

Sygn. akt: KIO 2418/23

**WYROK**  
**z dnia 6 września 2023 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Danuta Dziubińska**  
**Protokolant: Patryk Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: **Fundacja Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu K. B.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **K. B. Artefakt - Firma Archeologiczna, J. Ś.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **Firma Archeologiczna „Altamira” J. Ś.** z siedzibą lidera w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy**

**orzeka:**

1. **Uwzględnić odwołanie** i nakazuje Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszych ofert, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:
  - 2.1. zalicza w 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 **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie - Generalnej Dyrektcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: **Fundacja Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu K. B.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **K. B. Artefakt - Firma Archeologiczna J. Ś.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **Firma Archeologiczna „Altamira” J. Ś.** z siedzibą lidera w Poznaniu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczonego przez Odwołującego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) 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 2418/23

**Uzasadnienie**

Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp” lub „Ustawa”) postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej na: *Wykonanie archeologicznych ratowniczych badań wykopaliskowych na stanowiskach archeologicznych kolidujących z pasem inwestycji pn. „Budowa drogi ekspresowej S10 na odcinku Bydgoszcz-Toruń” wraz z opracowaniem wyników badań*, numer referencyjny: GDDKiA.O.BY.D-3.2411.6.2023.7. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 8 maja 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem nr 2023/S 089-274079.

4 sierpnia 2023 r. Zamawiający przekazał informację o wyniku postępowania. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Fundacja Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, K. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. B. Artefakt - Firma Archeologiczna, J. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Archeologiczna „Altamira” J. Ś. z siedzibą lidera w Poznaniu (dalej wspólnie: „Odwołujący” lub „Konsorcjum”) wnieśli odwołanie wobec:

1)zaniechania dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego i zawarcia umowy ramowej, pomimo, że oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu i została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu w sytuacji, gdy Zamawiający przewidział zawarcie umowy ramowej z trzema wykonawcami;

ewentualnie

2)zaniechania dopełnienia obowiązku, polegającego na przekazaniu uzasadnienia prawnego odmowy wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1)art. 239 w związku z art. 311 ust. 1 pkt 1 oraz art. 16 Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie polegające na zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej (zawarcia umowy ramowej) pomimo, że jego oferta nie została odrzucona, a jednocześnie w rankingu ofert zajęła trzecie miejsce;

ewentualnie

2)art. 253 w zw. z art. 16 Pzp, poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie polegające na zaniechaniu przekazania uzasadnienia prawnego braku wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty,

2)powtórzenie oceny ofert oraz ponowny wybór ofert w tym również oferty Odwołującego;

ewentualnie

2)powtórzenia czynności przekazania informacji określonej w art. 253 ust. 1 Pzp wraz z wskazaniem podstawy prawnej braku wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał w szczególności, że zgodnie z pkt 4.3 SWZ, Umowa ramowa zostanie zawarta z trzema Wykonawcami, chyba że oferty niepodlegające odrzuceniu złożą mniej Wykonawców. Z kolei w pkt 4.4 SWZ Zamawiający określił sposób wyłonienia wykonawców na realizację zamówień częściowych objętych umową ramową. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z którą przyznał punktację trzem ofertom, w tym ofercie Odwołującego, którą sklasyfikował na trzecim miejscu. Jednocześnie poinformował, iż zawrze umowę ramową z dwoma wykonawcami, których oferty zostały najwyżej ocenione, natomiast nie wybrał jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego w związku z tym, że cena tej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć kwoty do wysokości tej ceny.

Zdaniem Odwołującego powyższe rozstrzygnięcie w świetle obowiązujących przepisów oraz warunków zamówienia jest wadliwe. Odwołujący podniósł, że postępowanie w sprawie zawarcia umowy ramowej jest szczególnym instrumentem w zakresie procedury udzielania zamówień publicznych, który ze względu na swoją specyfikę różni się proceduralnie od zamówień klasycznych. Zgodnie z art. 311 Pzp, do postępowania w celu zawarcia umowy ramowej stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące między innymi przetargu nieograniczonego. Odnosząc się do odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących trybów, Odwołujący wskazał za Komentarzem do Prawa Zamówień Publicznych /wersja użytkowa/Prezesa UZP, w-WA 2021, fragment ze str. 885 - 886 pkt 4 do art. 311: „(...) W art. 311 ust. 1 Pzp ustawodawca posłużył się wyrazami „przepisy dotyczące trybu”. Art. 311 ust. 1 Pzp odsyła więc nie tylko do przepisów zawartych w dziale II, rozdziale 3, oddział 1-6 o przetargu nieograniczonym, przetargu ograniczonym, negocjacjach z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnym, partnerstwie innowacyjnym oraz w dziale III, rozdziale 4, oddział 1 i 2 o trybie podstawowym i partnerstwie innowacyjnym, ale do wszystkich przepisów Pzp stosowanych przy udzielaniu zamówień w tych trybach, w tym do przepisów dotyczących warunków udziału w postępowaniu, opisu przedmiotu zamówienia czy wyboru najkorzystniejszej oferty. Art. 239 Pzp będzie miał zastosowanie do postępowania o zawarcie umowy ramowej. W przypadku gdy Zamawiający rozstrzyga klasyczne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, wybiera wykonawcę, którego oferta uzyskała największą ilość punktów, jednocześnie przyznając punktację pozostałym ofertom niepodlegającym odrzuceniu, również i tym których cena przekracza kwotę przeznaczoną przez zamawiającego. Odrębność postępowania o zawarcie umowy ramowej polega między innymi na tym, że Zamawiający może określić ilość wykonawców z którą zawrze przedmiotową umowę co w niniejszym postępowaniu Zamawiający uczynił, określając w pkt 4.3, że umowa ramowa zostanie zawarta z trzema Wykonawcami, chyba że oferty niepodlegające odrzuceniu złożą mniej Wykonawców. Mając na uwadze, że Ustawa przewiduje odpowiednie stosowanie przepisów dotyczących trybów, co może oznaczać: pełne stosowanie wprost, bez żadnych zmian w ich dyspozycji, bądź też z odpowiednimi zmianami dostosowanymi do celu i charakteru umowy ramowej oraz niestosowania w ogóle (przepisy te nie mogą być zastosowane, przede wszystkim ze względu na ich bezprzedmiotowość lub całkowitą

