sygn. akt: **KIO 2859/23**

WYROK

z dnia 10 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2023 r. przez wykonawcę **Pro-Infra sp. z o.o. z siedzibą w Jerzmanowej, ul. Ogrodowa 8; 67-222 Jerzmanowa,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miejska Głogów, Urząd Miejski w Głogowie Rynek 10; 67-200 Głogów,**

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 4 odwołania**.
2. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert.**
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Miejską Głogów, Urząd Miejski w Głogowie Rynek 10; 67-200 Głogów** i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Pro-Infra sp. z o.o. z siedzibą w Jerzmanowej, ul. Ogrodowa 8; 67-222 Jerzmanowa,** tytułem wpisu od odwołania,
   3.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Miejskiej Głogów, Urząd Miejski w Głogowie Rynek 10; 67-200 Głogów** na rzecz wykonawcy **Pro-Infra sp. z o.o. z siedzibą w Jerzmanowej, ul. Ogrodowa 8; 67-222 Jerzmanowa** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. 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 2859/23**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Głogów, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są *„Usługi – bieżące utrzymanie zieleni i pielęgnacja drzew na terenie miasta Głogowa”.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.U.U.E. z dnia 18 sierpnia 2023 r., pod nr 2023/S 158-503266.

18 września 2023 roku, zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu prowadzonego postępowania.

28 września 2023 roku, wykonawca Pro-Infra sp. z o.o. z siedzibą w Jerzmanowej,(dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 260 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 pkt 2) pzp poprzez zaniechanie uzasadnienia unieważnienia postępowania w sposób wymagany tym przepisem, z zachowaniem zasady przejrzystości postępowania i prawa do zapoznania się przez wykonawców z prawnymi i faktycznymi powodami takiej decyzji zamawiającego, weryfikacji ich zasadności i skorzystania w sposób należyty z dostępnych środków ochrony prawnej,
2. art. 255 pkt 6) pzp w zw. z art. 457 ust. 1 pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy w rzeczywistości w postępowaniu nie zaistniała niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a przesłanki zastosowania tych przepisów nie zostały przez zamawiającego wykazane, wyjaśnione ani nawet powołane w treści uzasadnienia zaskarżonej czynności,
3. art. 7 pkt 18) pzp przez jego niezastosowanie i unieważnienie postępowania w braku podstaw do jego unieważnienia, podczas gdy celem postępowania, do którego zamawiający powinien dążyć, jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego,
4. art. 28g ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, art. 98 i art. 99 k.c. poprzez dokonanie w imieniu zamawiającego czynności unieważnienia postępowania przez zastępcę Prezydenta Miasta w sytuacji braku

do tego podstaw oraz przesłanek ustawowych.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania,

2)przeprowadzenie dowodów z powołanych dokumentów na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia odwołania,

3)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, dokonania badania i oceny ofert, wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcie umów w sprawie zamówienia publicznego,

4)przyznanie odwołującemu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, w sprawie którego zamawiający unieważnił postępowanie, a nieudzielenie odwołującemu zamówienia z powodu unieważnienia przetargu spowoduje u odwołującego szkodę majątkową w postaci utraconych korzyści, w tym przede wszystkim majątkowych, wynikających z realizacji przedmiotu zamówienia za wynagrodzeniem wynikającym z umowy. W ogłoszonym przez zamawiającego przetargu, poza odwołującym, oferty złożyło jeszcze dwóch wykonawców - samodzielnie, przy czym: 1) GPK sp. z o.o. złożyła ofertę na część I zamówienia – utrzymanie zieleni, oferując cenę brutto 3 276 634,20 zł oraz na część II – pielęgnacja drzew, oferując cenę brutto 155 876,40 zł, 2) PPHU „URWEX" MARIUSZ URWALSKI złożył ofertę dotyczącą wyłączn części II zamówienia – pielęgnacja drzew, oferując cenę brutto 187 077,60 zł. Odwołujący natomiast złożył ofertę na obie części zamówienia, oferując na część I cenę brutto: 2 879 903,00 zł, a na część II cenę brutto: 191 842,02 zł, co oznacza, że oferta odwołującego w zakresie części I była najkorzystniejsza i zamawiający zawarłby z odwołującym umowę na tę część zamówienia, chyba że z jakichkolwiek przyczyn oferty pozostałych wykonawców na część II zamówienia podlegałyby odrzuceniu.

W ocenie odwołującego, dokonana przez zamawiającego czynność, polegająca na unieważnieniu postępowania jest niezgodna z przepisami prawa zamówień publicznych.

