

**WYROK**  
**z dnia 11 stycznia 2011 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**  
**Protokolant: Agata Dziuban**

w sprawie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2010 roku przez wykonawcę **Park-M Sp. z o.o., 33-340 Stary Sącz, ul. Piaski 12** odwołania, dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego, którym jest **Miasto Kielce, 25-303 Kielce, ul. Rynek 1**

przy udziale wykonawcy **Rejonowe Przedsiębiorstwo Zieleni Sp. z o.o., 25-622 Kielce, ul. Lecha 11a**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;**

2. Kosztami postępowania obciąża **Miasto Kielce, 25-303 Kielce, ul. Rynek 1** i nakazuje
- a) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez **Park-M Sp. z o.o., 33-340 Stary Sącz, ul. Piaski 12**,
  - b) zasądza od **Miasta Kielce, 25-303 Kielce, ul. Rynek 1** na rzecz **Park-M Sp. z o.o., 33-340 Stary Sącz, ul. Piaski 12** koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) poniesione w związku z wpisem od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Uzasadnienie**

W dniu **27 grudnia 2010 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie złożone na elektroniczną skrynkę podawczą przez Odwołującego wykonawcę **Park-M Sp. z o.o.** z siedzibą w Starym Sączu w postępowaniu na *Wykonanie robót porządkowych i prac konserwacyjnych związanych z utrzymaniem obiektów parkowych na terenie miasta Kielce* prowadzonym przez Zamawiającego Miasto Kielce ul. Rynek 1 25-303 Kielce w trybie przetargu nieograniczonego.

Numer ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich: 2010/S 202-308270 w dniu 16 października 2010 r.

Wskazując czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Odwołujący odnosił się do czynności unieważnienia postępowania.

Czynnościom lub zaniechaniem Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 i art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. 2010 r., Dz. U. Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwana dalej „ustawą Pzp”.

Park-M Sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu podnosił, iż ma interes prawny w tym, aby czynność unieważnienia postępowania została unieważniona, albowiem w przedmiotowym postępowaniu nie został wykluczony jako wykonawca, złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę i zaproponował ofertę najkorzystniejszą cenowo, mieszczącą się w kwocie, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. gdyby nie niezgodna z prawem czynność Zamawiającego, z Odwołującym zostałaby zawarta umowa o zamówienie publiczne.

Co do rozstrzygnięcia odwołania Odwołujący wnosil o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty złożonej w ramach przedmiotowego postępowania przez Park-M Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;
4. obciążenie Zamawiającego kosztami przedmiotowego postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, że w dniu **16 grudnia 2010 roku** Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania, o czym zawiadomił Odwołującego faxem w dniu **17 grudnia 2010 r.** Jako podstawę do unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

2

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót porządkowych i prac konserwacyjnych, związanych z utrzymaniem obiektów parkowych, a nadto że przedmiot zamówienia jest podzielny, a Zamawiający dokonał podziału zamówienia na dwie części, tj. roboty porządkowe i prace konserwacyjne. Wynagrodzenie za roboty porządkowe ma charakter ryczałtowy i ma być liczone za okres wykonywania usługi według ceny jednostkowej za 1 miesiąc, natomiast wynagrodzenie za prace konserwacyjne jest wynagrodzeniem kosztorysowym i ma być liczone za wykonywany zakres prac według cen jednostkowych poszczególnych prac, podanych w formularzu oferty. W dalszej części uzasadnienia Zamawiający informował, że środki finansowe na roboty porządkowe oraz na roboty konserwacyjne zarezerwowane są w różnych działach klasyfikacji budżetowej, wobec czego Zamawiający dokonał obliczenia wartości zamówienia odrębnie w odniesieniu do robót porządkowych i prac konserwacyjnych i tak na roboty porządkowe przewidział 1 944 000 zł, a na prace konserwacyjne 1 320 597 zł, co daje cenę za całość zamówienia 3 264 597 zł. W przedmiotowym postępowaniu do Zamawiającego wpłynęły dwie oferty niepodlegające odrzuceniu, tj. oferta nr 1 Rejonowego Przedsiębiorstwa Zieleni Sp. z o.o. (spółka ze 100% udziałem Miasta Kielce), które złożyło ofertę na łączną cenę 3 666 400,01 zł, w tym wykonanie prac porządkowych za 2 081 640 zł, a prac konserwacyjnych za 1 584 760,01 zł, oraz oferta nr 2 Park-M Sp. z o.o. na łączną cenę 2 996 093 zł na roboty porządkowe za kwotę 432 000 zł i na prace konserwacyjne 2 564 093 zł. W uzasadnieniu do unieważnienia postępowania Zamawiający wywodził, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu wybór najkorzystniejszej oferty. W przypadku, gdy jedynym kryterium oceny ofert jest cena z wagą 100%, powinna zostać wybrana oferta najtańsza. Tymczasem w niniejszym postępowaniu - zdaniem Zamawiającego - nie można wybrać oferty najtańszej, gdyż oferta numer 1 jest tańsza w zakresie prac konserwacyjnych, a oferta nr 2 jest tańsza w zakresie prac porządkowych. Nadto podnosi, że w związku z kosztorysowym charakterem wynagrodzenia za prace konserwacyjne wybór oferty numer 2 byłby dla Zamawiającego niekorzystny, albowiem przywołane w uzasadnieniu ceny jednostkowe niektórych pozycji kosztorysowych są o wiele wyższe od cen jednostkowych oferty numer 1, a nadto wybór oferty numer 2 powodowałby, iż Zamawiający mógłby wykonać mniejszy zakres prac. Zamawiający uznał zatem, że w ustalonym przez siebie kryterium wyboru ofert wybór oferty z najniższą ceną za całość zamówienia nie oznacza wyboru najkorzystniejszej oferty z najniższymi cenami jednostkowymi, co powoduje, że nie może on dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej i zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania, zawarta w art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił, iż stanowisko Zamawiającego w powyższej sprawie jest całkowicie błędne i bezprawne, a dokonana przez niego czynność unieważnienia