sprzeczność z przepisami) również ta uwaga odnosi się do art. 239, który powinien zostać zastosowany z uwzględnieniem charakterystyki przedmiotowego postępowania, tj. z uwzględnieniem okoliczności, że Zamawiający przewidział zawarcie umowy z trzema wykonawcami, a jedyną przyczyną określoną w SWZ skutkującą brakiem zawarcia umowy ramowej jest odrzucenie oferty wykonawcy. Odpowiednie zastosowanie art. 239 w tych okolicznościach powinno więc sprowadzać się do tego, że Zamawiający wybrałby 3 oferty niepodlegające odrzuceniu, które zgodnie z przyznaną punktacją są najkorzystniejsze. Oferta Odwołującego nie była odrzucona przez Zamawiającego, dlatego też nie sposób znaleźć uzasadnienie odmowy zawarcia umowy ramowej. Konsekwencją decyzji Zamawiającego jest niczym nieuzasadnione ograniczenie konkurencji w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówień częściowych w ramach procedury umowy ramowej oraz naruszenie zasady przejrzystości, co stoi w sprzeczności z art. 16 Pzp. Naruszenie zasady przejrzystości ogniskuje się w dwóch płaszczyznach. Po pierwsze patrząc od strony formalno-prawnej, Zamawiający nie wskazał podstawy prawnej takiego rozstrzygnięcia. Po drugie uchybienie to ma postać materialnoprawną, albowiem ani z przepisów prawa zamówień publicznych nie wynika uprawnienie Zamawiającego do odmowy zawarcia umowy ramowej w przedstawionym stanie faktycznym, ani też Zamawiający nie przewidział takiej możliwości w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Wykonawca czytając z należytą starannością dokumenty postępowania nie mógł wywieść, że w przypadku przekroczenia kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego, nie będzie mógł zawrzeć z Zamawiającym umowy. Powołując się na orzecznictwo Odwołujący stwierdził, że wszelkie wątpliwości dotyczące niejasnych postanowień SWZ, powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Tymczasem Zamawiający podjął decyzję na niekorzyść Odwołującego niewynikającą z żadnego przepisu Pzp jak i postanowień SWZ. Lakoniczne uzasadnienie Zamawiającego, który odwołał się do orzeczenia KIO z dnia 22 lutego 2022 r. (sygn. akt KIO 330/22) jest nietrafione, a przytoczony fragment wyroku wyrwany z kontekstu. Stan faktyczny na kanwie którego został wydany ww. wyrok odbiega bowiem od okoliczności niniejszej sprawy, ponieważ wyrok ten dotyczył sytuacji, gdzie wszystkie oferty wielokrotnie przekroczyły przeznaczone przez zamawiającego środki i z tego powodu postępowanie zostało unieważnione, co Izba uznała za racjonalne działanie: *Zamawiający działał racjonalnie z punktu widzenia nie tylko swojego interesu, ale także interesu Wykonawców, w tym Odwołującego, gdyż zamiast zawierać umowę ramową, z której nigdy by nie skorzystał albo wszczynać kolejne postępowanie na tożsamy przedmiot zamówienia, wolał unieważnić postępowanie.* Zdaniem Odwołującego z powyższym wyrokiem można się zgodzić, albowiem działanie zamawiającego było racjonalne i tym samym uzasadnione. Z kolei w niniejszej sprawie, decyzji Zamawiającego w żaden sposób nie można uzasadnić - ani z punktu widzenia obowiązujących przepisów, ani też z punktu widzenia logiki. Zamawiający bowiem niejako sam, na własne życzenie pozbawił się możliwości nawiązania współpracy z doświadczonym wykonawcą jakim jest Odwołujący, tym samym ograniczając konkurencję, zamykając w sposób nieuzasadniony dostęp do rynku zamówień publicznych, a co najważniejsze z punktu widzenia finansów publicznych, pozbawił siebie możliwości uzyskania możliwie najkorzystniejszej oferty częściowej (realizacyjnej).