Przewidziana w art. 255 pzp instytucja unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter wyjątkowy, gdyż celem prowadzonego postępowania, zgodnie z art. 7 pkt 18) pzp, jest wybór najkorzystniejszej oferty oraz zawarcie z wykonawcą umowy i do realizacji tego celu zamawiający przede wszystkim powinien dążyć. Katalog przesłanek unieważnienia postępowania określony w przepisie art. 255 pzp ma charakter zamknięty,

a przesłanki te podlegają ścisłej wykładni i niedopuszczalna jest ani ich rozszerzająca interpretacja, ani dowolność stosowania przez zamawiającego. Jak wynika z jednolitego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO), ciężar udowodnienia zaistnienia tych przesłanek, zarówno w zakresie okoliczności faktycznych, jak i prawnych, spoczywa każdorazowo na zamawiającym. Zamawiający podejmując czynność unieważnienia postępowania powinien wykazać, że w okolicznościach faktycznych, z których wywodzi podstawę do unieważnienia postępowania, brak było możliwości podjęcia innych alternatywnych czynności, umożliwiających kontynuowanie postępowania bądź zawarcie umowy (vide np.: wyrok KIO z 24.03.2022 r., KIO 667/22; wyrok KIO z 7.02.2022 r., KIO 169/22). Zgodnie z naruszonym przez zamawiającego przepisem art. 260 ust. 1 pzp w zw.

z art. 16 pkt. 2) pzp zamawiający, działając zgodnie z zasadą przejrzystości postępowania, zobowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanego unieważnienia postępowania. W literaturze przedmiotu, w orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych podnosi się, że obowiązek ten jest realizowany przez zamawiającego poprzez podanie okoliczności faktycznych i podstawy prawnej podjętej decyzji w zakresie wystarczającym dla oceny prawidłowości jej podjęcia. Nie jest wystarczające samo wskazanie podstawy prawnej, na której oparta jest decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania, lecz konieczne jest dokładne powołanie okoliczności faktycznych, wyczerpujących przesłankę powodującą unieważnienie postępowania. Wskazanie podstawy prawnej i przyczyn faktycznych unieważnienia postępowania warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej. Powołanie okoliczności faktycznych powinno być więc dokonane w sposób jasny

i niebudzący wątpliwości. Powinno być przy tym na tyle wyczerpujące, by pozwalało wykonawcom na pełne zidentyfikowanie okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę podjęcia czynności unieważnienia oraz ich ewentualne zakwestionowanie w odwołaniu,

a także przedstawienie w postępowaniu odwoławczym stosownych dowodów. Uzasadnienie faktyczne czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

o którym mowa w art. 260 ust. 1 pzp, powinno zawierać wyczerpujące wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających unieważnienie postępowania na podstawie tego przepisu, który stanowił podstawę prawną czynności zamawiającego. W innym razie uzasadnienie to nie służyłoby osiągnięciu celu tego przepisu, jakim jest umożliwienie wykonawcom kontroli tej czynności. W przypadku unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6) pzp uzasadnienie faktyczne podane w zawiadomieniu o tej czynności powinno zatem zawierać informacje w zakresie wszystkich trzech przesłanek unieważnienia postępowania wynikających z tego przepisu, to jest: 1) wadę, którą obarczone jest postępowanie,