3

postępowania narusza art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wskazywał, iż w celu uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania, Zamawiający powołuje się na dokonanie oceny ofert z uwzględnieniem podziału zamówienia na dwie części, sprzecznego z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w szczególności ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ), ponadto w celu uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania

Zamawiający powołuje się na kryteria oceny ofert i sposób obliczania ceny inne niż w dokumentacji zamówienia publicznego; a także nieprawdziwe i pozbawione jakichkolwiek podstaw jest twierdzenie, jakoby niemożliwe było dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty czyli najtańszej, bowiem nawet w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający wskazuje, iż wobec przedmiotu zamówienia publicznego wskazanego w SIWZ Odwołujący złożył ofertę najtańszą. Odwołujący podnosił, także, że niedopuszczalne i sprzeczne z prawnym znaczeniem ceny i wartości przedmiotu zamówienia publicznego jest dokonywanie porównania jednostkowych elementów cenotwórczych w miejsce porównania samej ceny. A co więcej twierdzenie jakoby Zamawiający dokonał obliczenia wartości zamówienia odrębnie w odniesieniu do robót porządkowych i konserwacyjnych jest sprzeczne z całą dokumentacją przedstawioną publicznie w przedmiotowym postępowaniu. Przyjęty przez Zamawiającego podział zamówienia jest całkowicie sprzeczny z ogłoszeniem o zamówieniu oraz ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, opublikowaną w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego. Przez cały czas trwania postępowania Zamawiający określał prowadzone postępowanie jako dotyczące jednego przedmiotu zamówienia, a nie dwóch częściowych przedmiotów zamówienia, o czym świadczy: a. nazwa postępowania (Utrzymanie obiektów parkowych na terenie miasta Kielce), b. podanie w części II.1.6) ogłoszenia o zamówieniu jednego kodu ze Wspólnego Słownika Zamówień CPV 77313000, c. skonstruowanie warunków udziału w postępowaniu; d. wskazanie w części II.1.8). ogłoszenia o zamówieniu, że Zamawiający nie dopuszcza podziału zamówienia na części e wskazanie w pkt. III 1. SIWZ, iż Zamawiający nie dopuszcza możliwości składania ofert częściowych, podanie w części II.2.1). ogłoszenia o zamówieniu szacunkowej wielkości lub zakresu bez VAT jednej kwoty na całe zamówienie w wysokości 3 051 025,00 złotych, wskazanie w pkt. XVII. 1. SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny”, iż „Wykonawca określi cenę realizacji zamówienia w pełnym zakresie objętym niniejszą siwz i wzorem umowy stanowiącym załącznik nr 8 do siwz poprzez wskazanie w ofercie łącznej ceny ryczałtowej brutto (wraz z podatkiem VAT) za wykonanie całego planowanego przedmiotu zamówienia w wielkości wyrażonej w PLN cyfrowo i słownie z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku". h. Wskazanie w pkt. XVII.3 SIWZ, iż cena obliczona w sposób podany powyżej (pkt. g. - pkt. XVII.1 SIWZ) będzie służyć do porównania złożonych ofert. I podanie przez Zamawiającego jeszcze w dniu 23 listopada 2010 roku, bezpośrednio przed otwarciem ofert, jednej całościowej kwoty, jaką Zamawiający przewiduje

4

---

przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno być traktowane w kategoriach swego rodzaju przyrzeczenia publicznego, w którym Zamawiający zobowiązuje się udzielić zamówienia publicznego konkretnemu wybranemu w postępowaniu podmiotowi, przy wypełnieniu określonych wymogów i przesłanek, których to przyrzeczenie publiczne również dotyczy. Za orzecznictwem KIO Odwołujący wskazywał, że: „Unieważnienie postępowania jest czynnością obligatoryjną po stronie zamawiającego w sytuacjach ściśle określonych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp, co nie daje zamawiającemu jednocześnie prawa do nadużywania tej instytucji" (wyrok KIO/UZP 54/07); interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły, przy zachowaniu prymatu wykładni literalnej i celowościowej norm prawnych wyrażonych w art. 93 ustawy (wyrok KIO/UZP 25/08) i nie może mieć charakteru rozszerzającego, jak próbuje to czynić Zamawiający (KIO/UZP 343/10). Pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny związek przyczynowy. Wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania o udzielenie zamówienia, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność od początku, a co za tym idzie - jej prawną bezskuteczność. Zatem nie każda wada postępowania może prowadzić do jego unieważnienia - a tylko taka, która prowadziłaby do zawarcia umowy nieważnej z mocy prawa. „Poprzez art. 93 ust. 1 ustawy ustawodawca stworzył zamknięty katalog przesłanek, dopuszczających unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne, ograniczając nadużywanie uprawnień w zakresie możliwości korzystania z unieważnienia postępowania przez zamawiających. Wprowadzone ograniczenia mają na celu uniknięcie dowolności działań zamawiającego, stwarzając gwarancję pewności obrotu dla podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne" (wyrok KIO/UZP 210/10).