Następnie, powołując się na przywołane przeczenia Izby, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający będący stroną umowy ramowej nie zaciąga zobowiązania względem wykonawców do przeprowadzenia postępowań wykonawczych. Zamawiający nie jest zobowiązany do udzielania zamówień na warunkach określonych w umowie ramowej. Jest to w pewnym sensie szczególne postępowanie dwuetapowe, gdzie w pierwszym etapie Zamawiający określa krąg wykonawców z którymi będzie doprecyzowywał warunki zamówienia w ramach postępowań wykonawczych. Wykonawcy są związani ceną określoną w umowie ramowej w tym sensie, że nie mogą zaoferować wyższych wartości. Z samych warunków przetargu jasno wynika intencja Zamawiającego do konkretyzowania zamówień wykonawczych i zwiększenia w tym aspekcie konkurencyjności. Wskazuje na to przede wszystkim wola Zamawiającego zawarcia umowy ramowej z trzema wykonawcami, co zwiększa szansę na atrakcyjność ofert. Ponadto w treści umowy ramowej, w paragrafie piątym, uregulowana została procedura udzielania zamówień częściowych wskazujący, że intencją Zamawiającego jest uzyskanie możliwie najkorzystniejszych cen i w tej sytuacji Odwołujący chcąc uzyskać zamówienie, musi złożyć korzystniejszą cenowo ofertę od konkurencji. Zamawiający nie ponosi ani negatywnych konsekwencji ani przede wszystkim żadnego ryzyka w zawarciu umowy ramowej z Odwołującym. W formularzu oferty jest określona ilość badań archeologicznych będących przedmiotem zamówienia, a wykonawcy zobowiązani byli podać cenę jednostkową oraz cenę ogólną stanowiącą iloczyn ceny jednostkowej oraz zaplanowanej ilości badań. Oznacza to, że Zamawiający znając kwotę, jaką może przeznaczyć na realizację całego zamówienia, zna też kwotę jaką może przeznaczyć na badanie w ujęciu jednostkowym. A zatem po stronie Zamawiającego nie występuje ryzyko, że w ramach udzielonych zamówień częściowych nie będzie w stanie zweryfikować czy oferta częściowa przekracza jego budżet w ujęciu całkowitym. Istotne w przedmiotowej sprawie jest również to, iż w stosunku do zamówienia częściowego (wykonawczego) istnieje możliwość unieważnienia postępowania. Wskazuje na to przepis art. 314 ust. 5, zgodnie z którym: Do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 lub 3, przepisy art. 255-261 stosuje się. Powyższe oznacza, że Zamawiający nie będzie zobligowany do zawierania umów wykonawczych na niekorzystnych dla siebie warunkach.

W uzasadnieniu zarzutu ewentualnego, Odwołujący wskazał na przepis z art. 253 ust. 1 Pzp i stwierdził, że Zamawiający w przekazanej informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty nie podał podstawy prawnej (uzasadnienie prawne) odmowy wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Co więcej, w sposób lakoniczny podał uzasadnienie faktyczne dla takiej decyzji: *Zamawiający informuje również, że nie wybrał jako najkorzystniejszej oferty nr 1 złożonej przez Wykonawcę: Konsorcjum: Fundacja Uniwersytetu im. Adam Mickiewicza w Poznaniu (lider) ul. Rubież 46, 61-612 Poznań; FIRMA ARCHEOLOGICZNA „ALTAMIRA” J. Ś. (partner) ul. Piastowska 12/30, 98-200 Sieradz; K. ARTEFAKT – FIRMA ARCHEOLOGICZNA (partner) ul. ROLNA 63, 97-500 RADOMSKO, w związku z tym, że cena oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć kwoty do wysokości tej ceny. W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażonym w wyroku z dnia 22 lutego 2022 r. (sygn. akt KIO 330/22), Zamawiający będący jednostką sektora finansów publicznych „...zobowiązany jest do przestrzegania zasad celowego i oszczędnego dokonywania wydatków. Z tych względów musi działać w określonych granicach, tzn. być pewnym, że uzyska cenę w granicach swojego budżetu, a nie mieć tylko taką „nadzieję”...”* wynikającą z założenia dalszej konkurencji cenowej przy ubieganiu się przez Wykonawców o poszczególne zamówienia cząstkowe. Odwołujący stwierdził, że brak szczegółowego uzasadnienia faktycznego i prawnego, pozbawia go możliwości skutecznej ochrony swoich praw oraz weryfikacji czynności dokonanej przez Zamawiającego w postępowaniu. Zamawiający w ogóle nie wskazał podstawy prawnej swojej decyzji. Natomiast lakoniczne uzasadnienie faktyczne również nie może być akceptowalne, ponieważ uniemożliwia Odwołującemu ocenę prawną podjętej decyzji. W ocenie Odwołującego, uzasadnienie powinno odnosić się do okoliczności występujących w danym postępowaniu i być przygotowane w sposób wyczerpujący. Absolutnie nie wystarczające jest powoływanie się na fragment orzeczenia KIO, w dodatku wyrwanego z kontekstu, którego fragment pasuje do tezy Zamawiającego. Nie są znane intencje Zamawiającego oraz przyczyny takiego rozstrzygnięcia. Zamawiający nie wypełnił dyspozycji art. 253 ust. 1 Ustawy. Bezprzedmiotowe jest domniemywanie, jaka jest podstawa prawna rozstrzygnięcia oraz uzasadnienie dla tej czynności. Odwołujący odnosi się w odwołaniu do decyzji wyrażonej przez Zamawiającego w przesłanej informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Informacja z naruszeniem art. 253 Ustawy prowadzi również do naruszenia art. 16, poprzez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców jak również zasady przejrzystości. Świadczy o tym brak kompleksowego wyjaśnienia podjętych przez Zamawiającego rozstrzygnięć oraz niezrozumiały rezultat całego postępowania.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał w szczególności, iż nie wybrał jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, ponieważ cena tej oferty przewyższała kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a nie może zwiększyć kwoty do wysokości tej ceny. Zamawiający podał, że w ramach postępowania złożono cztery oferty. 4 sierpnia 2023 roku Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i przekazał tą informację wykonawcom. Zamawiający przyznał punktację trzem ofertom w tym ofercie Odwołującego, którego sklasyfikował na trzecim miejscu. Zamawiający stwierdził, że słusznie Odwołujący podał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający może określić ilość wykonawców z którą zawrze przedmiotową umowę ramową. Jednakże dalsze ustalenia Odwołującego i wyciągnięte wnioski będące podstawą odwołania nie korespondują zarówno ze stanem faktycznym jak i dokumentami przetargowymi. Zamawiający w punkcie 4 SWZ określił sposób postępowania. Odwołujący wrywkowo zacytował tylko punkt 4.3 nie odnosząc się do następnych zapisów i wskazań Zamawiającego. I tak w punkcie 4.4 SWZ Zamawiający określił sposób wyłonienia wykonawców na realizację zamówień częściowych objętych umową ramową; zwraca tutaj uwagę rozgraniczenie trybu w przypadku zawarcia umowy ramowej z więcej niż jednym Wykonawcą albo w przypadku zawarcia umowy ramowej z jednym Wykonawcą. Zamawiający przewidywał możliwość zawarcia umowy ramowej z więcej niż jednym wykonawcą, jednakże nie oznacza to, że miało być to konkretnie 3 Wykonawców. Potwierdzeniem takiego zamysłu Zamawiającego są zapisy w punkcie 21 SWZ dotyczącym Kryterium Oceny Ofert. I tak w punkcie 21.4: *Zamawiający wybierze maksymalnie 3 oferty, które uzyskają największą liczbę punktów*. Zgodnie natomiast z przepisem art. 239 Pzp: *1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.*

