienia, albo

2) łączna wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie".

Zamawiający, pomimo posiadania wiedzy co do środków niezbędnych na realizację zamówienia w oparciu o dotychczasowe umowy z wykonawcą, zdecydował się na sporządzenie kosztorysów zgodnie z art. 35 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, sporządzając kosztorysy, w których nie dokonano żadnego uzasadnienia dla przyjętych cen jednostkowych (brak materiałów źródłowych), ani nie ujęto żadnych kosztów stałych prowadzenia działalności, jakie musi ponosić przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą.

Powyższe działanie, choć pozornie dopuszczalne, zmierzało do zaniżenia szacunkowej wartości zamówienia, a w konsekwencji doprowadzenia – z uwagi na tożsamość kwoty szacunkowej oraz przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia – do przyznania sobie uprawnienia do unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

Okoliczność, iż szacowanie wartości zamówienia nie może prowadzić do zaniżenia jego wartości nie budzi wątpliwości w doktrynie: „*Przy wyborze sposobu obliczenia wartości tych zamówień należy jednak pamiętać, że nie może on prowadzić do uniknięcia stosowania ustawy, przede wszystkim przez zaniżenie wartości zamówienia mając na uwadze art. 29 ust. 1 PrZamPubl.*" (P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 35. Wyd. 2, Warszawa 2024, SIP Legalis). „*4. Sposoby obliczania wartości zamówień. Swoboda zamawiającego w wyborze metody ustalania wartości zamówienia powtarzającego ograniczona jest art. 29 ust. 1 PrZamPubl, zgodnie z którym zamawiający nie może, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia (art. 29 ust. 1 PrZamPubl). Powyższe powoduje, że najczęściej wybieraną przez zamawiającego metodą jest metoda wskazana w art. 35 ust. 1 pkt 1 PrZamPubl.*"
(M. Sieradzka (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 35, Warszawa 2022, SIP Legalis).

W ocenie odwołującego, ów kosztorysy nie cechują się należytą starannością, a ich jedynym celem jest oderwanie wartości szacunkowej zamówienia i w konsekwencji kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia od wartości dotychczasowych umów na lata 2020-2024 oraz Planów postępowań o udzielenie zamówień na rok 2024., co ma przyznać zamawiającemu uprawnienie do swobodnego unieważnienia postępowania w oparciu o dyspozycję art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Z całą stanowczością podkreślić należy, że kwoty z ww. Planu postępowań, były wystarczające dla udzielenia przedmiotowego zamówienia publicznego. Wystarczające są również kwoty wynikające z budżetu oraz WPF. Sam zaś zamawiający nie podjął żadnych działań w celu przesądzenia, czy jest w stanie zwiększyć kwotę przeznaczoną na zrealizowanie zamówienia, do czego był zobowiązany dokonując czynności unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Jednocześnie ww. kwota szacowania/przeznaczona na sfinansowanie zamówienia oderwana jest w całości od środków opisanych w budżecie Miasta Bydgoszczy oraz WPF. Z dokumentów nie wynika, dlaczego przyjęto taką, a nie inną kwotę (część) z ww. dokumentów na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Wszystkie ww. okoliczności, świadczą o tym, że zamawiający musiał wiedzieć, że przyjęte przez niego szacunki wartości zamówienia są zaniżone i oderwane od realiów realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie. Tym samym dokonał on instrumentalnego zaniżenia kwot wartości szacunkowej oraz kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, aby mieć możliwość swobodnego unieważnienia postępowania wedle własnego uznania, co przemawia za naruszeniem przepisu art. 255 pkt 3 ustawy Pzp oraz pozostałych powołanych w zarzucie przepisów prawa:

- art. 16 pkt 1-2 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania – uzupełniająco wskazać należy, że zastrzeżenie „z góry" uprawnienia do unieważnienia postępowania narusza

przywołane zasady,

- art. 28 ustawy Pzp, poprzez dokonanie szacunkowej wartości zamówienia w sposób nienależyty,

- art. 35 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez celowe posłużenie się wadliwymi kosztorysami, aby nie opierać się o wartość umów za lata 2020-2024,

- art. 5 k.c., poprzez nadużycie prawa, tj. unieważnienie czynności w przypadku, gdy zamawiający celowo zaniżył wartość szacunkową zamówienia, a tożsamą kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia nie powiązał z budżetem Miasta Bydgoszczy, WPF oraz realną wartością zamówienia,

- art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady jawności prawdziwych motywów podejmowania przez zamawiającego czynności w postępowaniu.

Na marginesie podnieść należy, że obowiązki dot. utrzymania jezdni w Bydgoszczy, obciąża zamawiającego w oparciu o przepisy ustawy o drogach publicznych (art. 4 pkt 20, art. 19 ust. 1-2 u.d.p.). Tym samym, zamawiający nawet gdyby miał trudności budżetowe, czemu odwołujący zaprzecza, to byłby zobowiązany do realizacji ww. obowiązków, w tym poprzez udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy przedmiotowe postępowanie.