Zdaniem Odwołującej przyjęte przez Zamawiającego w SIWZ kryteria oceny ofert i sposób obliczenia ceny są zgodne z prawem i nie zawierają żadnej wady prawnej. Nie ma

tu znaczenia, iż być może na rynku, przy innym określeniu przedmiotu zamówienia, w szczególności przy podziale zamówienia na części, dostępne byłyby usługi w cenie niższej niż wynikające z ofert, które zostały złożone w danym postępowaniu. Porównanie ofert dotyczy bowiem ofert złożonych w danym postępowaniu, na warunkach określonych danym postępowaniem, a nie ofert, które być może byłyby dostępne na rynku przy innym skonstruowaniu warunków udziału w tym postępowaniu. Ustawodawca posługuje się bowiem terminami „najkorzystniejsza oferta”. W rozumieniu art. 2 pkt. 5 ustawy w tym przypadku najkorzystniejszą ofertą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną. Zważywszy na sposób określenia przedmiotu przedmiotowego zamówienia publicznego, w tym postępowaniu oferta Odwołującej jest ofertą najkorzystniejszą

5

(najtańszą), czemu zresztą Zamawiający nie przeczy. Przyjęcie sposobu rozumienia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w sposób prezentowany przez Zamawiającego prowadziłoby do stworzenia regulacji prawnej dającej dowolne możliwości unieważnienia postępowania, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, powodujący w szczególności uprzywilejowanie co do informacji podmiotów, które w unieważnionym postępowaniu nie występowały. Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 może mieć miejsce tylko wyjątkowo, w sytuacjach nadzwyczajnych, gdy samo postępowanie jest obciążone tak istotną nieprawidłowością, że doszłoby do zawarcia umowy bezwzględnie nieważnej (KIO/UZP 589/10). Wady takie ustawodawca wymienia przykładowo w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczącym nieważności umów w sprawie zamówień publicznych (tak m.in. wyrok Zespołu Arbitrów UZP/ZO/0-2820/06, wyrok Zespołu Arbitrów UZP/ZO/0-187/07). Ewentualne konsekwencje braku należytej staranności Zamawiającego, zobowiązanego i uprawnionego do przygotowania SIWZ, a w niej kryteriów wyboru ofert oraz sposobu obliczania ceny, nie mogą stanowić wystarczającej przesłanki do unieważnienia postępowania, gdyż oznaczałoby to przeniesienie odpowiedzialności za błędy popełnione przez Zamawiającego na wykonawców (KIO/UZP 398/09). „Wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji błędów i zaniedbań zamawiającego, zaś w przypadku ich wystąpienia winny one być każdorazowo odczytywane i interpretowane na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego” (KIO/UZP 210/10). Zamawiający w żaden sposób nie wykazał w jaki sposób przyjęte kryteria oceny ofert miałyby spowodować nieważność zawartej umowy o zamówienie publiczne, a tym bardziej związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy wskazaną przez siebie rzekomą wadą postępowania a ewentualną nieważnością przyszłej umowy. Jak wielokrotnie stwierdzały w swoim orzecznictwie zarówno Zespoły Arbitrów, jak i Krajowa Izba Odwoławcza „wykładnia literalna art. 93 ust. 1 pkt 7 ZamPubU wskazuje, iż istnienie przesłanki wskazanej w tym przepisie nastąpi jedynie w przypadku, gdy pomiędzy wadą postępowania a przyszłą umową istnieje faktycznie związek przyczynowo - skutkowy, który prowadziłby do nieważności takiej umowy (KIO/UZP 589/10).

W związku z faktem, że Zamawiający w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania podnosi również okoliczność, że cena za wykonanie prac konserwacyjnych w ofercie Odwołującej jest o 94% wyższa od wielkości środków, jakie Zamawiający przewidział na realizację tych prac, jak również, że ceny jednostkowe za niektóre prace konserwacyjne są w ofercie Odwołującej wyższe od cen zaproponowanych w ofercie numer 1 oraz od cen rynkowych, co za tym pociąga możliwość zlecenia mniejszej ilości prac, Odwołująca z ostrożności procesowej podnosi, że ten argument, jako okoliczność uzasadniająca unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4, a tym bardziej na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7, również jest niezrozumiały i nie zasługuje na