2) wykazanie, że wada ta jest niemożliwa do usunięcia, 3) wykazanie, że wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, czyli
że w przypadku zawarcia umowy zachodziłyby prawne i faktyczne przesłanki do jej unieważnienia. Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie jest jedynie dopełnieniem wymagania formalnego art. 260 ust. 1 Pzp, lecz stanowi element konstytutywny decyzji o unieważnieniu postępowania i z normy tej wynika, że zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby zagwarantować im możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości. Uzasadnienie faktyczne unieważnienia postępowania powinno być na tyle jasne i czytelne, aby nie wprowadzało wykonawcy w błąd, jak również nie rodziło wątpliwości, gdyż wykonawca co do tej czynności powinien uzyskać wyczerpujące informacje, które legły u podstaw unieważnienia postępowania. Niespełnienie wymogu podania wymaganego przepisami prawa zamówień publicznych wyczerpującego uzasadnienia, w szczególności dotyczącego okoliczności faktycznych, może stanowić podstawę samodzielnego zarzutu w odwołaniu, skutkującego jego uwzględnieniem (vide np. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Rok:2022, Wydanie: 4, źródło: sip Legalis; wyrok KIO z dnia 15.03.2023 r., KIO 546/23; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 11.08.2022 r., XXIII Zs 27/22).
W przedmiotowej sprawie zamawiający ograniczył uzasadnienie swej decyzji o unieważnieniu postępowania do wskazania i przytoczenia podstawy prawnej, tj. art. 255 pkt. 6) pzp oraz do zdawkowej informacji, że: „*Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający ogłosił postępowanie na 2 lata, natomiast w obliczeniach do wyceny zostały podane ilości na 1 rok*”. Podane w ten sposób uzasadnienie czynności zamawiającego uniemożliwia odwołującemu oraz innym wykonawcom przystępującym do postępowania weryfikację zasadności jego unieważnienia, a nawet jednoznaczne zrozumienie powodu, który zamawiający uznał za wystarczający do dokonania tak wyjątkowej czynności.
W kontekście treści SWZ oraz jej załączników nie sposób jednoznacznie stwierdzić jakie ilości na 1 rok, jakie obliczenia oraz jaką wycenę zamawiający miał na myśli. Odwołujący się może jedynie przypuszczać, że w uzasadnieniu decyzji zamawiającego o unieważnieniu przetargu może (ale nie musi) chodzić o „stawki jednostkowe” zawarte w tabelach stanowiących pkt. 1.1. Formularza ofertowego – cz. I – utrzymanie zieleni i Formularza ofertowego – cz. II – pielęgnacja drzew, stanowiących załączniki do SWZ. Podkreślenia jednak wymaga, że nawet jeśli tych dokumentów dotyczy uzasadnienie unieważnienia przetargu, to zamawiający
w żaden sposób nie wykazuje związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy stwierdzoną przez siebie wadą a nieważnością umowy, która miałaby zostać zawarta z wyłonionym w przetargu wykonawcą, nie wykazuje również na czym dokładnie polega dostrzeżona przez zamawiającego wada postępowania, przyczyn braku możliwości jej usunięcia oraz jej wpływu na ważność umowy z wykonawcą usług, których dotyczyło postępowanie.
Co szczególnie istotne, nie każde uchybienie w toku postępowania stanowi podstawę do unieważnienia zawartej w jego wyniku umowy. Przesłanki unieważnienia umowy zostały enumeratywnie wymienione w przepisie art. 457 ust. 1 pzp i dotyczą one rażącego naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, które muszą zaistnieć, aby umowa podlegała unieważnieniu. Podkreślenia przy tym wymaga, że jak wynika z jednoznacznych poglądów literatury i judykatury przedmiotu oraz orzecznictwa KIO, nawet samo naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, niekwalifikowane jako jedno z naruszeń określonych w powołanym przepisie, nie stanowi podstawy do żądania unieważnienia umowy, lecz konieczne jest zaistnienie przesłanki unieważnienia umowy, określonej w art. 457 ust. 1 pzp i to wykładanej ściśle, gdyż rozszerzająca wykładnia jest niedopuszczalna. Należy również zauważyć, że zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia przetargu nie powołał żadnej przesłanki unieważnienia umowy, żadnego przepisu prawa zamówień publicznych, który został naruszony i którego naruszenie miałoby na tyle istotną rangę, że skutkowałoby nieważnością zawartej umowy w świetle treści przepisu art. 457 ust. 1 pzp.
Czynność unieważnienia postępowania przez zamawiającego pozbawiona jest uznaniowości czy dowolności stosowania. Zamawiający, unieważniając postępowanie, zobowiązany jest wykazać, że zaistniała wada postępowania, która stwarza określoną przepisami prawa przesłankę unieważnienia umowy, a w dodatku jest to wada nieusuwalna. Przesłanki określonej w przepisie art. 255 pkt 6) nie można również stosować do całego postępowania
w przypadku, gdyby nieważność umowy mogłaby dotyczyć tylko jej części (np. cz. I albo cz. II zamówienia) bądź tylko tej części umowy, która ma znaczenie nieistotne. Nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych (vide: wyrok KIO z 22.03.2010 r., KIO/UZP 210/10).
W ocenie odwołującego, w przedmiotowej sprawie brak jest jakichkolwiek faktycznych oraz prawnych podstaw do unieważnienia postępowania. Przyjmując, że podstawą unieważnienia postępowania był błąd zamawiającego w zakresie Formularza ofertowego – cz. I – utrzymanie zieleni we wskazanych tabeli zawartej w pkt. 1.1. Formularza, stawki