Stanowisko zaprezentowane przez odwołującego w odwołaniu jest spójne ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO" lub „Izba"), wyrażanym w następujących judykatach: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej: z 29 września 2023 r., KIO 2723/23, z 14 kwietnia 2022 r., KIO 857/22, z 1 marca 2021 r., KIO 215/21.

Stanowisko wyrażone w ww. judykatach odwołujący przyjmuje za własne i przywołuje w kontekście wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu.

2. Zarzut dot. wadliwego uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania oraz wadliwego zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego.

Zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp „*O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne*".

W informacji o unieważnieniu postępowania, zamawiający wskazał następujące uzasadnienie faktyczne i prawne:

Ww. uzasadnienie sprowadza się do wskazania, iż:

- wpłynęła jedna oferta na każdą część zamówienia, która przekracza kwoty przeznaczone na zrealizowanie zamówienia,

- zamawiający nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na zrealizowanie zamówienia,

- jaka jest podstawa prawna unieważnienia.

Uzasadnienie sformułowane przez zamawiającego jest niezwykle lapidarne w swej treści i nie odnosi się do wszystkich wymaganych elementów, które są przewidziane w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Czyni to je wadliwym, gdyż unieważnienie postępowania, jako czynność o wyjątkowym charakterze, względem zakończenia go zgodnie z jego celem, musi być szczegółowo uzasadnione, aby wykazać, że konkretna przesłanka została spełniona. Hasłowe przywołanie okoliczności wynikających z informacji towarzyszących otwarciu ofert, nie spełnia wymogu uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej czynności. Przedmiotowe uzasadnienie nie odnosi się do okoliczności faktycznych przywołanych w niniejszym odwołaniu, budzących uzasadnione zastrzeżenia odwołującego, wyrażone we wcześniejszej części odwołania. Celem zachowania porządku wywodu, wskaże się je skrótowo, odsyłając do wcześniejszej części odwołania:

- w uzasadnieniu zamawiający nie wskazał jakie czynności zostały przez niego podjęte, aby zweryfikować obiektywną możliwość/brak możliwości zwiększenia przeznaczonej kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia i nie wykazał dlaczego nie było obiektywnej możliwości do zwiększenia kwoty przeznaczonej na zamówienie, nie tylko w zakresie wszystkich części zamówienia, ale i poszczególnych z nich z osobna (do czego obligują go przepisy omówione w ww. judykatach KIO, w szczególności do poziomu wynikającego z umów z lata 2020-2024),

- zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego zachodzą rozbieżności pomiędzy kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, a kwotami wskazanymi w budżecie Miasta Bydgoszczy oraz WPF i dlaczego przyjęto 1:1 wartość szacunkową zamówienia jako przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy z dokumentów finansowych środki będące w dyspozycji zamawiającego na realizację zamówienia są większe niż wartość szacowania zamówienia, a nadto szacunek został przeprowadzony w sposób instrumentalny,

- zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do poziomu przewidzianego w planie postępowań o udzielenie zamówień publicznych na rok 2024 r. oraz wynikających z dokumentów budżetowych oraz WPF,

- zamawiający nie wyjaśnił, jak chce doprowadzić (w kolejnym postępowaniu) do obniżenia kwoty niezbędnej na realizację zamówienia, które zgodnie z ustawą o drogach publicznych, obowiązany jest realizować.

Powyższą argumentację odwołującego wspiera przywołane już orzecznictwo KIO oraz następujące judykaty: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej: z 29 września 2023 r., KIO 2723/23, z 26 września 2017 r., KIO 1878/17.

W konsekwencji zarzutów ust. 1-2 wyżej, doszło do zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego w zakresie wszystkich czterech części zamówienia, dokonanego z naruszeniem art. 239 ust. 1-2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie, jednakże na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła,

iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko zamawiającego (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „*Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów*"), wskazuje, co następuje.

Przed czynnością otwarcia ofert, zamawiający stosownie do art. 222 ust. 4 ustawy Pzp podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia „*Zgodnie z art. 222 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający informuje, że na sfinansowanie zamówienia, zamierza przeznaczyć łącznie kwotę brutto: 29 072 250,00 PLN, z podziałem na poszczególne części:*

na część 1 – kwotę brutto: 9 796 167,00 PLN

na część 2 – kwotę brutto: 10 358 058,60 PLN

na część 3 – kwotę brutto: 4 336 810,20 PLN

na część 4 – kwotę brutto: 4 581 214,20 PLN".

Suma ww. kwot wynosi 29 072 250 zł brutto.

Odwołujący złożył oferty na poszczególne części zamówienia:

- część 1 - 11 050 094,74 zł brutto,
- część 2 - 11 004 345,94 zł brutto,
- część 3 - 4 884 419,34 zł brutto,
- część 4 - 5 151 592,33 zł brutto,
- łącznie 32 090 452,35 zł brutto.

Przepis art. 255 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż 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 przedmiotowym postępowaniu w ramach wszystkich czterech części zamówienia, wpłynęła tylko jedna oferta (na każdą część zamówienia), złożona przez odwołującego.

Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym dotyczącym unieważnienia postępowania podał, iż „*Do upływu terminu składania ofert (…), na każdą część zamówienia wpłynęła jedna oferta. Cena każdej złożonej oferty częściowej przekracza dostępne zamawiającemu środki finansowe, które przeznaczył na sfinansowanie każdej części zamówienia i nie może zwiększyć tych kwot do cen ofert częściowych*".

Izba zwraca uwagę, że większość prezentowanej przez odwołującego argumentacji odnosi się do prawidłowości ustalenia przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia. Jednakże odwołujący opierając się o własne ustalenia całkowicie pominął, iż wartość podana przez zamawiającego uwzględniała okoliczność związaną z faktem, iż w ramach akcji zima należało przyjąć do wyceny dwa różne elementy utrzymania standardów odśnieżana,
tj. 1) utrzymanie jezdni, 2) utrzymanie ciągów pieszych (chodników). Dlatego też porównywanie przez odwołującego kwot zapisanych przez zamawiającego w budżecie na kolejne lata odśnieżania, w tym w Wieloletniej Prognozie Finansowej Miasta Bydgoszczy (WPF) jest bezzasadne.

Wskazać bowiem należy, iż całkowita kwota przeznaczona przez zamawiającego na realizację akcji odśnieżania w

latach 2024-2029 obejmuje zarówno odśnieżanie mechaniczne (ulice) jak i odśnieżanie ręczne (chodniki). Prawidłowe rozdzielenie tych dwóch rodzajów czynności (przedmiotu zamówienia) prowadzi do ustalenia jakie faktyczne środki finansowe może przeznaczyć zamawiający na ich realizację.

Odwołujący powyższych okoliczności nie uwzględnił, dlatego też wszystkie wyliczenia jakie w tym zakresie poczynił są błędne.

Skoro bowiem zamawiający poinformował wykonawcę, iż na sfinansowanie tego zamówienia zamierza przeznaczyć łącznie kwotę brutto 29 072 250,00 zł z odpowiednim podziałem na poszczególne części, to nie sposób twierdzić, że kwota ta mogłaby być inna.

W ocenie Izby, zamawiający ustalając wartości związane z własnymi możliwościami finansowymi, przyjmując zakładaną sytuację gospodarczą na najbliższe lata, prognozowanym wskaźnikiem inflacji, ociepleniem klimatu (bardziej łagodne zimy), itp. miał uzasadnione podstawy do stwierdzenia, że w ramach akcji zima, koszty jej prowadzenia nie będą ulegały zwiększeniu w kolejnych latach. Jak wynika z tabel złożonych przez zamawiającego, do wyceny przyjął on bowiem wartości za poszczególne usługi, jakie obowiązywały strony na dzień zakończenia poprzedniej umowy (po wszystkich waloryzacjach), co uznać należało za czynność prawidłową. Tym samym podnoszenie przez odwołującego zarzutów w tym zakresie uznać należało za niezasadne.

Przyjąć również należy, iż zamawiający, co potwierdzają oświadczenia złożone przez zamawiającego na rozprawie, dokonał oceny możliwości zwiększenia budżetu na realizację tego przedmiotu zamówienia, jednakże ze skutkiem negatywnym.

Zdaniem Izby, przyjmując powyższe ustalenia za prawidłowe, zamawiający miał podstawy zarówno prawne jaki faktyczne do unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Odnosząc się zaś do zarzutu dotyczącego wadliwego, zdaniem odwołującego, uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego jest niezasadny.

W ocenie Izby zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania na podstawie przepisu art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, nie ma obowiązku szczegółowego odniesienia się do podjętych przez siebie czynności w tym zakresie w jakim nie ma możliwości zwiększenia kwoty na realizację zamówienia.

Oczywistym jest, że zgodnie z przepisem art. 260 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi,
że o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału
w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji – podając uzasadnienie faktyczne
i prawne, zamawiający zobowiązany jest podać odpowiednie do okoliczności sprawy uzasadnienie faktyczne, jednakże każda jednostkowa sprawa odwoławcza musi być traktowana indywidualnie, dlatego też ocena Izby, względem czynności zamawiającego musi zawsze dotyczyć danej, konkretnej sprawy.

W przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Izby, uzasadnienie faktyczne unieważnienia postępowania, nie stoi w sprzeczności z wyżej powołanymi przepisami ustawy Pzp.

Ponadto zamawiający pozostający związany uchwałami Rady Miasta i ustalonymi w tych uchwałach wartościami nie ma możliwości do ich samodzielnej zmiany, w szczególności zwiększenia przyjętych tam kwot. Trzeba bowiem wskazać, iż informacja o wynikach prowadzonego postępowania zawsze stanowi uzewnętrznienie wewnętrznych ustaleń zamawiającego i jako taka nie musi znaleźć swojego odzwierciedlenia w publicznie podawanej informacji. Ważne, aby była ona wynikiem pogłębionej analizy zamawiającego
z uwzględnieniem celu udzielenia zamówienia publicznego.

Ponadto wskazać należy, iż przekazana przez zamawiającego informacja o unieważnieniu postępowania, w tym w szczególności uzasadnienie faktyczne podjętej decyzji, była wystarczająca do postawienia zamawiającemu zarzutów w odwołaniu i odpowiednie ich uzasadnienie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……