6

uwzględnienie. Jak wyżej wskazano zgodnie z SIWZ kryterium wyboru oferty miała być cena za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, nie zaś porównanie cen jednostkowych dla poszczególnych zadań konserwacyjnych. Odwołująca zaoferowała wykonanie całego przedmiotu zamówienia za cenę 2 996 093 zł, tj. o 268 504 zł mniej niż Zamawiający przewidział na finansowanie zamówienia, co daje gwarancję wykonania całego zamówienia w ramach środków przewidzianych przez Zamawiającego na wykonanie całego zamówienia. Należy również zauważyć, że w zakresie prac porządkowych cena Odwołującej jest o 77%

niższa od kwoty, jaką Zamawiający - podobno - przewidział na realizację tych czynności. Zamawiający podał przewidywane ilości poszczególnych prac konserwacyjnych według swej najlepszej wiedzy i dotychczasowego doświadczenia, a przynajmniej powinien był tak zrobić. Skoro Zamawiający na tym etapie przewiduje, że zakres i ilość prac mogą być większe, powinien był umieścić większe zakresy w SIWZ. Należy również zauważyć, że przedmiot zamówienia realizowany będzie w dwóch kolejnych latach, tj. w roku 2011 i 2012. Należy się więc spodziewać, iż na razie podział środków może dotyczyć jedynie budżetu lub projektu budżetu na rok 2011. Oznacza to, że nie sposób przyjąć na podstawie tego pisma, że Zamawiający nie będzie w stanie ponieść finansowego ciężaru zobowiązania w latach następnych, tym bardziej, iż cena oferty Odwołującej jest niższa niż kwota przeznaczona przez Zamawiającego na wykonanie przedmiotu zamówienia (zgodnie z brzmieniem SIWZ), czemu Zamawiający też nie przeczy. Na kolejny rok, zgodnie z poczynionym zobowiązaniem, Zamawiający winien zapewnić w budżecie (lub jego odpowiednich pozycjach) na utrzymanie parków na terenie miasta Kielce taką kwotę, jaka wynika z zawartej przez Zamawiającego umowy. Coroczny plan finansowy powinien bowiem uwzględnić zobowiązania już zaciągnięte przez Zamawiającego oraz zobowiązania planowane i nie można założyć, że na tym etapie postępowania zaszła w sytuacji ekonomicznej Zamawiającego trudna do przewidzenia zamiana powodująca, że cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia (której to kwoty zresztą oferta Odwołującej nie przekracza). Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy nie może się opierać na domniemaniach i przypuszczeniach, tym samym przesłanka ta powinna być spełniona w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania. Jeżeli cena najkorzystniejszej oferty mieści się w kwocie podanej przed otwarciem ofert, Zamawiający nie może unieważnić postępowania z powodu braku środków (KIO/UZP315/10). W sytuacji uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia oraz dokonania czynności oferty postępowania nakazania wyboru najkorzystniejszej, oferta Odwołującej powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, a z Odwołującą powinna zostać zawarta umowa w sprawie wykonania zamówienia publicznego. Oferta Odwołującej nie została skutecznie odrzucona, a wykonawcą ją

7

---

składający nie został wykluczony z postępowania. Oferta złożona przez Odwołującą spełnia wymogi postawione w SIWZ, jest najkorzystniejsza cenowo i mieści się w kwocie, jaką Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia. Wykazanie i udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia miało normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na zamawiającym. Zamawiający nie udowodnił zaistnienia przesłanki skutkującej koniecznością unieważnienia postępowania, a rzekome „błędy w doborze kryterium oceny ofert”, na które powołuje się Zamawiający, uzasadniając swoją decyzję o unieważnieniu postępowania, nie mogą stanowić podstawy do jego unieważnienia, w związku z powyższym niniejsze odwołanie zasługuje w całości na uwzględnienie.

W dniu **30 grudnia 2010 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca **Rejonowe Przedsiębiorstwo Zieleni Sp. z o.o.** z siedzibą w Kielcach, na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego wszczętego na skutek wniesienia odwołania w dniu 27.12.2010 r. wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o zamówienie publiczne po stronie Zamawiającego.

Wskazując na interes przystępującego do odwołania podnoszono, iż może on doznać uszczerbku, gdyby wniesione odwołanie zostało uwzględnione, gdyż w ocenie Przystępującego nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia i błędny sposób obliczenia ceny spowodował, niemożność dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej cenowo i możliwość uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu przystąpienia Przystępujący podnosił, iż Odwołujący we wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu bezprawne unieważnienie postępowania. Odwołujący stawiając zarzut nie wykazał związku przyczynowego, który uniemożliwiłby Zamawiającemu dokonania unieważnienia postępowania w sytuacji gdy stwierdził błąd w opisie przedmiotu zamówienia, który doprowadził do błędnej kalkulacji zaoferowanej ceny i niemożności wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych. Odwołujący oparł zarzuty tylko na własnym interesie zapominając o celu ustawy, z którego

Zamawiający jest zobowiązany wywiązać się. Należy pamiętać, że ustawa jest narzędziem do osiągnięcia celów nakreślonych ustawą o finansach publicznych.

Przystępujący zaznaczał, że Zamawiający unieważniając postępowanie nie dokonał sprawdzenia złożonych ofert, a tym samym nie wezwał do wyjaśnienia Odwołującego w jaki sposób za kwotę 432 000 zł Odwołujący zamierza spełnić świadczenie polegające na wykonywaniu w sposób ciągły robót porządkowych. Wskazana kwota z kalkulacji przeprowadzonej przez Przystępującego opartej na analizie kosztów z realizacji robót porządkowych w 2010 roku pokrywa jedynie koszty utylizacji odpadów i transportu.

