Sygn. akt: KIO 3551/23

WYROK

z dnia 11 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Wojciechowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 11 grudnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2023 r. przez **wykonawcę NATEZJA sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Trachach** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach**

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zadaniu nr 11 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach i

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę NATEZJA sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Trachachtytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od zamawiającego Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach na rzecz wykonawcy NATEZJA sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Trachach kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2023 r., poz. 1605 z późn. 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 3551/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. *„Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta Gliwice w latach 2023-2024"; znak sprawy ZDM-ZPU.26.27.2023 MZ*Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 sierpnia 2023 r., za numerem 2023/S 147-470802.

W dniu 27 listopada 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca NATEZJA sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Trachach – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania dla Zadania 11 i uznania przez Zamawiającego, iż oferta złożona przez Odwołującego przewyższa kwotę jaka Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia określonego w Zadaniu 11 oraz wobec zaniechania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego pomimo, iż oferta tego Wykonawcy jest ofertą najkorzystniejszą i mieści się w kwocie jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy pzp poprzez jego zastosowanie i unieważnienie postępowania dla Zadania 11 i uznanie, iż oferta złożona przez Odwołującego przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia określonego w Zadaniu 11, podczas gdy sytuacja w postępowaniu oraz informacje uzyskane przez Odwołującego od Zamawiającego wskazują, że oferta Odwołującego mieści się w kwocie jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji doprowadziło to do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, a także udzielenia zamówienie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co wpłynęło na wynik postępowania.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania dla Zadania 11;

2) uznania, iż oferta Odwołującego mieści się w kwocie jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dla Zadania 11 postępowania oraz dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej dla Zadania 11.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Odwołujący złożył ofertę dla:

1. Zadania nr 10 - Rejon 10 strefa SPP oraz pasy drogowe starówki, w którym wpłynęły następujące oferty:

a. Natezja sp. z o.o. sp. komandytowa, Raciborska 25g, 44-153 Trachy, cena - 331 608,00 zł;

Kwota na sfinansowanie zamówienia - 462 000,00 zł brutto.

Postępowanie z zakresie Zadania 10 zostało przez Zamawiającego unieważnione.

2. Zadania nr 11 - Rejon 11 PRZYSTANKI KOMUNIKACJI MIEJSKIEJ, w którym wpłynęły następujące oferty:

a. Natezja sp. z o.o. sp. komandytowa, Raciborska 25g, 44-153 Trachy, cena - 93 480,00 zł;

b. Firma Usługowa SEBCIO A.A., Mazowiecka 36, 44-105 Gliwice, cena - 218 165,10 zł;

Kwota na sfinansowanie zamówienia - 130 720,00 zł brutto.

Dowód: Zestawienie ofert z dnia 6 września 2023 r. (w aktach postępowania),

Dowód: Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia (w aktach postępowania).

Pismem z dnia 13 września 2023 r. Zamawiający unieważnił wszystkie Zadania w postępowaniu z wyjątkiem Zadania 11.

Dowód: Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 13 września 2023 r. (w aktach postępowania).

W dniu 19 września 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę: Firma Usługowa SEBCIO A.A. w trybie 224 ust. 1 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny.

Dowód: Pismo Zamawiającego nr ZDM 74464.2023 z dnia 19 września 2023 r. (w aktach postępowania).

W dniu 24 września 2023 r. wykonawca Firma Usługowa SEBCIO A.A. złożył Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny.

Dowód: Pismo wykonawcy Firma Usługowa SEBCIO A.A. z dnia 24 września 2023 r. (w aktach postępowania).

W dniu 26 września 2023 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wynikach postępowania dla Zadania 11 i wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę: Firma Usługowa SEBCIO A.A..

Dowód: Zawiadomienie o wynika postępowania dla Zadania 11 z dnia 26 września 2023 r. (w aktach postępowania).

W uzasadnieniu wyboru Zamawiający wskazał, że „w celu sprawdzenia czy złożone oferty mieszczą się w kwocie, która przeznaczył na realizacje zamówienia, zgodnie z załączonym formularzem cenowym dokonał przeliczenia cen jednostkowych o ilości działań gwarantowanych tj. Doba Akcji Zima - 5 działań, Koszt dobowy stałej gotowości - 183 dni - zgodnie z informacją zamieszczoną w formularzu cenowym w pozycji „koszt dobowy stałej gotowości" należało podać kwotę za jedną dobę stałej gotowości, ponieważ Zamawiający nie ma informacji kiedy zostanie podpisana umowa, szacowana ilość została określona wyłącznie po to, aby dać Wykonawcom wspólną podstawę wyceny oferty. Zamawiający do przeliczenia ofert przyjął maksymalną ilość dób stałej gotowości, czyli 183 dni zgodnie z założeniem, że realizacja umowy rozpocznie się od 15 października 2023 do 14 kwietnia 2024 r."

Odwołujący od tej decyzji się odwołał zarzucając Zamawiającemu uznanie wyjaśnień Firmy Usługowej SEBCIO A.A. w zakresie zaoferowanej ceny za wystarczające oraz ocenę ofert w sposób niezgodny z przyjętymi w SWZ kryteriami oceny ofert, co doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która zawierała rażąco niską cenę, ale też nie była ofertą najkorzystniejszą. Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego, czego wyraz dała w wyroku z dnia 20 października 2023 r. (sygn. akt KIO 2956/23). Izba uznała, iż oferta złożona przez Firmę Usługową SEBCIO A.A. zawiera rażąco niską cenę a ocena ofert była dokonana niezgodnie z przyjętymi w SWZ kryteriami oceny ofert. Tym samym Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 26 września 2023 r. i dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

W dniu 17 listopada Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 26 września 2023 r., złożonej przez Firmę Usługową SEBCIO A.A. i zawiadomił, iż dokona ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu.

Dowód: Zawiadomienie o unieważnieniu czynności dla Zadania 11 z dnia 17 listopada 2023 r. (w aktach postępowania).

W tym samym dniu (o tej samej godzinie), kolejnym pismem Zamawiający zamieścił na stronie internetowej postępowania informację o dokonaniu ponownego badania i oceny ofert oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy pzp.

Dowód: Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania dla Zadania 11 z dnia 17 listopada 2023 r. (w aktach postępowania).

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że „Po dokonaniu oceny oferty złożonej przez wykonawcę Natezja Sp. z o.o. Sp.,

Zamawiający unieważnia postępowanie, ponieważ cena oferty przekracza wartość całkowitego wynagrodzenia gwarantowanego, którą zamawiający przeznaczył na cały okres realizacji zamówienia. Ponadto Zamawiający wobec braku możliwości zwiększenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najniższej oferty brał pod uwagę celowość i efektywność gospodarowania środkami publicznymi. Zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny".

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego. Jest ono bowiem sprzeczne z informacjami jakie Odwołujący uzyskał od Zamawiającego a samo ponowne przeprowadzenie badania i oceny ofert było dokonane w sposób niejasny i odbiegający od zasad opisanych w SWZ. Z uwagi na termin dokonania unieważnienia wyboru oferty z dnia 26 września 2023 r. i ponownego badania i oceny ofert, w ocenie Odwołującego wątpliwe jest również czy Zamawiający rzeczywiście dokonał tej czynności przed unieważnieniem postępowania.

UZASADNIENIE ZARZUTU ODWOŁANIA - naruszenia art. 255 pkt 3 wz art. 16 pkt 2 ustawy pzp.