jednostkowe, rubryka: „*powierzchnia szacunkowa (uwzględniającej powtarzalność zabiegów) m2, szt. łącznie*”,
a w zakresie Formularza ofertowego – cz. II – pielęgnacja drzew we wskazanych tabeli zawartej w pkt. 1.1. Formularza, stawki jednostkowe, rubryka: „*szacunkowa ilość łącznie / szt.*”, odwołujący wskazał, że nie polega na prawdzie stwierdzenie zamawiającego zawarte w treści uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania, zgodnie z którym „*zamawiający ogłosił postępowanie na 2 lata*”. Jak wynika w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości z treści rozdziału V – termin wykonania przedmiotu zamówienia SWZ, termin realizacji przedmiotu zamówienia określono na „*24 miesiące od dnia 01.01.2024 r. do 31.12.2025 r. lub do wyczerpania środków finansowych*”. W kontekście tego, przy uwzględnieniu określonego
w SWZ i umowie, stanowiącej jej załącznik, sposobu rozliczania stron, tj. za rzeczywiście wykonane usługi w okresie obowiązywania umowy, bez prawa do żądania wynagrodzenia wyrównawczego (brak minimalnego ryczałtu), korelacja wskazanych w formularzach ofertowych szacunkowych ilości i okresu realizacji zamówienia nie ma żadnego wpływu na ważność postępowania, zgodność z przepisami prawa czy możliwość porównywania przez zamawiającego złożonych ofert. Kluczowe znaczenie porównawcze ma oferowana przez poszczególnych wykonawców cena jednostkowa za daną usługę, która przekłada się na łączną cenę usług, uwzględniającą szacunkową ilość usług określonych w tabeli, a co za tym idzie na łączną cenę ofertową. W przypadku wyczerpania środków finansowych przed upływem 24 miesięcy, nawet przy zapotrzebowaniu na usługi, nie mogą one być świadczone na podstawie umowy, natomiast w przypadku zapotrzebowania zamawiającego w okresie
24 miesięcy na mniejszą niż szacowana ilość usług, wykonawcy będzie przysługiwało odpowiednio niższe wynagrodzenie i może dojść do sytuacji, w której upłynie okres obowiązywania umowy, lecz środki finansowe nie zostaną jeszcze wyczerpane (dowód: SWZ, Formularz ofertowy cz. I – utrzymanie zieleni, Formularz ofertowy cz. II – pielęgnacja drzew, projekt umowy na udzielenie zamówienia publicznego, stanowiący załącznik do SWZ).
Przenosząc powyższe na grunt postanowień umowy, SWZ i formularzy ofertowych, należy zauważyć, co następuje.
Zgodnie z rozdziałem X – Opis sposobu przygotowania oferty pkt. 3 SWZ *„(…). Wykonawca w Formularzu oferty wylicza cenę brutto za 24 miesięcy realizacji zamówienia dla potrzeb porównania ofert”*.
Zgodnie natomiast z Rozdziałem IV – Opis przedmiotu zamówienia pkt. 7 – warunki rozliczenia wykonania przedmiotu zamówienia ppkt. 1) – 4) i ppkt. 9) lit. a) – c): *„1) Z wybranym Wykonawcą zostanie zawarta umowa Zał. Nr 7 do SWZ z wynagrodzeniem wynikającym*
z formularza ofertowego (w znaczeniu i ze skutkami opisanymi w art. 629 Kodeksu cywilnego). W ramach wynagrodzenia (ceny oferty brutto) Wykonawca wykona zakres rzeczowy opisany wg wskazań i wytycznych zawartych w SWZ. (…)”; „2) Zamawiający przewiduje rozliczenia za wykonane części usług. Zapłata wynagrodzenia w ramach niniejszego zamówienia nastąpi fakturami przejściowymi.”; „3) Wysokość wynagrodzenia miesięcznego należnego Wykonawcy, obliczana jest na podstawie cen jednostkowych zawartych w formularzu ofertowym oraz w złożonej ofercie, wg faktycznie wykonanych usług. Określenie w umowie maksymalnej wysokości wynagrodzenia, w razie mniejszego zakresu wykonanych usług, nie stanowi podstawy do roszczenia Wykonawcy o jego wypłatę.”; „4) Rozliczenie za wykonane usługi bieżącego utrzymania zieleni będzie następowało w okresach miesięcznych na podstawie faktur wystawionych przez Wykonawcę, zgodnie z kosztorysem powykonawczym.”; „9) Wartość wykonanych usług będzie obliczana następująco: a) podstawą obliczenia wykonanych usług będą zryczałtowane ceny jednostkowe określone w formularzu ofertowym wykonawcy i ilości wykonanych usług, b) zryczałtowane ceny jednostkowe – należy tu rozumieć stałe i niezmienne: czynniki kalkulacyjne dla poszczególnych rodzajów usług (km, m2, dzień, rg, mtg), koszty pracy sprzętu, materiałów przyjęte w formularzu ofertowym,
c) zmiana ustalonego w pkt. 1) wynagrodzenia nastąpi jedynie w przypadku, gdy ilość faktycznie wykonanych usług będzie odbiegała od ilości przedstawionych w formularzu –
w takim przypadku wynagrodzenie określone w pkt. 1) zostanie zwiększone lub zmniejszone przy zachowaniu zryczałtowanych cen jednostkowych przedstawionych w formularzu ofertowym, zgodnie z faktycznym wykonaniem usług”.
Na powyższych zasadach zostało również ukształtowane wynagrodzenie przysługujące wykonawcy na podstawie umowy, której wzór stanowi załącznik do SWZ (dowód: SWZ, Formularz ofertowy cz. I – utrzymanie zieleni, Formularz ofertowy cz. II – pielęgnacja drzew, projekt umowy na udzielenie zamówienia publicznego, stanowiący załącznik do SWZ).
Uwzględniając natomiast treść formularzy ofertowych, należy zauważyć, co następuje. Formularz ofertowy – cz. I – utrzymanie zieleni obejmuje ofertę wykonawcy na tę część zamówienia i stanowi: „*Składam/y ofertę na część I postępowania i oferujemy: 1. Wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie Części I określonym przez Zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia za cenę: … złotych brutto w tym podatek VAT = 8 % wynosi - ….. złotych, kwota netto ……”*, a poniżej, w tabeli zatytułowanej „*stawki jednostkowe*” wyszczególniono usługi (np. koszenie nawierzchni trawiastych z lub bez zbieraniem pokłosia, usuwanie liści z wywozem, cięcie żywopłotów i krzewów) oraz pozostawiono