Przystępujący zaznaczał, że błędem było ze strony Zamawiającego, że nie

8

---

uwzględnił w opisie przedmiotu zamówienia i sposobie wyliczenia ceny, że roboty porządkowe nie da się połączyć z pracami konserwacyjnymi, które są zlecane w różnych okresach czasowych, w większości przypadków nie pokrywają się czasowo, co sprawia niemożność przenoszenia kosztów z robót porządkowych na prace konserwacyjne, które są rozliczane w różnych odstępach czasowych, a to powodowało by realizację robót porządkowych poniżej faktycznie ponoszonych kosztów na ten cel. Błędna kalkulacja ceny może również wynikać z braku doświadczenia Odwołującego w wykonywaniu przedmiotu zamówienia, gdyż swe doświadczenie oparł na doświadczeniu podmiotu trzeciego, który nie został wskazany w złożonej ofercie jako podwykonawca, a zgodnie z opinią UZP do art. 26 ust. 2b ustawy, Zamawiający powinien zapisać w SIWZ żądanie aby wykonawca posługujący się wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego wykazał ten podmiot jako podwykonawcę. W świetle powyższego przywołano wyrok sygn. akt: KIO/UZP 648/10 z dnia 4 maja 2010 r. w którym Izba uznała, że wada postępowania polega na braku określenia w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia metod, sposobu pomiaru przedmiotu zamówienia jest wystarczającą przesłanką do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, analogicznie można to odnieść do przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ do prowadzonego postępowania, gdzie nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia połączony z wadliwym opisem sposobu wyliczenia ceny doprowadził do braku możliwości rzetelnej oceny złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. W jednej części Odwołujący wycenił roboty porządkowe poniżej kosztów świadczenia, a drugiej powyżej cen występujących na rynku. Odwołujący nie może bazować na błędzie Zamawiającego, który chce naprawić błąd. Należy również przywołać opinię UZP w której stwierdzono, że jeżeli zamawiający opisał przedmiot zamówienia nie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty jak wymaga tego ustawa. Zamawiający stwierdzając tę okoliczność, ma obowiązek unieważnienia postępowania.

Za wyrokiem o sygn. akt KIO/ 982/10 z dnia 2 czerwca 2010 r. Izba zważyła, że *celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zaspokojenie określonych potrzeb zamawiającego, przy czym realizacja celu dokonywana jest z zachowaniem ścisłych procedur wynikających z ustawy Pzp. Formalizm postępowania wynikający z przepisów ustawy nie jest istotą sam w sobie, jak orzekały sądy okręgowe, lecz służy osiągnięciu określonego celu. W dalszej części uzasadnienia do wydanego wyroku stwierdzono, że należy przyjąć, że postępowanie obarczone błędem zamawiającego, mającym wpływ na jego wynik, w szczególności przez brak możliwości jednakowej oceny przedmiotu dostawy w złożonych ofertach, a w ślad za tym wyboru najkorzystniejszej oferty, należało unieważnić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.*

9

---

Przytoczone orzecznictwo w sposób jednoznaczny dowodzi, że decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania była zgodna z zapisami ustawy. Biorąc powyższe pod uwagę Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, gdyż podniesione zarzuty są chybione i nie zasługują na uwzględnienie.

W dniu **3 stycznia 2011** roku wykonawca, **Park-M Sp. z o.o. (Odwołujący)**, działając na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp wniósł **opozycję** przeciw przystąpieniu wykonawcy po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego przed KIO.

W ocenie Park-M Sp. z o.o., wykonawca Rejonowe Przedsiębiorstwo Zieleni

Sp. z o.o. nie wykazał żadnego interesu w przystąpieniu do odwołania po stronie Zamawiającego, gdyż takiego interesu nie ma, a ewentualne utrzymanie w mocy decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania w żaden sposób nie gwarantuje, że oferta Przystępującego do odwołania zostanie wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Ustosunkowując się, z ostrożności procesowej, do uzasadnienia przedmiotowego przystąpienia Odwołujący zauważył, że Przystępujący do odwołania w ogóle nie odniósł się do meritum sprawy, a więc braku możliwości unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy ewentualna wada postępowania nie powoduje bezwzględnej nieważności umowy o zamówienie publiczne, a skupił się na dokonaniu oceny oferty Odwołującego, próbując ją bezzasadnie zdyskredytować.

Niezrozumiałym jest zarzut Przystępującego do odwołania, iż oferta Odwołującego zawiera zbyt niską cenę za prace porządkowe. Błędne jest stanowisko Przystępującego do odwołania, że kwota łączna 432 000 zł (18 000 miesięcznie) zapewnia jedynie koszty wywozu odpadów. Odwołujący pragnie zauważyć, że w ramach prac porządkowych wykonywane będą prace wskazane w SIWZ, w tym wywóz śmieci jedynie z kosztów parkowych oraz pozbieranych z terenu w trakcie sprzątnięcia, zaś odpady organiczne takie jak skoszona trawa, zgrabione liście, likwidacja i wywóz roślin jednorocznych, mają być wywożone w ramach kosztów usług konserwacyjnych, o czym wprost mówi Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w punkcie XVII - opis sposobu obliczania ceny. Zarzut braku doświadczenia Odwołującego w wykonywaniu prac porządkowych i konserwacyjnych zieleni jest również chybiony, gdyż Odwołujący w składanej ofercie przywołał własne doświadczenie w podobnych pracach, a nadto kierujący Spółką i jej pracownicy posiadają stosowne doświadczenie z okresu wcześniejszego - działalności firmy Park-M Krzysztof M. Zdobyte doświadczenie oraz wiedza pozwoliły złożyć Odwołującemu najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu za cenę zbliżoną do ceny, jaką na prace przewidział Zamawiający. Większość prac konserwacyjnych i porządkowych pokrywa się ze sobą czasowo, gdyż wymienione w SIWZ prace konserwacyjne podlegają wykonaniu w ciągu całego roku, zgodnie ze sztuką ogrodniczą i budowlaną, w okresach adekwatnych do procesu wegetacji