Odwołujący podniósł, że celem art. 255 pkt 3 ustawy pzp jest uniknięcie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający posiada dodatkowe środki pieniężne na wykonanie zamówienia i może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Zamawiający związany jest kwotą, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ale jedynie w tym znaczeniu, że nie może w celu uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy pzp wskazać innej, niższej kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Co równie ważne, kwota ta odnosić się powinna do kwoty wskazanej przez wykonawcę w ofercie. A zatem, Zamawiający zobowiązany jest udzielić zamówienia wykonawcy, który w ofercie wskazał cenę mieszczącą się w kwocie pierwotnie podanej.

Zgodnie z art. 16 pkt 2 ustawy pzp Zamawiający zobligowany jest do przeprowadzenia postępowania w sposób przejrzysty. Jako gospodarz postępowania Zamawiający ustala jego ramy, określa m.in., jakie są jego wymogi dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, jakie kryteria kwalifikacji muszą zostać spełnione przez wykonawców, wskazuje na obowiązki w zakresie podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych, jak również określa wszelkiego rodzaju wymogi o charakterze technicznym i organizacyjnym. Wymogi Zamawiający określa w publikowanych ogłoszeniach, jak również w dokumentach zamówienia, przy czym po upływie stosownych terminów, np. terminu złożenia oferty, wymogi określające sposób postępowania zamawiającego w stosunku do wykonawców, którzy biorą udział w postępowaniu, są wiążące w ramach tego postępowania dla wykonawców, a przede wszystkim dla Zamawiającego. Zamawiający nie może po upływie terminu składania ofert postępować w odmienny sposób, niż wynika to z dokumentów zamówienia, co przejawia się nie tylko w zakazie wprowadzania dodatkowych, niewyartykułowanych wcześniej, wymogów, pod kątem spełnienia których zamawiający chciałby badać wykonawców lub złożone przez nich oferty, lecz również w zakazie pomijania poszczególnych zapisów dokumentów zamówienia i ominięcia aspektów nimi objętych w procesie badania poszczególnych ofert lub weryfikacji potencjału wykonawców. (tak A Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 16). W sposób jednolity zarówno KIO jak i doktryna stwierdza, że wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji popełniania błędów przez Zamawiającego w toku postępowania czy też braku przejrzystości i jednoznaczności w ustalonych zasadach prowadzenia danego postępowania.

Uwzględniając powyższe Odwołujący wskazał na Rozdział 18 SWZ, w którym Zamawiający wskazał sposób obliczenia ceny. Sposób obliczenia ceny podany w SWZ przez Zamawiającego jest bardzo ogólnikowy i w zasadzie w żaden sposób nie precyzuje sposobu obliczenia ceny. Zdaniem Odwołującego znaczenie w tym zakresie będzie miał również Rozdział 20 lit. b SWZ, w którym Zamawiający dla Zadania 11 wskazał opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Co ważne, również w Rozdziale 20 lit. b SWZ Zamawiający nie sprecyzował, co rozumie dla przedmiotowego Zadania 11 pod pojęciem cena oferty. Inne dokumenty, do których mógł więc się odnieść wykonawca w celu określenia ceny jaką Zamawiający będzie badał są: (i) Formularz oferty „Oferta" - Załącznik nr 1 do SWZ oraz (ii) Formularz cenowy - Załącznik nr 6 do SWZ (oba dokumenty w aktach postępowania). W treści pierwszego z wskazanych dokumentów (Oferta) Zamawiający w odniesieniu do ceny oferty wskazał następujące informacje jakie należy podać:

„Oferuje(my) wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę: (…) zgodnie z formularzem cenowym, o treści ZAŁACZNIKA NR 6, który Wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą".

Dowód: Załącznik nr do SWZ - Oferta (w aktach Postępowania).

W zakresie określenia ceny oferty Zamawiający odesłał więc wykonawców do Załącznika nr 6 do SWZ, tj. formularza

cenowego. W przedmiotowym dokumencie w tabeli Zamawiający określił sposób obliczenia ceny. Pod tabelą zaś Zamawiający wpisał polecenie „ **Do formularza ofertowego należy przenieść kwotę z pozycji "RAZEM netto", Vat (23%), wartość brutto” a także informację: „***Szacunek ilościowy prac, został określony wyłącznie po to aby dać Wykonawcom wspólną podstawę wyceny oferty. Liczba zamawianych usług może ulec zmianie w trakcie realizacji umowy, jednakże wartość całkowita zamówienia nie może przekroczyć kwoty przeznaczonej na to zadanie w budżecie Zamawiającego. *** *W pozycji "koszt dobowy stałej gotowości" proszę podać kwotę za dobę stałej gotowości, szacowana ilość została określona wyłącznie po to, aby dać Wykonawcom wspólną podstawę wyceny oferty. Wynagrodzenie za stan gotowości wypłacane będzie po zakończeniu każdego miesiąca, w okresie od 15 października do 14 kwietnia lub od dnia podpisania umowy do dnia jej rozwiązania za każdą dobę utrzymania gotowości. Rozliczenie stałej gotowości będzie ilorazem dób z danego miesiąca a kwotą wskazaną przez Wykonawcę w formularzu cenowym".

Dowód: Załącznik nr 6 do SWZ - Formularz cenowy (w aktach Postępowania).

W dniu 2 sierpnia 2023 r. na stronie internetowej zamówienia Zamawiający podał kwotę jaka zamierza przeznaczyć na realizacje przedmiotowego Zadania, uwzgledniającą wartości/ilości i kwoty z formularza ofertowego. Kwota dla Zadania 11 wyniosła 130 720,00 zł brutto.

Dowód: Kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia zamieszczona na stronie internetowej 2 sierpnia 2023 r. (w aktach postępowania).

W trakcie postępowania Zamawiającemu (przez innego niż Odwołujący wykonawcę) zostało zadane pytanie, która kwota powinna stanowić cenę oferty, tj. która powinna zostać wpisana do Oferty. Na pytanie to Zamawiający udzielił odpowiedzi w dniu 1 września 2023 r. i wskazał, że „do formularza cenowego należy przenieść kwotę z pozycji "RAZEM netto”, Vat (23%), wartość brutto z kolumny 7 - Wartość netto z opcją”.

Dowód: Pismo Zamawiającego - Odpowiedzi na pytania z dnia 1 września 2023 r. (w aktach postępowania).

Powyższe oznacza, że do formularza Oferta Zamawiający nakazał wpisać kwotę uwzględniającą prawo opcji dla przedmiotowego Zadania, co też uczynił Odwołujący.

Oferta firmy Natezja obliczona została zgodnie z Formularzem ofertowym przygotowanym przez Zamawiającego oraz wytycznymi co do sposobu obliczenia ceny i tego, którą kwotę należy wskazać w Ofercie i wynosiła: 93 480,00 zł brutto. Kwota ta jest niższa od kwoty jaką Zamawiający miał zamiar przeznaczyć na wykonanie zamówienia.

Unieważniając postępowanie dla Zadania 11 Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji wskazał, że „po dokonaniu oceny oferty złożonej przez wykonawcę Natezja Sp. z o.o. Sp., Zamawiający unieważnia postępowanie, ponieważ cena oferty przekracza wartość całkowitego wynagrodzenia gwarantowanego, która zamawiający przeznaczył na cały okres realizacji zamówienia. Ponadto Zamawiający wobec braku możliwości zwiększenia kwoty, która zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najniższej oferty brał pod uwagę celowość i efektywność gospodarowania środkami publicznymi”.