Zamawiający stwierdził, że postąpił dokładnie z literą prawa i opierając się na kryteriach oceny ofert, o których mowa w art. 239 Pzp, określonych w punkcie 21 SWZ, wybrał dwie najkorzystniejsze oferty spośród trzech sklasyfikowanych, co więcej w sposób zwięzły przedstawił podstawy swojego rozstrzygnięcia zarówno faktyczne jak i prawne w informacji o wyborze najkorzystniejszych ofert z 4 sierpnia 2023 r. Wbrew temu co twierdzi Odwołujący nie nastąpiło ograniczenie konkurencji w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówień częściowych w ramach procedury umowy ramowej ani też naruszenie zasady przejrzystości postępowania. Zdaniem Zamawiającego

zacytowane przez Odwołującego wyroki SN i Sądów Okręgowych nie mają w j sprawie zastosowania.

Zdaniem Zamawiającego sprawa dotyczy braku zawarcia umowy ramowej ze sklasyfikowanym Wykonawcą ze względu na to, że cena tej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć kwoty do wysokości tej ceny. Określenie przez Zamawiającego w SWZ liczby Wykonawców z którymi zamierza zawrzeć umowę ramową nie powoduje powstania obowiązku zawarcia umowy na kwotę wyższą niż zamiar. Zamawiający nie jest zainteresowany niecelowym prowadzeniem postępowań - opartym o nadzieję obniżenia ceny w stopniu wystarczającym do zawarcia umowy jednostkowej. Występuje tutaj analogia do art. 255 pkt 3 Pzp, którego celem jest *"ochrona zamawiającego przed roszczeniem o zawarcie umowy w przypadku braku środków finansowych"*. Wniesienie odwołania wskazuje na niekonsekwentne działanie Wykonawcy - w poprzednim postępowaniu nie wnosił zastrzeżeń do unieważnienia postępowania, którego przyczyną był właśnie brak środków. Różnica polega na tym, że wtedy Zamawiający zastosował art. 255 pkt 3 Pzp wprost, bo wszyscy Wykonawcy przekroczyli kwotę przeznaczoną na realizację zadania. Zamawiający zadziałał również w tym przypadku w oparciu o wykładnię celowościową tego przepisu. Chodzi o postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, w celu zawarcia umowy ramowej pn.: „Wykonanie archeologicznych ratowniczych badań wykopaliskowych na stanowiskach archeologicznych kolidujących z pasem inwestycji pn. Budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz – Toruń wraz z opracowaniem wyników badań”, nr referencyjny: GDDKiA.O.BY.D-3.2411.6.2023. 7. Postępowanie to zostało ogłoszone w dniu 03.03.2023 r., a po otwarciu ofert w dniu 7 kwietnia 2023 r. okazało się, że wszyscy Wykonawcy przekroczyli kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W postępowaniu tym uczestniczył także Odwołujący, który złożył ofertę na kwotę 4 952 258,73 zł przy kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia w wysokości 3 722 079,78 zł. Wśród ówczesnych Wykonawców znajdował się ABH THOR sp. z o.o., który złożył ofertę na kwotę 6 560 954,24 zł ; w obecnym postępowaniu Wykonawca ten złożył ofertę na kwotę 5 930 093,26 zł. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zwiększył kwotę przeznaczoną na sfinansowania zamówienia do 6 314 918,40 zł. Odwołujący wiedząc , że poprzednie postępowanie zostało unieważnione ze względu na brak środków w następnym postępowaniu o identycznym zakresie i tych samych warunkach podwyższył wartość swojej oferty. Kwotę, którą Zamawiający miał zamiar wydać mógł sprawdzić na stronie internetowej GDDKiA w zakładce planów na rok 2023 - 2023 r. - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad- Oddział Bydgoszcz - Portal Gov.pl §. Mając na uwadze powyższe trudno przyznać racje Odwołującemu, że: „nie mógł wywieść, że w konsekwencji przekroczenia kwoty przeznaczonej nie będzie mógł zawrzeć z Zamawiającym przedmiotowej umowy.” Takie stwierdzenia Odwołującego stoją w sprzeczności z logiką działania jednostek Skarbu Państwa. Nie można także mówić o ograniczeniu konkurencji, skoro przepisy Pzp dopuszczają zawarcie umowy tylko z jednym Wykonawcą. Na kolejnym etapie postępowania w wykonaniu umowy ramowej w związku z wyborem dwóch wykonawców nadal będzie zachowana konkurencyjność. Nie może być tu mowy o naruszeniu art. 311 ust. 4 Pzp. Zamawiający jest zobowiązany do udzielenia zamówień na warunkach określonych w umowie ramowej. Wynika to zarówno z zapisów Pzp jak