10

---

roślin. Podnoszenie takiego argumentu może świadczyć o braku właściwej organizacji pracy i racjonalnego wykorzystania posiadanego potencjału ludzkiego i technicznego w procesie organizacji funkcjonowania przedsiębiorstwa Przystępującego do odwołania.

W żadnym miejscu ustawy Pzp nie istnieje wymóg, aby podmiot trzeci, na doświadczeniu którego wykonawca się opiera, musiał być wskazany w ofercie jako podwykonawca, a orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zmierza w kierunku wręcz odwrotnym. Wskazano w tym zakresie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23.06.2010 r. sygn. KIO 1117/10, w którym stwierdzono, iż

„1. Nie jest zasadne utożsamianie udostępnienia osób zdolnych do realizacji zamówienia przez inny podmiot z podwykonawstwem. Istotą podwykonawstwa jest wykonanie określonej części zamówienia. Oznacza to, że podwykonawca jest podmiotem realizującym samodzielnie dającą się wyodrębnić część zamówienia. Nie można uznać za podwykonawstwo pełnienia funkcji w zespole składającym się z pracowników wykonawcy i pod jego bieżącym kierownictwem.

2. Oddanie do dyspozycji wykonawcy osób zdolnych do realizacji zamówienia może i w wielu przypadkach będzie polegać na podwykonawstwie, rozumianym jako przejęcie części zamówienia do samodzielnego wykonania przez podmiot trzeci. Może jednak również polegać na udostępnieniu osób, które będą brały udział w wykonywaniu zamówienia przez głównego wykonawcę oraz pod jego nadzorem i kierownictwem. Ustalenie, czy posłużenie się osobami udostępnionymi przez podmioty trzecie ma charakter podwykonawstwa, może nastąpić jedynie z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy, nieuzasadnione jest stawianie generalnej tezy, iż w każdym przypadku powierzenie osób zdolnych do realizacji zamówienia łączy się z podwykonawstwem. 3.(...)

4. Istotą i celem określonej w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych możliwości powołania się na potencjał podmiotów trzecich jest umożliwienie udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne wykonawcom, którzy nie dysponują niezbędnymi zasobami w chwili składania ofert, jeśli wykażą, że w czasie realizacji zamówienia zasoby te zostaną im udostępnione. Dla wykazania, że w przyszłości wykonawca takim potencjałem będzie dysponował nie jest konieczne w dacie składania ofert legitymowanie się umową, na podstawie której wykonawca będzie korzystał z zasobów innych osób”.

Przywołanie wyroku sygn. akt KIO/UZP/ 648/10 jest w niniejszej sprawie zupełnie bezprzedmiotowe, gdyż w SIWZ Zamawiający w niniejszym postępowaniu jasno i precyzyjnie określił metody i sposób pomiaru przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie w Załączniku numer 1 do wzoru umowy „Wykazu obiektów parkowych” wraz z podaniem dokładnych danych o powierzchni obiektów, z jej podziałem na trawniki, kwietniki sezonowe oraz ciągi pieszce, a także wskazaniem w punkcie XVII SIWZ konkretnych prac konserwacyjnych, przewidzianych do wykonania w ramach umowy wraz z przewidywaną ilością danych prac do

11

---

wykonania.

Istota postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sprowadza się nie tylko do „zaspokojenia określonych potrzeb zamawiającego”, ale przede wszystkim do zachowania zasady jawności i przejrzystości udzielania zamówień finansowanych ze środków publicznych oraz zapewnienia wszystkim wykonawcom zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania. Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno być traktowane w kategoriach swego rodzaju przyrzeczenia publicznego, w którym Zamawiający zobowiązuje się udzielić zamówienia publicznego konkretnemu wybranemu w postępowaniu podmiotowi, przy wypełnieniu przez niego określonych wymogów i przesłanek, których to przyrzeczenie publiczne również dotyczy. Ewentualne konsekwencje braku należytej staranności Zamawiającego, zobowiązanego i uprawnionego do przygotowania SIWZ, a w niej kryteriów wyboru ofert oraz sposobu obliczania ceny, nie mogą stanowić wystarczającej przesłanki do unieważnienia postępowania, gdyż oznaczałoby to przeniesienie odpowiedzialności za błędy popełnione przez Zamawiającego na wykonawców

W tych okolicznościach Odwołujący wnosił o uwzględnienie opozycji.