W przekazanym uzasadnieniu Zamawiający nie wyjaśnił, w jaki sposób cenę oferty Odwołującego odniósł do kwoty wskazanej na realizację zamówienia. W tym zakresie Odwołujący posiłkuje się uzasadnieniem z wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 26 września 2023 r., w którym oferta Firmy Usługowej SEBCIO A.A. została wybrana jako najkorzystniejsza i gdzie Zamawiający wskazał sposób oceny ofert (w aktach postępowania).

W przedmiotowym zawiadomieniu o wyniku postępowania dla Zadania 11 Zamawiający wskazał, że „w celu sprawdzenia czy złożone oferty mieszczą się w kwocie, która przeznaczył na realizacje zamówienia, zgodnie z załączonym formularzem cenowym dokonał przeliczenia cen jednostkowych a ilości działań gwarantowanych tj. Doba Akcji Zima - 5 działań. Koszt dobowy stałej gotowości - 183 dni - zgodnie z informacją zamieszczoną w formularzu cenowym w pozycji "koszt dobowy stałej gotowości" należało podać kwotę za jedną dobę stałej gotowości, ponieważ Zamawiający nie ma informacji, kiedy zostanie podpisana umowa, szacowana ilość została określona wyłącznie po to, aby dać Wykonawcom wspólna podstawę wyceny oferty. Zamawiający do przeliczenia ofert przyjął maksymalną ilość dób stałej gotowości, czyli 183 dni zgodnie z założeniem, że realizacja umowy rozpocznie się od 15 października 2023 do 14 kwietnia 2024 r."

W ocenie KIO (w wyroku w sprawie KIO 2956/23) takie działanie Zamawiającego było nieuprawnione i sprzeczne z ustalonymi i opisanymi w SWZ kryteriami oceny ofert oraz sposobem oceny ofert. Nigdzie w dokumentach zamówienia ani w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający nie wskazał, że będzie dokonywał jakichkolwiek przemnożeń przez jakiekolwiek liczby. Co więcej, w uzasadnieniu z dnia 17 listopada 2023 r. Zamawiający, nawet jeśli dokonał jakiegokolwiek przemnożenia przez jakąkolwiek liczbę, nie wskazał jakiego działania dokonał. Ograniczył się jedynie do „suchej" informacji o przekroczeniu przez Odwołującego kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Brak jest w zasadzie w uzasadnieniu informacji, jakie okoliczności miały wpływ na decyzję Zamawiającego.

Odwołujący domniema, iż Zamawiający pomimo stwierdzenia przez KIO, że w sposób niedozwolony bada i ocenia oferty w postępowaniu, przy powtórnym badaniu i ocenie ofert, której jak twierdzi Zamawiający dokonał, przyjął takie samy zasady. Tym razem Zamawiający posunął się jednak dalej, nie wskazując żadnych liczb, przez które mnożył ofertę Odwołującego. Powyższe czyni w zasadzie zasadnym postawienie Zamawiającemu także zarzutu braku faktycznego uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania dla Zadania 11. Co równie istotne z opisanego sposobu działania Zamawiającego wynika, iż do „wartości całkowitego wynagrodzenia gwarantowanego, które zamawiający przeznaczył na cały okres realizacji zamówienia" przyrównał on cenę oferty z formularza Oferta, która powinna uwzględniać również prawo opcji, co w ocenie Odwołującego jest również niedopuszczalne. Kolejnym aspektem, który w okolicznościach przedmiotowej sprawy należy wziąć pod uwagę jest sposób opisania przez Zamawiającego okresu na jaki zostanie udzielone zamówienie. Otóż zarówno w Rozdziale 3 SWZ jak i w pkt 2 OPZ Zamawiający wskazał w zasadzie, że umowa będzie trwała w okresie „od 15 października do 14 kwietnia lub od dnia podpisania umowy do dnia jej rozwiązania". Doprecyzowanie tego postanowienia znajduje się w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w par. 3 projektowanych postanowień umowy - Załącznik nr 8c do SWZ. W obu miejscach Zamawiający wskazał, że „termin wykonania zamówienia: „Rozpoczęcie realizacji zamówienia nastąpi nie wcześniej niż od dnia 15.10.2023 (w przypadku podpisania umowy po tej dacie, realizacja umowy nastąpi od dnia podpisania umowy). Umowa zostaje zawarta na okres do 6 miesięcy, który będzie liczony od dnia rozpoczęcia realizacji umowy i trwać będzie nie później niż do 14.04.2024 lub do wyczerpania środków finansowych pozwalających na wykonywanie prac zgodnie z umową określonych w par. 8 ust. 5, w zależności co nastąpi wcześniej. Umowa obejmuje sezon zimowy 2023/2024 r. przez który należy rozumieć czas od 15 października do 14 kwietnia. Zamawiający może zlecić wykonywanie usługi objętej przedmiotem umowy w każdym dniu trwania umowy". Treść par. 8 ust. 5 projektowanych postanowień umowy mówi o tym, że „maksymalna wartość niniejszej umowy uwzgledniająca prawo opcji wynosi ..... zł (suma kwot określonych w pkt. 3 i 4)". Z okoliczności przedmiotowej sprawy zdaniem Odwołującego wynika, że czas obowiązywania umowy jest ruchomy, zależny od tego, która z okoliczności ziści się pierwsza: (i) upływ czas - max. 6 miesięcy liczone od 15 października 2023 r., (ii) wykorzystanie przez Zamawiającego maksymalnej kwoty określonej w par. 8 ust. 5 projektowanych postanowień umowy. Pierwsza z powyższych okoliczności, tj. maksymalnie 6 miesięcy liczone od 15 października, w których Zamawiający zobowiązany byłby m.in. płacić Odwołującemu za gotowość do pracy uległa zmianie. Na dzień składania niniejszego odwołania z okresu tego ubyło już praktycznie 1,5 (półtora miesiąca), co skraca okres obowiązywania umowy do maksymalnie 4,5 (cztery i pół) miesiąca. Zmniejsza się zatem kwota jaka Zamawiający musiałby płacić za pozostawanie przez Odwołującego w gotowości. Druga z okoliczności nie została w zasadzie przez Zamawiającego wskazana w postępowaniu i odnosić powinna się zapewne w jakiś sposób do oszacowanej przez wykonawców kwoty w ofercie/formularzu cenowym, a także do tego jak Zamawiający oszacował budżet na realizację zamówienia. Na podstawie dotychczas przedstawionych danych, które udostępnił wykonawcom Zamawiający trudno jest w zasadzie stwierdzić jaką kwotę Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. Wykonawca zwrócił się zatem do Zamawiającego o przekazanie informacji o szacowanej wartości zamówienia. Z informacji przekazanych przez Zamawiającego wynika, że dla Zadania 11, które jest przedmiotem sprawy na cały sezon zimowy Zamawiający oszacował koszty w wysokości 612 964,80 zł brutto.

Dowód: Informacja o szacowanej wartości zamówienia uzyskana od Zamawiającego (jako załącznik do Odwołania).