miejsce dla oferenta na określenie oferowanej ceny jednostkowej (np. za 1 m2 terenu objętego usługą, za 1 ha, za 1 km, za 1 mg – w zależności od rodzaju usługi), w kolejnej rubryce wskazano „*Powierzchnia szacunkowa (uwzględniono powtarzalność zabiegów) m2, szt. łącznie*" oraz pozostawiono miejsce dla oferenta na wyliczenie oferowanej ceny dla usługi wykonanej np. na obszarze o powierzchni wskazanej przez zamawiającego, przy czym cena brutto określona w pkt 1 formularza stanowi sumę kwot określonych w tej ostatniej rubryce tabeli.
Analogiczną treść zawiera Formularz ofertowy – cz. II – pielęgnacja drzew.
(dowód: Formularz ofertowy cz. I – utrzymanie zieleni, Formularz ofertowy cz. II – pielęgnacja drzew).
W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, że dla wyłonienia w postępowaniu najkorzystniejszej oferty kluczowe znaczenie ma cena jednostkowa za usługę (tj. za daną jednostkę w zależności od usługi, np. za 1 m2, za 1 km, za 1 mg), nie zaś szacunkowa ilość powierzchni, ilości sztuk, innych ilości, przyjętych w tabeli oraz suma oferowanego wynagrodzenia za nie. Jak wynika w sposób jednoznaczny z postanowień SWZ (Rozdział XIII pkt 3)) oferowana przez wykonawcę w formularzu ofertowym cena musi wynikać z wypełnionej tabeli, ale jej wyliczenie poprzez przyjęcie ilości wskazanych przez zamawiającego w tabeli służy wyłącznie porównywaniu ofert i wyłonieniu tego wykonawcy, który określony przez zamawiającego zakres usług oferuje najtaniej. Co szczególnie istotne i wymaga szczególnego podkreślenia, zgodnie z SWZ oraz ze stanowiącą jej załącznik umową, istotne znaczenie mają właśnie ceny jednostkowe za poszczególne usługi, a także zakres rzeczywiście wykonanych usług. Z treści dokumentacji przetargowej wynika jednoznacznie, że zamawiający na równi zakłada korzystanie z wszystkich usług wymienionych w formularzach ofertowych, jak
i przewiduje możliwość korzystania wyłącznie z niektórych usług, korzystania z różnych usług w różnym – niezbędnym zakresie, jak i niekorzystania ze zbędnych usług (np. w okresie obowiązywania umowy może nie zachodzić potrzeba usunięcia drzew bądź usunięcia drzew w ilości wskazanej w formularzu ofertowym, lecz może zachodzić większa niż szacunkowo określona potrzeba przycinania drzew metodą alpinistyczną). Logiczną konsekwencją tego jest elastyczne określenie w SWZ terminu realizacji przedmiotu zamówienia jako 24 miesiące od dnia 1 stycznia 2024 r. do dnia 31 grudnia 2025 r. lub do wyczerpania środków finansowych, ukształtowanie w SWZ i w umowie zasad wypłaty wynagrodzenia za rzeczywiście wykonane usługi w rzeczywiście wykonanej ilości, a także określenie w tych dokumentach,
że wynagrodzenie określone umową jest wynagrodzeniem maksymalnym, a w razie mniejszego zakresu wykonanych usług, wykonawcy nie przysługuje roszczenie o wypłatę wyższego wynagrodzenia. W istocie więc to cena jednostkowa za poszczególne usługi stanowiła podstawowe kryterium oceny ofert i wyłonienia oferty najkorzystniejszej, a wskazane przez zamawiającego formularzu ofertowym szacunkowe zapotrzebowanie (ilości) na usługi miało wyłącznie charakter akcesoryjny i jak wynika z całokształtu dokumentów – w żaden sposób niewiążący, nieobligujący zamawiającego do korzystania z usług w danej ilości, niekreujący po stronie wykonawcy roszczenia o spełnienie świadczenia i zapłatę wynagrodzenia, niestanowiący podstawy do ustalenia rzeczywistej wysokości wynagrodzenia, jakie wykonawca w wyniku umowy otrzyma. W związku z tym, nawet gdyby uznać,
że zamawiający skutecznie i zgodnie z przepisami prawa uzasadnił swą decyzję
o unieważnieniu postępowania (co odwołujący się zdecydowanie kwestionuje) oraz
że rzeczywiście wskazane przez zamawiającego ilości w formularzu ofertowym (jeśli to te ilości zamawiający miał na myśli w uzasadnieniu unieważnienia postępowania) dotyczą 1 roku,
a nie 2 lat, to ewentualna zmiana szacunkowych ilości usług nie wpływa w żaden sposób na ważność umowy, która w zakresie wypłaty wynagrodzenia przysługującego wykonawcy odnosi się wyłącznie do cen jednostkowych poszczególnych i rzeczywiście wykonanych usług,
a całkowite wynagrodzenie umowne określa jako maksymalne, do którego wypłaty w pełnej wysokości zamawiający może nie być zobowiązany albo które może wyczerpać przed upływem 24 miesięcy.
Powołany przez zamawiającego w uzasadnieniu decyzji argument jakoby określone
w obliczeniach do wyceny ilości były ilościami na 1 rok, a postępowanie ogłoszono na 2 lata (co w ocenie odwołującego się nie ma żadnego znaczenia dla ważności umowy, a tym samym dla ważności postępowania) jest dla odwołującego się nieweryfikowalny, a więc w kontekście analizy zasadności unieważnienia postępowania irrelewantny. Zamawiający w żadnej sposób nie wykazał, aby rzeczywiście powołane ilości były ilościami przewidzianymi na 1 rok,
a wykonawcy przystępujący do przetargu, zgodnie z postanowieniami SWZ byli zwolnieni
z obowiązku przeprowadzenia wizji lokalnej (vide: Rozdział I – Informacje dla wykonawców pkt 15 SWZ), (dowód: pismo zamawiającego z 18.09.2023 r. – Unieważnienie postępowania, SWZ, Formularz ofertowy cz. I – utrzymanie zieleni, Formularz ofertowy cz. II – pielęgnacja drzew, projekt umowy na udzielenie zamówienia publicznego, stanowiący załącznik do SWZ).
W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie z istotnym naruszeniem przepisów prawa, określonych w petitum odwołania.