W dniu **7 stycznia 2011 roku** do Izby wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której wnosił on o jego oddalenie. Ponadto wskazywał, że dokonał obliczenia wartości zamówienia odrębnie w odniesieniu do robót porządkowych i prac konserwacyjnych i dokonując opisu sposobu obliczenia ceny, wymagał podania odrębnie ceny za wykonanie robót porządkowych i cen za poszczególne prace konserwacyjne. Ze względu na przyczyny techniczne i ekonomiczne w ogłoszonym postępowaniu zamówienia nie podzielono na części. Przytaczał argumentację zawartą w uzasadnieniu unieważnienia postępowania dotyczącą stosunku wartości oferty Odwołującego w poszczególnych częściach, co wskazuje, że wynagrodzenie za poszczególne części powinno być rozpatrywane samodzielnie. Wskazywał na cele, jakie ma realizować ustawa Pzp, w tym oszczędne i efektywne wydatkowanie środków publicznych. W związku z powyższym w prowadzonym postępowaniu nie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej pod względem ekonomicznym w rozumieniu przepisów ustawy Pzp i ustawy o finansach publicznych. Jako wadę postępowania Zamawiający wskazywał właśnie brak możliwości wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej cenowo a podpisanie umowy z tak wybranym wykonawcą jest niezgodne z ustawą Pzp i celem prowadzonego przetargu. Zdaniem Zamawiającego postępowanie obarczone jest błędem w postaci błędnego określenia kryteriów oceny ofert, co prowadzić musiało do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W tym zakresie przywołano wyrok KIO 2480/10, w którym stwierdzono możliwość unieważnienia postępowania przez Zamawiającego w ramach samokontroli swoich nieprawidłowych decyzji, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

12

---

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778)

– tzw. „dużej nowelizacji” do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Po trzecie ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów w stosunku do czynności i zaniechań Zamawiającego, oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie oferty z najniższą ceną w prowadzonym postępowaniu. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:**

Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako wykonanie robót porządkowych i prac konserwacyjnych związanych z utrzymaniem obiektów parkowych na terenie miasta Kielce.

Zamawiający nie podzielił zamówienia na części, co znalazło potwierdzenie zarówno w zapisach specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) oraz ogłoszeniu o zamówieniu. Nie dopuszczono do składania ofert częściowych. Termin realizacji zamówienia określono od podpisania umowy do 31.12.2012 roku.

W rozdziale XVII siwz *Opis sposobu obliczenia ceny*, Zamawiający wskazał, że wykonawca określi cenę realizacji zamówienia w pełnym zakresie objętym siwz i wzorem umowy poprzez wskazanie w ofercie łącznej ceny ryczałtowej brutto (wraz z podatkiem VAT) za wykonanie całego planowanego przedmiotu zamówienia w wielkości wyrażonej w PLN

13

---

cyfrowo i słownie z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Do wyliczenia łącznej ceny ryczałtowej brutto należało przyjąć podane przez Zamawiającego do zrealizowania przez cały okres obowiązywania umowy wielkości. Ponadto zapisano w siwz, że łączna cena ryczałtowa brutto podana przez Wykonawcę w formularzu oferty za wykonanie całego planowanego przedmiotu zamówienia **służyć będzie tylko do porównania złożonych ofert**. Natomiast wynagrodzenie wykonawcy liczone będzie za faktycznie wykonane prace:

- a) w zakresie prac porządkowych; za okres wykonywania usługi według ceny jednostkowej za 1 miesiąc podanej w formularzu oferty;
- b) w zakresie prac konserwacyjnych: za wykonany zakres prac według cen jednostkowych poszczególnych prac podanych w formularzu oferty.

Z protokołu postępowania (druk ZP-1) wynika, iż szacunkowa wartość całego zamówienia została ustalona na kwotę 3 051 025,00 zł (bez VAT) we wrześniu 2010 r. na podstawie aktualnie obowiązujących cen.

Z druku ZP -1/PN wynika, iż bezpośrednio przed otwarciem ofert, Zamawiający podał kwotę jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 3 264 597,00 zł brutto. Taka sama kwota wartości łącznej całego zamówienia bez VAT została podana w ogłoszeniu o zamówieniu. W ogłoszeniu Zamawiający podał również wartość szacunkową bez rozbicia na jakiegokolwiek części zamówienia.

We przedłożonej Izbie kserokopii dokumentacji z postępowania nie wynika, że Zamawiający w jakikolwiek sposób dzielił zamówienie czy to ze względu na jego przedmiot, czy też jakiegokolwiek wartości kwotowe dla poszczególnych części w związku ze swoim budżetem.

#### **Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się wprost do zarzutu odwołania Izba stwierdziła, że Zamawiający, powołując się na przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp bezpodstawnie unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Z treści tego przepisu wynika, że Zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli jest ono obarczone wadą niemożliwą do usunięcia i uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten zatem jako podstawę do unieważniania postępowania odwołuje się do sytuacji, w których

w toku postępowania o udzielenie zamówienia doszłoby do popełnienia takiego naruszenia, które skutkowałoby – w oparciu o przepisy ustawy Pzp – koniecznością unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeśli takowa byłaby zawarta. Zakres podstaw

14

unieważnienia wynikający z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy nie pozwala na stwierdzenie, że każde naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania rodzi po stronie zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania. Art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wskazuje bowiem, że wada, poza wpływem na wynik postępowania, musi mieć także charakter nieusuwalny.