Jak podkreśla się w doktrynie, Zamawiający powinien mieć na względzie, choć nie wynika to wprost z przepisów Prawa zamówień publicznych, że zanim podejmie decyzję odnośnie do ewentualnego zwiększenia środków finansowych na zamówienie publiczne, zasadne jest zweryfikowanie dokonanego przez niego oszacowania wartości zamówienia. Biorąc zatem pod uwagę oszacowaną przez Zamawiającego wartość Zadania 11, od której Zamawiający między innymi uzależnia zakończenie trwania umowy, należy stwierdzić, że cena w Ofercie Odwołującego, uwzględniająca zgodnie z wytycznymi Zamawiającego prawo opcji mieści się w budżecie Zamawiającego. Cenę oferty należy w tym przypadku odnieść do kwoty kosztów oszacowanych przez Zamawiającego dla Zadania 11 na poziomie 612 964,80 zł brutto. Biorąc pod uwagę kwoty wskazane z Formularzu cenowym Odwołującego to powyższa kwota kosztów jest wystarczająca do zrealizowania całości zamówienia wraz z pełnym wykorzystaniem przez Zamawiającego prawa opcji. Odwołujący podkreślił, że kwota oszacowana przez Zamawiającego jako koszty dla Zadania 11 nie byłaby w pełni przez Zamawiającego wykorzystana.

Przyjmując powyższe Odwołujący dokonał bowiem kilku symulacji. Uwzględniając fakt, umowa dla przedmiotowego Zadania nie rozpocznie się zgodnie z zakładanym na początku postepowania terminem tj. 15 października 2023 r. Odwołujący wyznaczył hipotetyczną datę podpisania umowy na 15 grudnia 2023 r. Poniżej przedstawiona tabela wskazuje jakie koszty Zamawiający powinien ponieść przy podpisaniu umowy, której termin obowiązywania kończyłby się 14 kwietnia 2024 r. (co daje stały koszt w zakresie pozostawania przez Wykonawcę w gotowości).

W przypadku wykonania wyłącznie 5 gwarantowanych Akcji Zima, bez usługi pozimowego zamiatania:

Kwota za dobę akcji zima	2 767,50	5	13 837,50
Koszt dobowy stałej gotowości	3 690,00	120	442 800,00
Pozimowe zamiatanie	6 150,00		0,00
			456 637,50

612 964 80 - 456 637 50 = 156 327 30 zł brutto

W przypadku wykonania wyłącznie 5 gwarantowanych Akcji Zima, z 2 usługami pozimowego zamiatania:

Kwota za dobę akcji zima	2 767,50	5	13 837,50
Koszt dobowy stałej gotowości	3 690,00	120	442 800,00
Pozimowe zamiatanie	6 150,00	2	12 300,00
			468 937,50 z}

612 964 80 -468 937 50 = 144 027 30 zł brutto

W przypadku wykonania wszystkich założonych w umowie Akcji Zima (28 szt.) bez usługi pozimowego zamiatania:

Kwota za dobę akcji zima	2 767,50	28	77 490,00
Koszt dobowy stałej gotowości	3 690,00	120	442 800,00
Pozimowe zamiatanie	6 150,00		0,00
			520 290,00

612 964 80 - 520 290 OO = 92 674 80 zł brutto

W przypadku wykonania wszystkich założonych w umowie Akcji Zima (28 szt.) wraz z 2 usługami pozimowego zamiatania, tj. pełnego skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji:

Kwota za dobę akcji zima	2 767,50	28	77 490,00
Koszt dobowy stałej gotowości	3 690,00	120	442 800,00
Pozimowe zamiatanie	6 150,00	2	12 300,00
			532 590,00

612 964 80 - 532 590 = 80 374 80 zł brutto

W każdym z powyższej przedstawionych wariantów, koszty wykonania umowy nie przewyższają kwoty jaką Zamawiający oszacował dla przedmiotowego Zadania.

Odwołujący podkreślił, iż w przedmiotowej sprawie prawo opcji ma zastosowanie wówczas, kiedy warunki atmosferyczne będą zobowiązywały do podjęcia stosownych działań. Sytuacja ta różni się zatem od standardowej sytuacji korzystania z prawa opcji, gdy zamawiający się na nią zdecyduje lub uzyska środki. Brak podjęcia działań mających na celu usunięcie skutków zimy obarczony jest dla zamawiającego dużym ryzykiem ponoszenia kar finansowych, ale także ponoszenia kosztów wszelkich procesów odszkodowawczych, które w takiej sytuacji mogą mieć miejsce. Specyfika zamówienia oraz przepisy obowiązującego prawa nakładają bowiem na Zamawiającego obowiązek wykonywania zakresu usług będącego przedmiotem postępowania, a zatem obowiązkiem Zamawiającego jest też zapewnienie budżetu w taki sposób by całość zamówienia, zgodnie z obowiązującą na ulicach sytuacją wykonać. W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można zatem uznać z całą pewności, że cena oferty Odwołującego, wskazana w Ofercie (zgodnie z wytycznymi Zamawiającego) przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia dla Zadania 11. Zamawiający nie może mieć takiej pewności bowiem nie wie w zasadzie kiedy mógłby podpisać umowę dla przedmiotowego Zadania, co oznacza, że nie wie jaką kwotę będzie musiał przeznaczyć choćby na wypłacanie wynagrodzenia za pozostawanie przez Odwołującego w gotowości. Przyjmując nawet, niedopuszczony przez Izbę sposób oceny oferty, w tym jej ceny i przeliczania poszczególnych elementów z formularza cenowego przez jakieś liczby, Zamawiający nie jest w stanie przyjąć adekwatnej i miarodajnej liczby by ocenić sytuację w postępowaniu. Przyjmowanie maksymalnego okresu trwania umowy jest abstrakcyjne i oderwane od okoliczności w postępowaniu. Co więcej, zdaniem Odwołującego Zamawiający jest tego świadomy, dlatego właśnie celowo nie przedstawił w zasadzie faktycznego uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy pzp, którym się posłużył. W żadnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może dochodzić do sytuacji, w której zamawiający dowolnie miesza kwoty na zamówienie gwarantowane z cenami ofert uwzględniającymi prawo opcji i na tej podstawie stwierdza czy dana oferta mieści się w jego budżecie. Ponadto, niedopuszczalna jest sytuacja, W której Zamawiający bez wskazania tego w dokumentacji postępowania przelicza kwoty z ofert przez przyjęte przez siebie i niewskazane w tej dokumentacji liczby. Takie działania są bezprawne i w sposób oczywisty naruszają zasadę przejrzystości prowadzenia postępowania. Co więcej działania sprzeczne z przepisami ustawy pzp oraz postanowieniami zawartymi w dokumentach zamówienia, podjęte przez Zamawiającego, występującego w roli gospodarza postępowania, na którym ciążą określone obowiązki, nie może prowadzać do sytuacji,

w której to wykonawca ponosi negatywne konsekwencje takiego działania. Skoro Zamawiający nie umiał w sposób dokładny i nie budzący wątpliwości określić zasad oceny ofert, a także wskazać wymaganych w postępowaniu kwot, zasadne wydaje się uwzględnienie oszacowanej przez Zamawiającego kwoty stanowiącej koszty dla tego Zadania.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, w ocenie Odwołującego nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż Zamawiający unieważnił pozostałe zadania przedmiotowego postępowania, a w ponownie rozpisanym postępowaniu zmienił opisy znajdujące się z Załączniku nr 6 do SWZ, tj. Formularzu cenowym. W powtarzanym postępowaniu Zamawiający wskazał, że „ *** *W pozycji "koszt dobowy stałej gotowości" proszę podać kwotę za 1 dobę stałej gotowości, szacowana ilość została określona wyłącznie po to, aby dać Wykonawcom wspólną podstawę wyceny oferty. Zamawiający do obliczenia całkowitej ceny oferty dokona obliczeń, przyjmując maksymalną ilość dób w okresie zimowym tj. 183 * cena jednostkowa podana w pozycji „koszt dobowy stałej gotowości". Do wyboru najkorzystniejszej oferty oraz do sprawdzenia czy dana oferta nie przekroczy kwoty, jaką zamawiający przeznacza na realizację zamówienia będzie brana wartość brutto z kolumny wartość gwarantowana po przeliczeniu przez Zamawiającego formularza cenowego. Wynagrodzenie za stan gotowości wypłacane będzie po zakończeniu każdego miesiąca, w okresie od 15 października do 14 kwietnia lub od dnia podpisania umowy do dnia jej rozwiązania za każdą dobę utrzymania gotowości. Rozliczenie stałej gotowości będzie iloczynem dób z danego miesiąca a kwotą wskazaną przez Wykonawcę w formularzu cenowym".