i dokumentacji przetargowej w tym wzorze samej umowy ramowej. I tak w § 5 umowy ramowej w ust. 1: "Zamawiający będzie zapraszał każdorazowo do składania ofert na realizację częściowego zamówienia publicznego wszystkich wykonawców, z którymi zawarł umowę ramową z zastrzeżeniem art. 313 ustawy Pzp". GDDKiA nie ma wyboru, zaprasza wszystkich do składania ofert, z którymi podpisała umowę ramową. Zamawiający musi brać pod uwagę również najgorszy scenariusz, że ofertę złoży tylko Odwołujący po cenie określonej w umowie ramowej, czyli przekraczającej budżet Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego zastanawiające są stwierdzenia Odwołującego: „Zamawiający nie ma obowiązku zawierać umowy wykonawczej, konkretyzującej zamówienie na warunkach dla siebie niekorzystnych.” Czy w takim razie umowę ramową Zamawiający może zawrzeć na warunkach dla siebie niekorzystnych? Sama konstrukcja umowy ramowej faktycznie nie stanowi udzielenia zamówienia publicznego i nie rodzi po stronie wykonawców żadnego obowiązku związanego z realizacją usługi, ale po stronie Zamawiającego kreuje obowiązek skierowania zamówień wykonawczych do konkretnych wybranych już Wykonawców i co więcej po cenach nie wyższych niż już ustalone. Jeżeli jeden z wybranych wykonawców ma cenę wyższą od zakładanego budżetu to przy zaistnieniu sytuacji, że tylko on będzie przystępował do składania poszczególnych ofert, nastąpi przekroczenie środków finansowych będących w dyspozycji Zamawiającego i brak zrealizowania całości przedmiotu zamówienia. Stwierdzenie Odwołującego, że: „w stosunku do zamówienia częściowego (wykonawczego) istnieje możliwość unieważnienia postępowania” nie może przyświecać Zamawiającemu, gdyż stoi w sprzeczności z sensem prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia oraz zawieraniem umowy ramowej.

W odniesieniu do zarzutu ewentualnego Zamawiający stwierdził, że przekazał informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty podając wymagane dane (w tym także w formie tabelarycznej) a także poinformował o ofertach, które zostały odrzucone. W każdym z przypadków podał podstawę prawną oraz podstawę faktyczną. Przepis art. 253 Pzp nie zawiera obowiązku przekazania uzasadnienia prawnego i faktycznego braku wyboru sklasyfikowanej oferty.

Istotne jest to, że czynność musi być przejrzysta, czego Zamawiający dochował. Oferta Odwołującego nie została odrzucona tylko po prostu nie wybrana. Przyczyną braku tego wyboru GDDKiA wskazała w sposób zwięzły a co najważniejsze podając prawdziwy powód. Zamawiający podał podstawę prawną, czyli art. 239 ust. 1 Pzp oraz kryteria oceny ofert określone w pkt 21 SWZ. Wskazane przez Odwołującego "zaniechanie" podyktowane jest racjonalnością i ekonomią postępowania. Faktyczne uzasadnienie zostało zawarte w zawiadomieniu o wyborze (brak środków i brak możliwości oparcia wyboru najkorzystniejszej oferty o nadzieję przyszłego obniżenia ceny).

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący podał w szczególności, że na skutek błędu Zamawiającego pozbawiony jest możliwości zawarcia umowy ramowej i tym samym pozbawiony jest szansy na późniejszą realizację zleceń na rzecz Zamawiającego. Ponadto Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów Ustawy. Oferta Odwołującego po dokonaniu prawidłowej oceny ofert jest sklasyfikowana na trzecim miejscu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu i w konsekwencji zgodnie z warunkami zamówienia Zamawiający powinien zawrzeć z Odwołującym umowę ramową. Z uwagi na bezzasadną odmowę zawarcia umowy ramowej Odwołujący może zostać pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji Odwołujący nie osiągnie zysku, który planował przy realizacji usługi objętej przedmiotowym postępowaniem. Ponadto interes Odwołującego wyraża się w tym, iż wskutek zaniechania przez Zamawiającego wskazania podstawy prawnej odmowy zawarcia umowy ramowej, Odwołujący nie może skutecznie chronić swoich słusznych praw w postępowaniu odwoławczym poprzez właściwe sformułowanie zarzutów.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Ad zarzut naruszenia art. 239 Pzp w zw. z art. 311 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 16 Pzp