Dokonując oceny podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o wskazaną przesłankę ustawową należy sięgnąć do art. 146 ustawy Pzp, który wskazuje na przesłanki do unieważnienia umowy. Przesłanki te przede wszystkim zostały określone w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp jako kwalifikowane wady (nieprawidłowości) dotyczące prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcia umowy. Ust. 5 i 6 art. 146 ustawy Pzp określają także dodatkowe materialne przesłanki wskazujące na możliwość unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jedną z nich jest przesłanka wskazująca na czynności lub zaniechania zamawiającego dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, które to naruszenie miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Izby żadna z przesłanek skutkujących koniecznością unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w kontekście wskazanych przez Zamawiającego w decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego okoliczności, nie miała miejsca. Wskazywane przez Zamawiającego zasady związane z procedurą szacowania wartości zamówienia, związane są z organizacją pracy jednostki Zamawiającego, nie dotyczą natomiast zasad prowadzenia samego postępowania. Okoliczności tych nawet Zamawiający nie wskazał w postanowieniach siwz, czy też ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający miał możliwość uzewnętrznienia swojej woli, czy to w zapisach siwz, czy to w ogłoszeniu o zamówieniu, gdzie równie dobrze, skoro podał kwotę netto za całość zamówienia, mógł tę kwotę rozbić w oparciu o zasady, na jakich szacował wartość zamówienia. Wszelkie z tego tytułu konsekwencje bez odpowiednich regulacji w dokumentacji przetargowej (SIWZ) nie mogą zaś obciążać wykonawców

Co do błędnego określenia kryterium oceny ofert, to w ocenie składu orzekającego, Zamawiający nie wykazał dlaczego było ono ustalone nieprawidłowo i nie pozwoli wybrać oferty najkorzystniejszej ekonomicznej i podpisać ważnej umowy o zamówienie. Cenę należało podać w rozbiciu na prace porządkowe i roboty konserwacyjne. W ocenie Izby, kwota którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia, wynika z przyjętego planu finansowego danej jednostki, gdyż określa on faktycznie zabezpieczone środki na pokrycie wydatków, zrównoważone planowanymi dochodami i pozwala na realnych podstawach oceniać możliwości płatnicze Zamawiającego, w odniesieniu do usług objętych zamówieniem, nawet przy założeniu, iż kwoty które może wydatkować w 24 miesięcznym okresie realizacji usługi - dłuższym niż roczny, na który ustalany jest plan, ustalone zostaną

15

przy odpowiednim zastosowaniu założeń aktualnego planu finansowego.

Ani w aktach postępowania przesłanych Izbie, ani też na rozprawie, pełnomocnik Zamawiającego nie złożył dowodu w postaci planu finansowego, potwierdzającego, iż w rzeczywistości zamawiający nie może zwiększyć kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w stosunku do ceny najkorzystniejszej oferty w części dotyczącej prac konserwacyjnych, a podana przyczyna unieważnienia postępowania jest realna. Co więcej cena całkowita oferty najkorzystniejszej mieści się w kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie zachodzi zatem nawet konieczność zmiany globalnej kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. W ocenie składu orzekającego możliwe jest przesunięcie środków między poszczególnymi działami w ramach jednego działu przez kierownika Zamawiającego w ramach procedury zmiany budżetu miasta. Zawsze też Zamawiający może udzielić zamówienia w ramach zlecenia prac konserwacyjnych do wysokości kwoty znajdującej się budżecie. Na działania takie pozwalają mu, w ocenie składu orzekającego, zapisy siwz, gdzie wyraźnie stwierdzono, iż łączna cena ryczałtowa brutto za wykonanie całego planowanego przedmiotu zamówienia służyć miała

jedynie porównaniu złożonych ofert. Rozliczanie zaś za poszczególne prace odbywało się będzie na podstawie faktycznie wykonanych prac. Argumentacja Zamawiającego, iż zmuszony on będzie zlecić mniejszy zakres prac w związku z zaproponowanymi cenami jednostkowymi przez Odwołującego jest niewątpliwie prawdziwa ale złożenie oferty w takim kształcie nie upoważnia Zamawiającego do podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania ponieważ samo zaproponowanie wyższych stawek niż zakładał Zamawiający nie prowadzi do nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Również w następnym postępowaniu nie byłaby wykluczona taka sytuacja, w której Zamawiający otrzymałby oferty zbliżone cenowo do tych w prowadzonym postępowaniu. Na rozprawie zarówno Zamawiający, jak też Przystępujący po stronie Zamawiającego podkreślali, iż pewna jest kwota dotycząca prac porządkowych, natomiast kwota i zakres odnoszący się do prac konserwacyjnych jest zmienny. Tak ukształtowane zapisy siwz nie dają wykonawcy podstawy do żądania kwoty określonej w ofercie dotyczącej prac konserwacyjnych ponieważ rozliczanie odbywało się będzie na zasadach wynagrodzenia kosztorysowego, a logicznym jest, że Zamawiający będący jednostką sektora finansów publicznych nie może zaciągać zobowiązań przekraczających wysokość środków przeznaczonych na dany cel w jego budżecie.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie nie możemy mówić o zasadności czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania w oparciu o przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. w związku z powyższym potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i z powyższych względów, na

16

---

podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, Izba pouczyła jednocześnie pełnomocnika Odwołującego, iż zwrot uzasadnionych kosztów strony dokonany być może jedynie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

**Przewodniczący:**

.....

17