Dowód: Załącznik nr 6 do powtarzanego przez Zamawiającego postępowania na Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta Gliwice w latach 2023-2024 nr ZDM-ZPU.26.30.2023MZ (jako załącznik do odwołania).

Powyższe w znaczny sposób odbiega od odnoszenia się przez Zamawiającego do szacowanej kwoty zamówienia oraz kwot wskazanych przez wykonawców w ofertach i formularzach cenowych. Z tego względu należy uznać, że dopiero w drugim postępowaniu Zamawiający zmienił sposób postępowania na taki, który próbuje w sposób nieuprawniony zastosować w przedmiotowym postępowaniu. Mimo poczynionych prób polegających na modyfikacji formularza Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej na wykonywanie usług Akcji Zima we wszystkich pozostałych rejonach z wykonawcami, których oferty kilkukrotnie przewyższały kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Budzi zatem poważne wątpliwość podnoszona przez Zamawiającego w przedmiotowej sprawie podstawa unieważnienia postępowania jakoby oferta Odwołującego przewyższała kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Poniżej Odwołujący przedstawił tabelę porównawczą, w której wskazane zostały kwoty dla poszczególnych zadań jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na ich realizację, kwoty najkorzystniejszych ofert, a także szacowane dla poszczególnych zadań wartości zamówienia i różnice pomiędzy tymi kwotami a cenami najkorzystniejszych ofert.

Zadanie nr	Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zadania	Kwota oferty wybranej jako najkorzystniejsza przez Zamawiającego	Różnica kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na zadanie i kwoty najkorzystniejszej oferty	Szacowana przez Zamawiającego kwota brutto na 1 sezon Zimowy	Różnica kwoty szacowanej i kwoty najkorzystniejszej oferty
1.	214 353,56 zł	1 072 745,73 zł	-858 392,17	1 519 426,91 zł	446 681,18 zł
2.	191 424,56 zł	1 379 322,00 zł	-1 187.897,44	1 325 264,05 zł	-54 05795 zł
3.	215 969,25 zł	1 155 585,00 zł	-939 615,75	1 545 108,43 zł	389 523,43 zł
4.	201 648,13 zł	940 704,00 zł	-739 055,87	1 436 402,10 zł	495 698,10 zł
5.	241 963,13 zł	1 166 532,00 zł	-924 568,87	1 746 661,28 zł	580 129,28 zł
6.	223 197,63 zł	1 284 428,72 zł	-1 061 231,09	624 844,18 zł	340 415,46 zł
7.	191 654,38 zł	878 527,50 zł	-686 873,12	1 326 137,23 zł	447 609,73 zł
8.	658 000,00 zł	2 182 550,57 zł	-1 524 550,57	4 554 760,00 zł	2 372 209,43 zł
9.	658 000,00 zł	2 248 686,00 zł	-1 590 686,00	4 554 760,00 zł	2 306 074,00 zł
10.	462 000,00zł	1 467 942,89 zł	-1 005 942,89	3 342 920,00 zł	874 977,11 zł
11.	207 000,00 zł	582 282,00 zł	-375 282,00	768 600,00 zł	186 318,00 zł
Zadanie dotyczące odwołania	130 720,00 zł	93 480,00 zł	37 240,00	612 964,80 zł	519 484,80 zł

Z powyższego zestawienia jednoznacznie wynika, że dla każdego z zadań w powtarzanym postępowaniu Zamawiający, wybierając najkorzystniejszą ofertę nie uwzględnił jako wykładnika kwoty jaką ma zamiar przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ujawnionej przed otwarciem ofert, a kwotę faktycznie oszacowana, wynikającą z załącznika 5a do odwołania. Tym samym należy przyjąć, że Zamawiający zabezpieczył powyższe kwoty dla należytego wykonania umowy na 1 sezon zimowy.

Dowód: Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia dla powtarzanego przez Zamawiającego postępowania na Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta Gliwice w latach 2023 -2024 nr ZDM-ZPU.26.30.2023MZ (jako załącznik do odwołania).

Dowód: Zawiadomienie o wynikach postępowania nr ZDM-ZPU.26.30.2023MZ dla zadania 2, 4, 7,9 (jako załącznik do odwołania).

Dowód: Zawiadomienie o wynikach postępowania nr ZDM-ZPU.26.30.2023MZ dla zadania 8 i 10 (jako załącznik do odwołania).

Dowód: Zawiadomienie o wynikach postępowania nr ZDM-ZPU.26.30.2023MZ dla zadania 21, 3, 5, 6, 11 (jako załącznik do odwołania).

Powyższe okoliczności pozwalają stwierdzić, że podana przez Zamawiającego przyczyna unieważnienia Zadania 11 jest nieprawdziwa. Logicznym wnioskiem jest także to, że również w zakresie Zadania 11 Zamawiający ma zabezpieczone środki w wysokości 612 964,80 zł brutto co pozwala na dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Wskazane w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy pzp miały istotny wpływ na wynik postępowania dla Zadania 11. Gdyby bowiem Zamawiający działał zgodnie z przywołanymi w odwołaniu przepisami ustawy pzp oraz zasadami zawartymi w dokumentach zamówienia, oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

W dniu 8 grudnia 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba ustaliła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami (Informacja o szacowanej wartości zamówienia uzyskana od Zamawiającego, Załącznik nr 6 do powtarzanego przez Zamawiającego postępowania na Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta Gliwice w latach 2023 -2024 nr ZDM-ZPU.26.30.2023MZ, Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia dla powtarzanego przez Zamawiającego postępowania na Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta Gliwice w latach 2023 -2024 nr ZDM-ZPU.26.30.2023MZ, Zawiadomienie o wynikach postępowania nr ZDM-ZPU.26.30.2023MZ dla zadania 2, 4, 7,9 Zawiadomienie o wynikach postępowania nr ZDM-ZPU.26.30.2023MZ dla zadania 8 i 10, Zawiadomienie o wynikach postępowania nr ZDM-ZPU.26.30.2023MZ dla zadania 1, 3, 5, 6, 11), odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Odwołującego na posiedzeniu (1. zestawienie własne - ilość akcji zima w sezonie zimowym 2021/2022 oraz 2022/2023 wraz z fakturami oraz korespondencją mailową. 2. wydruk ze strony internetowej zamawiającego wskazujący wartości zawartych umów w ramach powtórzonego postępowania. 3. szacunek formularza ofertowego na podstawie szacowanych przez zamawiającego kwot.)

