

ZUK.261.1.5.2020

według rozdzielnika

dotyczy: unieważnienia postępowania przetargowego pn. Sukcesywny odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie ex 19 12 12 w ilości 15 000 Mg w 2021 r. - 12 zadań prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego ogłoszonego w DUUE pod numerem Dz.U. UE S numer 2020/S 192-463289 (data 02.10.2020), ID postępowania nadane przez Miniportal: 96020c4e-4cfd-409b-aa1f-1c0ccb58a783

Zamawiający Gmina Ostrów - Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie, 39-103 Ostrów 225 unieważnia postępowanie przetargowe pn. **Sukcesywny odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie ex 19 12 12 w ilości 15 000 Mg w 2021 r. - 12 zadań** na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 roku, poz. 1843 t. j. z późn. zm) – **cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.**

Uzasadnienie

Zamawiający z należytą starannością oszacował przedmiot zamówienia w dniu 22.09.2020 r. i określił go na wartość **10 500 000,00 zł netto**.

Kwota ta stanowiła podstawę wyboru trybu w jakim zamówienie będzie udzielane – przetarg nieograniczony powyżej progu unijnego i nie była zmieniana podczas trwania postępowania przetargowego.

Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę **9 120 600,00 zł brutto**. Kwota ta nie była zmieniana podczas trwania postępowania przetargowego.

Zamawiający określając kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, opierał się między innymi na stanowisku KIO wyrażonym w wyroku KIO 823/14 (i cytowanym KIO 1645/11):

>> W ocenie Izby określenie przez Zamawiającego kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na realizację zamówienia, mieści się w jego dyskrejonalnej władzy, a przepisy art. 86 ust. 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w żaden sposób tej władzy nie ograniczają. W tym zakresie skład orzekający podzielił opinię wyrażoną w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO1645/11, gdzie Izba wyjaśniła, że:

„Przepisy te ustanawiają proceduralne ograniczenie arbitralności zamawiającego w określeniu kwoty, którą chce/zamierza wydać na sfinansowanie zamówienia na etapie oceny ofert i unieważnienia postępowania w odniesieniu do tej kwoty. Zamawiający jest związany kwotą, którą zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp podał przed otwarciem ofert tylko niejako «od dołu», tzn. nie może w celu uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp wskazać innej, niższej kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i tym samym zobowiązany jest udzielić zamówienia wykonawcy, który zaoferował cenę mieszczącą się w kwocie pierwotnie podanej. Może natomiast dowolnie, co najwyżej ograniczany przez odrębne przepisy dotyczące jego działalności, podnosić wskazaną przez siebie kwotę i nie unieważniać w takiej sytuacji postępowania. Zastrzeżenie poczynione w ww. przepisie: «chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty», należy interpretować jak okres warunkowy odnoszący się nie do hipotetycznych możliwości finansowych zamawiającego, ale do jego decyzji w przedmiocie zwiększenia środków, które chce wydać na sfinansowanie zamówienia”.

Tym samym szacunkowa wartość zamówienia nie jest więc tożsama z kwotą, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Przepisy Ustawy Pzp jednoznacznie określają zasady oszacowania przedmiotu zamówienia, natomiast nie wskazują w jaki sposób zamawiający określa kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Kwota ta zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie była znana żadnemu z wykonawców przed jej upublicznieniem - bezpośrednio przed otwarciem ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Otwarcie ofert w przedmiotowym postępowaniu nastąpiło w dniu 23.11.2020 r. Zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. 9 120 600,00 zł brutto.

Do postępowania wpłynęły oferty, zgodnie z poniższym zestawieniem:

Lp.	Nazwa (firma) oraz adres wykonawcy	Nazwa kryterium: cena za 1 Mg Odbioru i dalszego zagospodarowania odpadów będących przedmiotem zamówienia	Nazwa kryterium: termin płatności
1	Lider Konsorcjum: Sanit-Trans Sp. z o.o. Międzyrzecze Górne 383, 43-392 Międzyrzecze Górne Członek Konsorcjum: Makpol Recykling Sp. z o.o. ul. Oleska 20, 42-700 Lubliniec	Zad 1: 668,52 zł Zad 2: 668,52 zł Zad 3: 668,52 zł Zad 4: 668,52 zł Zad 5: 668,52 zł Zad 6: 668,52 zł Zad 7: 668,52 zł Zad 8: 668,52 zł Zad 9: 668,52 zł Zad 10: 668,52 zł	termin płatności od 22 dni do 30 dni