Niezależnie jednak od powyższego, w ocenie odwołującego, czynność zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania powinna zostać uznana za nieważną, gdyż została dokonana przez Zastępcę Prezydenta Miasta, przy braku wykazania przez zamawiającego podstaw do jej dokonania przez zastępcę. Jak wynika z treści SWZ, zamawiającym jest Gmina Miejska Głogów, reprezentowana przez Prezydenta Miasta Głogowa. Dotychczasowe czynności w postępowaniu, w tym m.in. udzielenie odpowiedzi na zapytanie dotyczące SWZ, były dokonywane osobiście przez Prezydenta Miasta Głogowa. Przepis art. 28g ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym określa przypadki przemijających przeszkód w wykonywaniu zadań i kompetencji prezydenta miasta, w których zaistnieniu jego zadania i kompetencje przejmuje pierwszy zastępca. Zastępca Prezydenta Miasta działa na zasadach określonych przepisami prawa oraz w przypadkach prawem przewidzianych. Nie ma w tym zakresie dowolności działania bądź działania w imieniu Prezydenta Miasta w sytuacji braku podstaw do jego zastępowania. W toku postępowania wszystkie czynności były podejmowane przez Prezydenta Miasta Głogowa, wskazanego jako reprezentant zamawiającego w dokumentacji przetargowej, nie powoływano się przy tym na żadne upoważnienia, umocowania bądź zaistnienie przesłanek do zastępstwa, zwłaszcza przy dokonaniu tak ważnej i wyjątkowej czynności, jaką jest unieważnienie postępowania (dowód: pismo zamawiającego z 18.09.2023 r. – Unieważnienie postępowania, SWZ, pismo zamawiającego z 1.09.2023 r. – wyjaśnienia zamawiającego).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, iż unieważnił przedmiotowe postępowanie na podst. art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Postępowanie obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający ogłosił postępowanie na 2 lata, natomiast w obliczeniach do wyceny zostały podane ilości na 1 rok. Zamawiający błąd zauważył już po terminie wyznaczonym na składanie ofert, w związku z powyższym nie było możliwości modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia w tym zakresie ani poprawienia omyłki na podst. art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż omyłka nie leżała po stronie wykonawcy.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 10.06.2020 r. (sygn. akt KIO 752/20) *„dla równego traktowania wykonawców konieczne jest usunięcie rozbieżności przed upływem terminu składania ofert, gdyż po upływie tego terminu rozbieżność taka jest nieusuwalna*

i przeradza się w wadę postępowania. Zamawiający jako gospodarz postępowania, musi stać na straży realizacji zasad Prawa zamówień publicznych (...). Zamawiający na każdym etapie postępowania musi dbać o zachowanie zasady równego traktowania wykonawców. Oznacza to, że powinien analizować publikowane dokumenty i usuwać występujące między nimi rozbieżności, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której brak takiej zmiany mógł (choćby potencjalnie) wpłynąć na krąg kandydatów zainteresowanych ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie (...)".

Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie procedury udzielenia zamówienia publicznego zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp. Przygotowując postępowanie zamawiający zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, ma obowiązek opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający musi wiedzieć dokładnie co chce zamówić i ma obowiązek przekazać te informacje w dokumentach zamówienia a następnie wybrać ofertę, w której dokładnie to czego wymagał zostało zaoferowane. Zamawiający zobowiązany jest także do oszacowania wartości zamówienia z należytą starannością. Wyceny dokonano na podstawie ilości z poprzednich zamówień za okres 12 m-cy. Zamawiający ogłosił postępowanie z terminem realizacji 24 m-ce, jednak omyłkowo zamieszczono ilości przewidziane do wykonania tylko w jednym roku.

W ocenie zamawiającego przy takiej rozbieżności udzielenie zamówienia - zawarcie umowy - narusza przepis art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym w celu prawidłowej realizacji ustawy Pzp, zamawiający postępowanie unieważnił.