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- *„3. Opis przedmiotu zamówienia (…) Zamawiający określa Świadczenia gwarantowane które zawierają zawiera: • Koszt stałej gotowości – wypłacany co miesiąc w trakcie trwania umowy. • Doby Akcji Zima – 5 dób • Przejazdy Jednorazowe – 5 przejazdów • Przejazd alarmowy – 900 przejazdów. W ramach niniejszej umowy Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z prawa opcji, w zakresie nie większym niż wykazanym poniżej: • Doby Akcji Zima – 28 doby • Doby Akcji*

Zima w rejonach A – 17 dób • Przejazdy Jednorazowe – 35 przejazdów • Pozimowe zamiatanie – 2 razy • Wywóz śniegu – 5 razy • Przejazd alarmowy – 2800 przejazdów. Szczegóły zamówienia zawarto w Opisie Przedmiotu Zamówienia - Załącznik NR 7 do SWZ."

- „15. Opis sposobu przygotowania i składania oferty 1) oferta powinna być sporządzona czytelnie, na formularzu oferty o treści ZAŁACZNIKA NR 1 do SWZ. Treść oferty musi być zgodna z warunkami zamówienia. Wszelkie wymagan dokumenty stanowią załączniki do oferty. (…) 2) wraz z oferta należy złożyć: a) wypełniony formularz cenowy - o treści ZAŁACZNIKA NR 6 do SWZ."

- „18. Opis sposobu obliczania ceny 1) oferowaną cenę należy podać w PLN w formularzu oferty - ZAŁĄCZNIK NR 1 d SWZ, 2) cenę podaną w ofercie należy obliczyć, uwzględniając zakres zamówienia określony w niniejszej specyfikacji, 3) cena określona przez wykonawcę w ofercie nie może ulec zmianie w czasie trwania umowy z zastrzeżeniem art. 455 oraz art. 439 ustawy Pzp - wyłącznie w przypadku, gdy umowa została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy (…)"

- „20. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert: (…) b) Dla zadania (rejonu) nr 8,9,11: (…) Cena, Wa=60,00, Ca=((Cmin/Cof)xWa) x100 pkt, gdzie: Cmin - najniższa cena Cof - cena badanej oferty Ca, Tb, T, - liczba punktów w kryterium Wa, Wb, Wc - waga w ocenianym kryterium (…)."

Zgodnie z załącznikiem nr 6 Formularz cenowy - REJON 11 (przystanki PKM) - JEDEN SEZON ZIMOWY:

- „Doba Akcji Zima, Szacowana ilość działań na jeden sezon zimowy gwarantowane: 5, Koszt dobowy stałej gotowości, Szacowana ilość działań na jeden sezon zimowy gwarantowane: 1, Pozimowe zamiatanie, - „

- „ Formularz Cenowy należy załączyć do oferty."*

*- „**Do formularza ofertowego należy przenieść kwotę z pozycji "RAZEM netto", Vat (23%), wartość brutto"*

*- „***Szacunek ilościowy prac, został określony wyłącznie po to, aby dać Wykonawcom wspólną podstawę wyceny oferty. Liczba zamawianych usług może ulec zmianie w trakcie realizacji umowy, jednakże wartość całkowita zamówienia nie może przekroczyć kwoty przeznaczonej na to zadanie w budżecie Zamawiającego."*

*- „****W pozycji "koszt dobowy stałej gotowości" proszę podać kwotę za dobę stałej gotowości, szacowana ilość została określona wyłącznie po to, aby dać Wykonawcom wspólną podstawę wyceny oferty. Wynagrodzenie za stan gotowości wypłacane będzie po zakończeniu każdego miesiąca, w okresie od 15 października do 14 kwietnia lub od dnia podpisania umowy do dnia jej rozwiązania za każdą dobę utrzymania gotowości. Rozliczenie stałej gotowości będzie iloczynem dób z danego miesiąca a kwotą wskazaną przez Wykonawcę w formularzu cenowym."*

Zgodnie z OPZ:

„2. Informacje dotyczące wszystkich Wykonawców: (…) d) Wynagrodzenie za stan gotowości wypłacane będzie po zakończeniu każdego miesiąca, w okresie od 15 października do 14 kwietnia lub od dnia podpisania umowy do dnia jej rozwiązania za każdą dobę utrzymania gotowości. Rozliczenie stałej gotowości będzie ilorazem dób z danego miesiąca a kwotą wskazaną przez Wykonawcę w formularzu cenowym."

Zgodnie z Umową:

- „§ 8 Sposoby rozliczeń 1. Strony przyjmują zasadę ryczałtowego rozliczania wykonywanych usług wynikających z postanowień umowy. 2. Wysokość wynagrodzenia prowadzenia Akcji Zima w: a) Rejonie nr …..: wyraża się kwotą: …….. zł brutto (w tym podatek VAT 23%) / za jedną dobę prowadzenia akcji zima słownie: b) Rejonie nr …..: wyraża się kwotą: ……..zł brutto (w tym podatek VAT 23%) / za wykonanie ręczno-mechaniczne zamiatanie całego rejonu słownie: c) Opłata dobowa za utrzymywanie gotowości do wykonywania prac w Rejonie nr…….. zł brutto (w tym podatek VAT 23%) słownie: 3. Wynagrodzenie całkowite za wykonane usługi stanowić będzie iloczyn ilości dób w których prowadzone były usługi zgodnie z Zestawieniem miesięcznym i ceny ryczałtowej brutto za jedną dobę prowadzenia Akcji Zima określoną w pkt.2. przy czym wartość całkowitego wynagrodzenia gwarantowanego za sezon zimowy nie może przekroczyć kwoty brutto: ..... zł (słownie: ..... zł), podatek VAT w wysokości: ..... zł (słownie: ..... zł), kwota netto w wysokości: ..... zł (słownie: ..... zł). 4. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji maksymalna wysokość wynagrodzenia należnego za realizację zamówienia opcjonalnego - prawo opcji nie może przekroczyć kwoty brutto w wysokości: …… zł, kwoty netto w wysokości: …….. zł. 5. Maksymalna wartość niniejszej umowy uwzględniająca prawo opcji wynosi …… zł (suma kwot określonych w pkt. 3 i 4)."

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ:

- „OFERTA Zgodnie ze specyfikacja warunków zamówienia w postepowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwa: Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta Gliwice w latach 2023-2024 Dotyczy zadań (rejonów) nr 8,9,11 (…) Oferuje(my) wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę: CENA NETTO [zł] (A), WARTOSC VAT [zł] (B), (A) x stawka vat, CENA BRUTTO [zł] (C), (A)+(B), zgodnie z formularzem cenowym, o treści ZAŁĄCZNIKA N 6, który Wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą."

W odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SWZ:*„Pytanie nr 1: Proszę o informację, którą pozycję z formularza cenowego przenieść do formularza ofertowego. W załączniku nr 6 "Formularz cenowy" w kolumnie nr 6 "Wartość netto gwarantowana" zlicza się automatycznie tylko suma/kwota w wierszu wartość netto, natomiast pozostałe wartości, czyli Razem netto, Vat, wartość brutto, zliczają się automatycznie tylko w kolumnie nr 7 "Wartość netto z opcją". W związku z powyższym proszę o informację, czy do formularza ofertowego przenieść kwoty z pozycji Razem netto, Vat i wartość brutto z KOLUMNY 7, czy ręcznie zliczyć te wartości w kolumnie nr 6 (z tym, że wartość netto i razem netto będzie w kolumnie 6 tą samą kwotą)."* Zamawiający odpowiedział: *„Do formularza cenowego należy przenieść kwotę z pozycji "RAZEM netto", Vat (23%), wartość brutto z kolumny 7 - Wartość netto z opcją."*

Kwota, jaka Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia wynosi 3 595 926,63 zł brutto. *„Kwota, jaka Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie części zamówienia wynosi: (…) Zadanie nr 11 - Rejon 11 PRZYSTANKI KOMUNIKACJI MIEJSKIEJ, 130 720,00 zł brutto."*

Jak wynika z formularza cenowego Odwołującego wartość netto gwarantowana wynosiła 14 250,00 zł netto, a łączna wartość brutto z opcją: 93 480,00 zł.