Stosownie do 239 Pzp: 1. *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.* 2. *Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.*

Zgodnie z art. 311 ust. 1 pkt 1 Pzp: 1. *Zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące trybu: 1) przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego, w przypadku gdy wartość zamówienia klasycznego jest równa lub przekracza progi unijne;*

W myśl art. 16 Pzp: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.*

Określając w pkt 4 SWZ tryb postępowania Zamawiający wskazał:

4.1. *Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „ustawą Pzp”.*

4.2. *Postępowanie prowadzone jest w celu zawarcia umowy ramowej w rozumieniu art. 7 pkt 26) ustawy Pzp.*

4.3. *Umowa ramowa zostanie zawarta z trzema Wykonawcami, chyba że oferty niepodlegające odrzuceniu złożą mniej Wykonawców.*

4.4. *Częściowe zamówienia będą udzielane sukcesywnie, zgodnie z potrzebami Zamawiającego: - po każdorazowym przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia (postępowania ofertowego) zgodnie z procedurą określoną w art. 314 ust. 4 pkt 1)-4) ustawy Pzp - w przypadku zawarcia umowy ramowej z więcej niż jednym Wykonawcą albo - na warunkach zamówienia określonych w umowie ramowej, bez przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia - w przypadku zawarcia umowy ramowej z jednym Wykonawcą.*

W analizowanym postępowaniu zostały złożone 4 oferty z których jedna została odrzucona. Pozostały zatem trzy

oferty niepodlegające odrzuceniu, w tym oferta Odwołującego. Dwie z tych ofert zawierają ceny mieszczące się w budżecie Zamawiającego, natomiast cena trzeciej oferty, tj., oferty złożonej przez Odwołującego przekracza kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia. Zamawiający dokonał wyboru dwóch ofert, których ceny nie przekraczają kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia.

Izba dokonuje oceny czynności zamawiającego z uwzględnieniem treści jej uzasadnienia, przedstawionego przez zamawiającego stosownie do przepisu art. 253 ust. 1 Pzp. Uzasadnienie prawne i faktyczne czynności w postępowaniu ma zatem istotne znaczenie, nie tylko w kontekście realizacji zasady przejrzystości postępowania czy możliwości podjęcia przez wykonawcę polemiki z decyzją zamawiającego, ale też - jak wyżej wskazano – dla oceny prawidłowości działań zamawiającego, dokonywanej przez Izbę.

W piśmie z 4 sierpnia 2023 r. zawierającym informację o wyborze najkorzystniejszych ofert Zamawiający podał: *Na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Zamawiający informuje, że w ww. postępowaniu, jako najkorzystniejsze zostały wybrane następujące oferty:*

*- oferta nr 2 złożona przez Wykonawcę: Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska Archeoplan, ul. Do Wilgi 20/5, 30-419 Kraków*

*- oferta nr 4 złożona przez Wykonawcę: APB THOR Sp. z o.o., Al. Reymonta 21, 62-200 Gniezno*

#### UZASADNIENIE WYBORU

*Najkorzystniejsze oferty wybrane zostały zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w pkt 21.1 Tom I SWZ (IDW) tj.: Cena – 90 %, Termin opracowania wyników badań – 10%. Wybrane oferty uzyskały największą liczbę punktów, obliczoną zgodnie z wzorem opisanym w pkt 21.2. Tomu I SWZ (IDW). Wybrane oferty spełniają wszystkie wymagania określone w SWZ. Zamawiający informuje również, że nie wybrał jako najkorzystniejszej oferty nr 1 złożonej przez Wykonawcę: Konsorcjum: Fundacja Uniwersytetu im. Adam Mickiewicza w Poznaniu (lider) ul. Rubież 46, 61-612 Poznań; FIRMA ARCHEOLOGICZNA „ALTAMIRA” J. Ś. (partner) ul. Piastows 12/30, 98-200 Sieradz; K. B. ARTEFAKT – FIRMA ARCHEOLOGICZNA (partner) ul. ROLNA 63, 97-500 RADOMSK. w związku z tym, że cena tej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć kwoty do wysokości tej ceny.*

*W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażonym w wyroku z dnia 22 lutego 2022 r. (sygn. akt KIO 330/22), Zamawiający będący jednostką sektora finansów publicznych „...zobowiązany jest do przestrzegania zasad celowego i oszczędnego dokonywania wydatków. Z tych względów musi działać w określonych granicach, tzn. być pewnym, że uzyska cenę w granicach swojego budżetu, a nie mieć tylko taką „nadzieję”...” wynikającą z założenia dalszej konkurencji cenowej przy ubieganiu się przez Wykonawców o poszczególne zamówienia częściowe.*

W sprawie nie ma sporu, że Zamawiający przyznał punktację trzem ofertom, w tym ofercie Odwołującego, którą sklasyfikował na trzecim miejscu. Nie ma też sporu co do tego, że Pzp oraz SWZ nie regulują trybu postępowania w sytuacji, jaka zaistniała w okolicznościach analizowanej sprawy, tj. nie określają, jak powinien postąpić Zamawiający wówczas, gdy ostatnia z ofert mieszcząca się w określonej w SWZ liczbie ofert decydujących o zawarciu umowy ramowej, nie podlega odrzuceniu, ale zawiera cenę przekraczającą kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia.