Odwołujący wskazał, że ilość usług wskazana przez zamawiającego w dokumentach zamówienia jest nieweryfikowalna, tj. czy dotyczy 12 m-cy czy 24 m-cy. W związku z powyższym zamawiający przedkłada jako dowody:

- oszacowanie wartości zamówienia dokonane przed wszczęciem postępowania potwierdzona w protokole z postępowania,

część I - 12 m-cy - 3.581.599,65 zł netto, 24 m-ce - 7.163.199,30 zł netto,

Część II - 12 m-cy - 202.629,63 zł netto, 24 m-ce - 405.259,26 zł netto,

- formularz ofertowy z poprzedniego postępowania, które było ogłoszone na 24 m-ce.

W w/w formularzu ofertowym wartość za 12 m-cy została na końcu przemnożone razy 2, celem uzyskania wartości oferty za 24 m-ce, co zostało pominięte w obecnym postępowaniu. Ilości np. w pozycji dot. koszenia nawierzchni trawiastych bez zbierania pokosu są na takim samym poziomie jak obecnie tj. 6.000.000,00 m2.

- oferta wykonawcy złożona w w/w postępowaniu potwierdzająca wycenę za ilości na 24 m-ce.

Zdaniem zamawiającego, obecnie obowiązująca ustawa Pzp, w żadnym przepisie nie ograniczyła skuteczności i

ważności dotychczas udzielonych pełnomocnictw wydanych
w oparciu o obecny art. 52 ust. 2 ustawy. Skoro w sprawach nieunormowanych ustawa Pzp odsyła do Kodeksu cywilnego, to pełnomocnictwo z dnia 9 grudnia 2014 r. dla pana (…) z-cy Prezydenta Miasta Głogowa ma charakter rodzajowy i bezterminowy, bowiem nie zostało uchylone. Zakres czynności zastrzeżonych w ustawie Pzp z okresu udzielenia pełnomocnictwa i obecnie nie zmienił się.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

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

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

W związku z udzieloną przez zamawiającego odpowiedzią na odwołanie, odwołujący na posiedzeniu oświadczył, iż wycofuje zarzut opisany w pkt 4 odwołania.

W związku z powyższym, do merytorycznego rozpoznania na rozprawie zostały skierowane zarzuty opisane w pkt 1, 2 i 3 odwołania.

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

iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez odwołującego. Ponadto Izba wskazuje,
co następuje.

18 września 2023 roku, zamawiający przekazał wykonawcom następującą informację, będącą skutkiem czynności podjętej przez zamawiającego, cyt.: „*Informuję, że na podst. art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) Zamawiający unieważnia powyższe postępowanie w zakresie: część 1 - utrzymanie zieleni, część 2 - pielęgnacja drzew.*

Uzasadnienie

Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający ogłosił postępowanie na 2 lata, natomiast w obliczeniach do wyceny zostały podane ilości na 1 rok”.

Zgodnie z przepisem art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie
o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ustawodawca, w art. 457 ust. 1 pkt 1 – 5 ustawy Pzp, uregulował kwestie związane z sytuacją w jakich przypadkach umowa zawarta w wyniku udzielenia zamówienia publicznego podlega unieważnieniu, tj. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;
2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;
4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;
5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Żaden z powyższych przypadków, w przedmiotowej sprawie nie ma miejsca.

Odwołujący podniósł zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 260 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 pkt 2) pzp poprzez zaniechanie uzasadnienia unieważnienia postępowania w sposób wymagany tym przepisem, z zachowaniem zasady przejrzystości postępowania i prawa do zapoznania się przez wykonawców z prawnymi i faktycznymi powodami takiej decyzji zamawiającego, weryfikacji ich zasadności i skorzystania w sposób należyty z dostępnych środków ochrony

prawnej.
Zgodnie z ww. powołanym przepisem, o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.
Zdaniem Izby, zamawiający w informacji o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, poza przytoczeniem podstawy prawnej podjętej czynności, zdawkowo, w sposób bardzo ogólny powołał okoliczność, które stanowiły podstawę do unieważnienia postępowania.
W ocenie Izby, informacja zamawiającego nie wyczerpywała ustawowego obowiązku podania uzasadnienia faktycznego podjętej czynności. Wskazać bowiem należy, iż czynność unieważnienia postępowania jako czynność determinująca udzielenie zamówienia publicznego, traktowana być musi jako wyjątkowa. Natomiast jej uzasadnienie powinno zawierać co najmniej ustalenie faktów i wskazanie dowodów, na których zamawiający się oparł, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej unieważnienia.
W przedmiotowym postępowaniu zamawiający uchybił obowiązkowi przekazania wykonawcom szczegółowego uzasadnienia podstawy unieważnienia postępowania, co oznacza, że już z tej przyczyny odwołanie podlegało uwzględnieniu.
Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3811/21, „(…) zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp, o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski
o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Jak wynika z przywołanego przepisu Pzp, na zamawiającego został nałożony obowiązek nie tylko poinformowania wykonawcy o czynności unieważnienia, ale także sporządzenia uzasadnienia faktycznego i prawnego takiej czynności. Sporządzenie uzasadnienia faktycznego czynności unieważniania ma doniosłe znacznie. To bowiem w oparciu o ten dokument wykonawcy dowiadują się o motywach, jakie legły
u podstaw czynności zamawiającego. Na podstawie argumentacji w nim zawartej, wykonawcy podejmują decyzję o skorzystaniu lub nie ze środków ochrony prawnej przysługujących im wobec tej czynności.
Izba podziela w całej rozciągłości stanowisko o doniosłości instytucji uzasadnienia czynności zamawiającego, wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż (…) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to, że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegającego na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej, czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te, aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji, od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (…).
Orzeczenie Sądu dotyczyło wprawdzie instytucji uzasadnienia czynności wykluczenia wykonawcy, jednakże poglądy tam wyrażone znajdują także zastosowanie do uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania. Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r.
w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „W tym względzie należy przypomnieć,
że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie
i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go
z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego

naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie, jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów".