W formularzu ofertowym Odwołujący wskazał: *„Oferuję(my) wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę: 76 000,00 zł netto, 17 480,00 zł VAT, 93 480,00 zł brutto zgodnie z formularzem cenowym, o treści ZAŁĄCZNIKA NR 6, który Wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą."*

W dniu 17 listopada 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania wskazując: *„Zawiadomienie o odrzuceniu ofert Na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 1 1 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w imieniu zamawiającego informuję, że w niniejszym postępowaniu odrzucono: Zadanie nr 11 - Rejon 11 PRZYSTANKI KOMUNIKACJI MIEJSKIEJ a) ofertę nr 3 złożoną przez firmę Firma Usługowa SEBCIO A.A. Mazowiecka 36, 44-105 Gliwice Uzasadnienie: Uzasadnienie prawne: Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcę F.S. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uzasadnienie faktyczne: Wykonując wyrok KIO 2956/23 z dnia 20.10.2023 r. Zamawiający powtórzył czynność badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu odrzucając wykonawcę F.S., gdyż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z uzasadnieniem wyroku cyt.: "w treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę SEBCIO, zabrakło kluczowych elementów, o których wyjaśnienie zamawiający prosił, jak też z uwagi na to, że należy uznać je za ogólne i nie obejmujące wszystkich wymaganych wyliczeń, wyjaśnień i dowodów, które potwierdzałyby rentowność oferty i mogły przekonać, że jest to cena na poziomie rynkowym, która obejmuje wszystkie elementy składające się na zakres zamówienia, powyższe powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w. zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny."*

Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania

W imieniu Zamawiającego informuję, że niniejsze postępowanie w zakresie Zadanie nr 11 - Rejon 11 PRZYSTANKI KOMUNIKACJI MIEJSKIEJ zostało unieważnione. Uzasadnienie prawne: Postępowanie zostaje unieważnione na podstawie art. 255 ust. 3) ustawy PZP tj. oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Uzasadnienie faktyczne: Do upływu terminu składania ofert tj. do dnia 06.09.2023 r. do godz. 10:00 w postępowaniu dla zadania nr 11 wpłynęły 2 oferty. Zamawiający w dniu 26.09.2023 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę F.S. z siedzibą w Gliwicach. W dniu 6.10.2023r Wykonawca Natezja Sp. z o.o Sp. komandytowa wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami prawa ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętych w zakresie zadania nr 11. Wykonując wyrok KIO 2956/23 z dnia 20.10.2023 r. Zamawiający powtórzył czynność badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu odrzucając wykonawcę F.S. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust 6 ustawy Pzp. Po dokonaniu oceny oferty złożonej przez wykonawcę Natezja Sp. z o.o SP, Zamawiający unieważnia postępowanie, ponieważ cena oferty przekracza wartość całkowitego wynagrodzenia gwarantowanego, którą zamawiając przeznaczył na cały okres realizacji zamówienia. Ponadto Zamawiający wobec braku możliwości zwiększenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najniższej oferty brał pod uwagę celowość i efektywność gospodarowania środkami publicznymi. Zgodnie z art. 44

ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny."

Dowody Odwołujący:

Załącznik nr 6 do powtarzanego przez Zamawiającego postępowania na Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta Gliwice w latach 2023 -2024 nr ZDM-ZPU.26.30.2023MZ:

*„****W pozycji „koszt dobowy stałej gotowości" proszę podać kwotę za 1 dobę stałej gotowości, szacowana ilość została określona wyłącznie po to, aby dać Wykonawcom wspólną podstawę wyceny oferty. Zamawiający do obliczenia całkowitej ceny oferty dokona obliczeń, przyjmując maksymalną ilość dób w okresie zimowym tj. 183 * cena jednostkowa podana w pozycji „koszt dobowy stałej gotowości." Do wyboru najkorzystniejszej oferty oraz do sprawdzenia czy dana oferta nie przekroczy kwoty, jaką zamawiający przeznacza na realizację zamówienia będzie brana wartość brutto z kolumny wartość gwarantowana po przeliczeniu przez Zamawiającego formularza cenowego. Wynagrodzenie za stan gotowości wypłacane będzie po zakończeniu każdego miesiąca, w okresie od 15 października do 14 kwietnia lub od dnia podpisania umowy do dnia jej rozwiązania za każdą dobę utrzymania gotowości. Rozliczenie stałej gotowości będzie iloczynem dób z danego miesiąca a kwotą wskazaną przez Wykonawcę w formularzu cenowy."*

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny."*

W myśl art. 222 ust. 4 ustawy pzp: *„4. Zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia."*

Artykuł 255 pkt 3 ustawy pzp stanowi: *„Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (…) 3) 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;"*

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do ustalenia czy Zamawiający był uprawniony unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy pzp, a właściwie czy wypełniły się przesłanki unieważnienia postępowania określone dyspozycją powyższego przepisu. Analiza dokumentacji postępowania doprowadziła Izbę do przekonania, że działanie Zamawiającego było nieprawidłowe, w tym naruszające zasady udzielania zamówień publicznych.

Na wstępnie wskazania wymaga, że wypełnienie obowiązku z art. 222 ust. 4 ustawy pzp, a więc podanie informacji o kwocie jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie jest celem samym w sobie, ale stanowi wyraz realizacji przede wszystkim zasady przejrzystości postępowania. Nie ulega wątpliwości, że kwota podana na sfinansowanie zamówienia jest kwotą minimalną, którą zamawiający może przeznaczyć, a którą uprawniony będzie zwiększyć do ceny najkorzystniejszej oferty. Określona i podana do publicznej wiadomości kwota stanowi gwarancję dla wykonawców, że w przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej będzie niższa to zamawiający zawrze z wykonawcą umowę. Przepis służy więc realizacji zasad zamówień publicznych, jest gwarancją jawności, przejrzystości i uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz równości. Kwota ujawniona w trybie art. 222 ust. 4 ustawy pzp wiąże więc zamawiającego w tym sensie, że zamawiający nie będzie uprawniony unieważnić postępowania w sytuacji, gdy cena oferty najkorzystniejszej mieści się w podanej kwocie. Nie jest to natomiast kwota, której zamawiającemu nie wolno przekroczyć. Zamawiający w toku postępowania może pozyskać dodatkowe środki i z ich pomocą sfinansować zamówienie.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy w ocenie Izby Zamawiający, związany kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia jako kwotą minimalną nie był uprawniony unieważnić postępowania w sytuacji, gdy cena oferty najkorzystniejszej mieściła się w budżecie Zamawiającego. Zamawiający w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania nie wykazał wypełnienia się przesłanek określonych dyspozycją art. 255 pkt 3 ustawy pzp. Ponadto, Zamawiający naruszył zasady udzielania zamówień publicznych dokonując po terminie składania ofert przeliczenia ceny ofertowej oferty najkorzystniejszej w sposób nieokreślony dokumentami zamówienia.