Należy zaznaczyć, iż określenie treści SWZ zgodnie ze swoimi potrzebami, przy uwzględnieniu obowiązujących przepisów prawa, należy do Zamawiającego. Skutki zaniechania w tym zakresie nie mogą być przerzucane na wykonawców i powodować dla nich negatywnych konsekwencji.

W sytuacji zatem, gdy mając na uwadze wskazane przez siebie przykłady unieważnionego postępowania z uwagi na to, że wszystkie złożone oferty zawierały ceny przewyższające założony przez Zamawiającego budżet, mógł on przewidzieć, że także w ponownie ogłoszonym postępowaniu może pojawić się przynajmniej jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu, lecz zawierająca podobnie określoną cenę. W sytuacji zatem, gdy nie chciał zawierać umowy ramowej z takim wykonawcą, tj. wykonawcą, którego oferta zawiera cenę przewyższającą kwotę przewidzianą na realizację zamówienia, powinien jasno określić w SWZ, że w takim przypadku, nawet gdy będzie się ona mieściła w ustalonym limicie wykonawców, z którymi ma być zawarta umowa ramowa, taka umowa nie zostanie zawarta. Zamawiający nie uregulował jednak w SWZ takiej sytuacji.

W związku z tym, stosownie do postanowień SWZ, których jest autorem i którymi jest związany, podobnie jak wykonawcy, Zamawiający winien dokonać wyboru trzech ofert niepodlegających odrzuceniu. SWZ nie przewiduje bowiem odstępstw od zasady stanowczo wyrażonej w pkt 4.3 SWZ, gdzie zostało jasno wskazane: *Umowa ramowa*

*zostanie zawarta z trzema Wykonawcami, chyba że oferty niepodlegające odrzuceniu złożą mniej Wykonawców.*

W szczególności za takie odstępstwo nie można uznać wskazywanych przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego postanowień pkt IV.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 21.4 SWZ gdzie zostało wskazane, iż maksymalna liczba wybranych w postępowaniu ofert może wynieść 3, tj. wybrane zostaną maksymalnie trzy oferty, które uzyskają największą liczbę punktów. Postanowienia te nie zmieniają pkt 4.3. SWZ, lecz są z nim spójne. Wynika z nich, że w sytuacji, gdy złożonych będzie więcej niż trzy oferty niepodlegające odrzuceniu, umowa ramowa zostanie zawarta z trzema wykonawcami, którzy złożyli oferty i którym w ramach kryteriów oceny ofert określonych w SWZ została przyznana największa liczba punktów.

Za odstępstwo od przyjętego przez Zamawiającego ustalenia o zawarciu umowy z trzema wykonawcami, jeśli taka lub większa będzie liczba ofert niepodlegających odrzuceniu zostanie złożona w postępowaniu, nie może być także przyjęta wskazywana przez Zamawiającego treść ww. pkt 4.4 SWZ. Postanowienie to nie zmienia bowiem pkt 4.3 SWZ. Nie pozostaje też z nim w sprzeczności. Określa natomiast tryb postępowania przy udzielaniu zamówień realizacyjnych, w zależności od liczby wykonawców z którymi zostały zawarte umowy ramowe, a więc tych, których oferty zostały uprzednio wybrane jako najkorzystniejsze i wskazując, że każdorazowo zostanie przeprowadzone postępowanie o udzielenie takiego zamówienia.

W ocenie Izby nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, który marginalizuje, czy wręcz pomija pkt 4.3 SWZ i który stwierdził w piśmie z 4 września 2023 r., że *treść pkt. 4.3 SWZ jest jedynie wypełnieniem obowiązku informacyjnego określonego w art. 134 ust. 1 pkt 7 Pzp, a Odwołujący nadaje mu nowe znaczenie sprowadzające się do rzekomego obowiązku zawarcia umowy ramowej z trzema Wykonawcami (uwarunkowanego jedynie liczbą złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu).*

Po pierwsze, stosownie do art. 134 ust. 1 pkt 7 Pzp: *SWZ zawiera co najmniej: 7) podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 a ww. postanowienie pkt 4.3. SWZ nie dotyczy podstaw wykluczenia, a więc nie jest wykonaniem tego obowiązku.* Po drugie, uregulowanie pkt 4.3 SWZ jest wyrazem zastosowania się do przepisu art. 134 ust. 2 pkt 7 Pzp, który stanowi: *SWZ zawiera również: 7) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej;* Zwraca przy tym uwagę, że przepis art. 134 ust. 2 Pzp przewiduje elementy związane ściśle z charakterem danego postępowania, które winny być wprowadzone do SWZ w sytuacji, gdy zamawiający je przewidzi i które w przypadku ich określenia w SWZ, mają zastosowanie w tym postępowaniu. W sytuacji zatem, gdy Zamawiający przewidział, że zawrze umowę ramową z trzema wykonawcami, wprowadzając jedyny wyjątek, tj., że może to być mniejsza liczba, w sytuacji, gdy oferty niepodlegające odrzuceniu złożą mniej wykonawców, to jest tym postanowieniem związany.