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła,

że odwołujący dopiero na rozprawie dowiedział się od zamawiającego o rzeczywistych, konkretnych motywach zaskarżonej czynności. Dopiero w trakcie rozprawy zamawiający poinformował odwołującego, dlaczego jego zdaniem niemożliwe było dalsze prowadzenie postępowania.

Nie mniej, w ocenie Izby, przechodząc do następnego zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 255 pkt 6) pzp w zw. z art. 457 ust. 1 pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie

i unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy w rzeczywistości w postępowaniu nie zaistniała niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a przesłanki zastosowania tych przepisów nie zostały przez zamawiającego wykazane, wyjaśnione ani nawet powołane w treści uzasadnienia zaskarżonej czynności, w powiązaniu z naruszeniem przepisu art. 7 pkt 18) pzp przez jego niezastosowanie i unieważnienie postępowania w braku podstaw do jego unieważnienia, podczas gdy celem postępowania, do którego zamawiający powinien dążyć, jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, brak było podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Zdaniem Izby, determinującą w sprawie okolicznością było określenie sposobu rozliczania przedmiotowej usługi, opisanej przez zamawiającego *de facto* jako kosztorysową. Jak słusznie wskazał odwołujący, w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości z treści rozdziału V – termin wykonania przedmiotu zamówienia SWZ, termin realizacji przedmiotu zamówienia określono na „24 miesiące od dnia 01.01.2024 r. do 31.12.2025 r. lub do wyczerpania środków finansowych". W kontekście tego, przy uwzględnieniu określonego w SWZ i umowie, stanowiącej jej załącznik, sposobu rozliczania stron, tj. za rzeczywiście wykonane usługi

w okresie obowiązywania umowy, bez prawa do żądania wynagrodzenia wyrównawczego (brak minimalnego ryczałtu), korelacja wskazanych w formularzach ofertowych szacunkowych ilości i okresu realizacji zamówienia nie ma żadnego wpływu na ważność postępowania, zgodność z przepisami prawa czy możliwość porównywania przez zamawiającego złożonych ofert. Kluczowe znaczenie porównawcze ma oferowana przez poszczególnych wykonawców cena jednostkowa za daną usługę, która przekłada się na łączną cenę usług, uwzględniającą szacunkową ilość usług określonych w tabeli, a co za tym idzie na łączną cenę ofertową.

W przypadku wyczerpania środków finansowych przed upływem 24 miesięcy, nawet przy zapotrzebowaniu na usługi, nie mogą one być świadczone na podstawie umowy, natomiast

w przypadku zapotrzebowania zamawiającego w okresie 24 miesięcy na mniejszą niż szacowana ilość usług, wykonawcy będzie przysługiwało odpowiednio niższe wynagrodzenie i może dojść do sytuacji, w której upłynie okres obowiązywania umowy, lecz środki finansowe nie zostaną jeszcze wyczerpane.

Ponadto, jak to wynika z dowodów przedłożonych przez zamawiającego, na przestrzeni ostatnich lat zakres zamówienia będącego przedmiotem świadczenia usług ulegał modyfikacjom. Stąd twierdzenia zamawiającego, że wykonawcy, w wyniku błędu zamawiającego nie mogli ustalić ceny ofertowej w sposób prawidłowy i jednoznaczny, nie polegał na prawdzie. Każdy z wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu dysponował tożsamą wiedzą o zakresie zamówienia. Okoliczność, iż zamówienie to może zostać wcześniej zrealizowane (wyczerpane możliwości finansowe zamawiającego) jest irrelewantne z punku widzenia zachowania zasady równego traktowania wykonawców. Każdy wykonawca składający ofertę w postępowaniu, kalkulował jej cenę w oparciu o takie same dane wejściowe, przekazane przez zamawiającego w SWZ. W konsekwencji oznacza to,

że przedmiotowe zamówienie – jego realizacja, w sposób oczywisty, zostanie wcześniej zakończone. Jedyną konsekwencją wynikającą z błędu zamawiającego będzie konieczność ogłoszenia nowego postępowania wcześniej, niż planował to zamawiający. Wada powyższa

z pewnością nie może stanowić podstawy do unieważnienia postępowania.

Podkreślenia również wymaga, iż błędne wyliczenia zamawiającego nie wpływały na określenie (zmianę) trybu postępowania, jak również na jego ogłoszenie w odpowiednim publikatorze.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……