Niewątpliwe, aby ustalić czy cena oferty najkorzystniejszej mieści się w kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia należy ustalić cenę oferty za zamówienie gwarantowane. Kwestia, że porównywać należy cenę zamówienia gwarantowanego była okolicznością bezsporną. Z dokumentacji postępowania wynika, że cenę łączną oferty za zamówienie gwarantowane i opcjonalne wykonawcy byli zobowiązani wskazać w formularzu ofertowym i miała być to cena wyliczona w oparciu o załącznik nr 6 co Zamawiający wyjaśnił odpowiadając na pytania do treści SWZ.

Zamawiający wymagał więc złożenia wraz z ofertą załącznika nr 6 do SWZ – formularza cenowego, w którym wykonawcy byli zobowiązani wskazać ceny za trzy usługi, przeliczyć je przez ilości podane przez Zamawiającego dla zamówienia gwarantowanego i opcjonalnego w tabeli oraz wskazać wartości łączne netto, VAT i brutto, na co wskazywała konstrukcja formularza. Nie ulega więc wątpliwości, że Zamawiający, aby dokonać porównania ceny ofertowej za zamówienie gwarantowane z wartością przeznaczoną na realizację zamówienia, mógł ją łatwo ustalić na podstawie załącznika nr 6 do SWZ – wykonawcy wskazywali bowiem wartość netto zamówienia gwarantowanego, a Zamawiający podał stawkę podatku VAT. Niemniej jednak mając na względzie, że cena ofertowa Odwołującego wynosiła łącznie 93 480,00 zł brutto (zamówienie opcjonalne i gwarantowane) i jako taka była niższa od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia (130 720,00 zł brutto.) to wystarczającym było ustalenie kwoty w formularzu ofertowym, aby uznać, że cena oferty Odwołującego mieści się w budżecie Zamawiającego. Okoliczności te powodują, że nie wypełniły się przesłanki z art. 255 pkt 3 ustawy pzp uprawniające Zamawiającego do unieważnienia postępowania.

Dalej podnieść należy, że Zamawiający w sposób sprzeczny i nieprzewidziany postanowieniami SWZ dokonał przeliczenia cen wskazanych w załączniku nr 6 przez Odwołującego celem ustalenia ceny, która w jego ocenie powinna być ceną ofertową. Okoliczności takie Zamawiający podniósł w odpowiedzi na odwołanie wskazując, że przemnożył cenę za „koszt dobowej stałej gotowości" z oferty Odwołującego przez 183 dni, co spowodowało, że tak ustalona cena ofertowa przekraczała środki przeznaczone na wykonanie zamówienia. Zdaniem Izby takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne, bowiem w treści SWZ brak jakichkolwiek postanowień, że Zamawiający w ten sposób będzie ustalał wysokość ceny ofertowej i taką cenę porównywał z kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. Całkowicie nieuprawnione jest w tym zakresie powoływanie się przez Zamawiającego na zastrzeżenie zawarte pod 4 gwiazdkami w formularzu cenowym, które niewątpliwie odwołuje się nie do ceny ofertowej a do sposobu rozliczenia kosztów wykonania usługi z wykonawcą na etapie realizacji. Izba podziela w tym zakresie rozważania przedstawione w uzasadnieniu orzeczenia z dnia 20 października 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2956/23, że Zamawiający:*„przyjął wartości (ceny ofert) inne, niż wynikające z treści Formularza oferty. Działanie takie było nieuprawnione, gdyż sposób działania zamawiającego nie wynikał z żadnych zapisów SWZ, w tym zapisów czy też uwag, które poczynił zamawiający w treści Formularza cenowego - załącznik nr 6 do SWZ. Jeśli intencją zamawiającego było, aby do wzoru podstawić inną wartość, niż wynikająca z Formularza oferty, w którym każdy wykonawca deklarował, że oferuje realizację zamówienia za podaną w nim cenę (ustaloną na podstawie wyliczeń zawartych w Formularzu cenowym) - winien to jednoznacznie wyartykułować w treści SWZ."*Z postanowień SWZ nie wynika, aby Zamawiający planował dokonywać przeliczeń celem ustalenia ceny ofertowej, a zatem to ceny wskazane przez Wykonawcę w formularzu ofertowym oraz formularzu cenowym, w którym Odwołujący dokonał przeliczenia zgodnie z wymaganiami tego formularza, są ceną ofertową.

Jak już zostało podniesione, Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem poszczególnych wymagań stawianych w SWZ. Zamawiający nie może zatem po otwarciu ofert odwoływać się do wartości, liczb których nie podał (183 dni), czy dokonywać przeliczeń bez jednoznacznego postanowienia SWZ w tym zakresie. Takie działanie stanowi bowiem naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych, a przede wszystkim zasady przejrzystości. Zamawiający ponosi również odpowiedzialność za ostateczny kształt specyfikacji i załączników do niej, a także stawianych wykonawcom wymagań. Zważywszy, że to Zamawiający jest autorem poszczególnych zapisów SWZ, a Odwołujący do postawionych wymagań się zastosował to jakiekolwiek niedopatrzenia Zamawiającego w konstrukcji SWZ obciążają Zamawiającego. Jak słusznie wskazano w orzeczeniu KIO 2956/23:*„(…) SWZ jest podstawowym dokumentem kształtującym reguły obowiązujące w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Równocześnie stanowi dokument, którego postanowienia są wiążące w równym stopniu zarówno dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i dla zamawiającego. Wskazana zasada z jednej strony gwarantuje, że w przypadku prawidłowej realizacji obowiązków z niej wynikających, zamawiający uzyska przedmiot zamówienia spełniający jego uzasadnione potrzeby, wykonawca zaś na jej podstawie uzyskuje widzę jakie warunki musi spełnić, jakie dokumenty przedstawić, w końcu też w jaki sposób zamawiający dokona oceny złożonych w postępowaniu ofert. (…) Jeśli, jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu, zamawiający już po otwarciu ofert, dokona oceny ofert w sposób odbiegający od jasno i precyzyjnie wyartykułowanych wymagań SWZ - to takie postępowanie godzi w naczelne zasady udzielania zamówień publicznych tj. równego traktowania, jawności i przejrzystości."*

Słusznie podnosił także Odwołujący, że decyzja o unieważnieniu postępowania nie zawiera uzasadnienia faktycznego, gdyż Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie podał rzeczywiste podstawy swojej decyzji. Dowód przedstawiony przez Odwołującego do odwołania – wzór załącznika nr 6 w powtórzonym postępowaniu jednoznacznie przesądza, że Zamawiający miał świadomość, że informacja stanowiąca podstawę do przeliczenia ceny oferty Odwołującego, którą zastosował nie została podana w dokumentacji przedmiotowego postępowania.

W świetle powyższego, irrelewantne dla rozstrzygnięcia sporu są kwestie czy Zamawiający prawidłowo określił kwotę

przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, czy właściwie oszacował ilość poszczególnych usług, a także okoliczność, że Zamawiający dołożył środków finansowych, aby podpisać umowy z wykonawcami w powtórzonym postępowaniu. Dowody złożone na te okoliczności Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia. Istotnym jest natomiast, że Zamawiający umorzył postępowanie, pomimo, że cena oferty najkorzystniejszej nie przekraczała kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a więc kwestia, że przesłanki z art. 255 pkt 3 ustawy pzp uprawniające do unieważnienia postępowania nie wypełniły się w przedmiotowym stanie faktycznym.
Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15 000,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: ……