Odnosząc się natomiast do stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w piśmie z 4 września 2023 r., z którego wynika, że w analizowanym postępowaniu *Zamawiający miał obowiązek (i jednocześnie prawo) do odpowiedniego zastosowania przepisu art. 255 pkt 3) ustawy Pzp. Jednakże niezbędne zmiany dostosowujące przepis do charakteru umowy ramowej były na tyle daleko idące, że raczej powinno się tu mówić - nie o zastosowaniu przepisu a o oparciu czynności Zamawiającego o przepis (jego cel), którym jest „ochrona zamawiającego przed roszczeniem o zawarcie umowy w przypadku braku środków finansowych” należy w pierwszej kolejności wskazać, że art. 255 określa zamknięty katalog obligatoryjnych podstaw unieważnienia postępowania i wskazuje na obowiązek zamawiającego unieważnienia postępowania w sytuacji zaistnienia przesłanek w nim wskazanych. W przedmiotowym postępowaniu nie została natomiast podjęta czynność unieważnienia postępowania. Przepis ten zatem nie ma zastosowania. Dotyczy to również jego pkt 3, zgodnie z którym: *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;* Okoliczność zatem, iż z założenia służy on podanej przez Zamawiającego ochronie, w sytuacji braku skorzystania z tego przepisu, tj. braku unieważnienia postępowania, jak też braku przewidzenia w SWZ, że umowa ramowa nie będzie zawarta w sytuacji gdy oferta niepodlegająca odrzuceniu będzie zawierać cenę przekraczającą budżet Zamawiającego, nie oznacza, że może on być obecnie dowolnie wykorzystywany przez Zamawiającego jako „oparcie czynności” o ten przepis, polegające w okolicznościach sprawy na braku wyboru oferty Odwołującego, mimo, iż nie podlega ona odrzuceniu.*

Zauważenia wymaga, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie będzie on zmuszony do zawarcia umowy realizacyjnej, w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty przekroczy jego budżet przeznaczony na to zadanie. Obowiązek zaproszenia do składania ofert w postępowaniu wykonawczym wszystkich wykonawców, z którymi została zawarta umowa ramowa, nie jest tożsamy z obowiązkiem zawarcia umowy z wykonawcą w sytuacji, gdy najkorzystniejsza ze złożonych w postępowaniu wykonawczym ofert przewyższy określony przez Zamawiającego

budżet.

Treść Formularza ofertowego opracowanego przez Zamawiającego wskazuje, iż przewiduje on stawkę za Jednostkę Normatywną PLN netto (która, jak wynika z przypisu pod tabelą, obowiązuje dla wszystkich elementów rozliczeniowych) oraz szacowaną liczbę Jednostek Normatywnych przyjętą dla porównania ofert, a także wartość w PLN. Nie ma sporu co do tego, że na etapie umów realizacyjnych Zamawiający, uwzględniając swój budżet przewidziany na realizację zamówienia, będzie mógł ustalić, czy oferta przekracza ten budżet w danym zamówieniu częściowym. Nie ma też sporu, że oferty realizacyjne nie mogą zwierać cen wyższych niż wynikające ze stawek za jednostkę normatywną wskazanych w ofertach złożonych w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej, z zastrzeżeniem postanowień umowy wskazujących w jakich sytuacjach takie zmiany mogą nastąpić. Zgodnie bowiem m.in. z § 5 ust. 4 umowy stanowiącej załącznik do SWZ *Oferta składana w wyniku zaproszenia, o którym mowa w ust. 2, nie może być mniej korzystna dla Zamawiającego od oferty, którą Wykonawca złożył w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej, z zastrzeżeniem możliwości zmiany stawki za 1 jednostkę normatywną określonej w niniejszej umowie ramowej, w okolicznościach i na warunkach wskazanych w § 3 ust. 3 Umowy oraz waloryzacji stawki za 1 jednostkę normatywną określonej w niniejszej umowie ramowej, w okolicznościach i na warunkach wskazanych w § 3 ust. 8-10 Umowy.*

Jest zatem oczywistym, że Odwołujący, którego cena oferty złożonej w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej jest najwyższa, dla uzyskania szansy na wybór jego oferty w postępowaniu realizacyjnym, będzie zmuszony obniżyć cenę składanej w takim postępowaniu oferty z uwzględnieniem cen ofert konkurencyjnych wykonawców, złożonych w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej. Zamawiający zatem, inaczej niż w okolicznościach sprawy będącej przedmiotem rozstrzygnięcia w wyroku podanym przez niego w informacji o wyniku postępowania, ma pewność, że uzyska ceny ofert w granicach swojego budżetu.

Potwierdził się zatem podstawowy zarzut odwołania. Zamawiający bowiem wbrew postanowieniom SWZ oraz z naruszeniem art. 239 Pzp, który jak wynika z art. 311 ust. 1 Pzp znajduje odpowiednie zastosowanie w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej, polegające w okolicznościach analizowanej sprawy na tym, że Zamawiający przewidział zawarcie umowy z trzema wykonawcami, chyba, że ofert niepodlegających odrzuceniu będzie mniej, dokonał wyboru najkorzystniejszych ofert z pominięciem oferty Odwołującego, pomimo przyznania tej ofercie punktów, które pozwoliły na zajęcie trzeciej pozycji w rankingu ofert, która to pozycja mieściła się w określonym w SWZ limicie wykonawców, z którymi zostanie zawarta umowa.

W związku z tym zarzut ewentualny, postawiony na wypadek nieuwzględnienia zarzutu podstawowego nie podlega rozpoznaniu.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenie przepisów Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b i 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....