		Zad 11: 668,52 zł Zad 12: 668,52 zł	
2	Green Petrol Sp. z o.o., ul. Jasna 1/307, 00-013 Warszawa	Zad 2: 604,80 zł Zad 3: 648,00 Zad 4: 604,80 zł	termin płatności od 22 dni do 30 dni
3	Przedsiębiorstwo Handlowo - Produkcyjne Przemysław Olejnik Wąbiewo 26, 64-061 Kamieniec	Zad 1: 679,32 Zad 2: 679,32 Zad 3: 679,32 Zad 4: 679,32 Zad 5: 679,32	termin płatności od 22 dni do 30 dni
4	Euro-Eko sp. z o.o. ul. Wojska Polskiego 3 39-300 Mielec	Zad 1:626,40 Zad 2:626,40 Zad 3:626,40 Zad 4:626,40 Zad 5:626,40 Zad 6:626,40 Zad 7:626,40 Zad 8:626,40 Zad 9: 626,40 Zad 10:626,40 Zad 11:626,40 Zad 12:626,40	termin płatności od 22 dni do 30 dni

Każde z zadań obejmowało cenę za 1 Mg - wielkość każdego zadania to 1 250 Mg.

W opinii Zamawiającego oferta firmy Euro-Eko Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 3, 39-300 Mielec podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - wadium w przedmiotowym postępowaniu zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, co stanowiło także o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w tym zakresie.

W związku z powyższym najkorzystniejsze pod względem kryteriów oceny ofert byłyby oferty Wykonawców: Green Petrol, sp. z o.o. ,ul. Jasna 1/307, 00-013 Warszawa w zakresie zadań: 2,3,4 oraz konsorcjum Sanit-Trans Sp. z o.o. i Makpol Recykling Sp. z o.o. w zakresie zadań: 1,5,6,7,8,9,10,11,12.

W związku z faktem, że kwota ofert najkorzystniejszych przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający dokonał analizy możliwości jej zwiększenia.

Po dokonaniu analizy finansowej, Zamawiający ustalił, że nie może zwiększyć środków na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. Dyspozycja art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp, nie nakłada na zamawiającego bezwzględnego obowiązku zwiększenia brakującej kwoty dofinansowania, lecz daje Zamawiającemu uprawnienie do poszukiwania dodatkowych środków finansowych. Na takim samym stanowisku stoi Krajowa Izba Odwoławcza, która w swoim wyroku z dnia 20 kwietnia 2015r. w sprawie o sygn. akt KIO 694/15 zauważyła, że „Celem postępowania o zamówienie publiczne nie jest nabycie przez jednostkę przedmiotu postępowania „za wszelką cenę”, ale nabycie go w warunkach własnej kalkulacji i założonego budżetu na dany cel, co mieści się w autonomii jednostki dokonującej nabycia określonych rzeczy lub praw. Decyzja, wyrażająca zamiar nabycia określonego przedmiotu, tak jak każda decyzja podejmowana w warunkach rynkowych przez podmioty komercyjne, zawiera w sobie wyznaczone przez nabywcę granice, w jakich będzie się poruszał, w tym granice finansowe, do jakich jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia. Nie sposób więc obligować zamawiającego do poddawania każdorazowo, gdy cena oferty przekroczy tak wyznaczony próg, analizie swoich możliwości finansowych, ponad wolę nabycia przedmiotu zamówienia za określoną cenę. Zwiększenie tak założonego budżetu jest każdorazowo odstępstwem od pierwotnego zamiaru, a nie zasadą. Zasadą jest zatem, że zamawiający jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia tylko do kwoty, jaką podał na otwarciu ofert, jako ta, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Podobnie w orzeczeniu z 22 maja 2015 r. (sygn. akt KIO 961/15) Izba podkreśliła, że bezpodstawne jest oczekiwanie, iż zamawiający będzie udowadniał, że jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków finansowych. „Nie znajduje bowiem podstaw w przepisach badanie budżetu zamawiającego, nakazywanie mu jakichkolwiek przesunięć w budżecie, dokonania jednych zakupów kosztem drugich albo nakazywanie wydania na dane zamówienie kwoty, którą zamierzał wydać na inne zamówienie”. KIO uznała, że żądanie odwołującego, aby zamawiający wykazał podczas postępowania odwoławczego, iż nie ma dodatkowych środków na realizację zamówienia, nie ma żadnych podstaw w przepisach ustawy Pzp.

Wątpliwości budziło to, czy zamawiający zaraz po otwarciu ofert, jeśli stwierdzi, że wszystkie zawierają ceny wyższe niż planowane przez niego wydatki, może od razu unieważnić postępowanie, czy powinien jednak najpierw wybrać najkorzystniejszą ofertę. W orzeczeniu z 12 listopada 2015 r. (sygn. akt KIO 2347/15) Izba zajmowała się odwołaniem, w którym wykonawca twierdził, iż nie ma podstaw do uznania, że jest za mało środków oraz że nawet przed unieważnieniem zamawiający powinien wybrać najlepszą ofertę. Izba nie zgodziła się z tymi zarzutami. Podkreśliła, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zwalnia zamawiających z obowiązku dokonywania wyboru najkorzystniejszej oferty w sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest niemożliwe z powodu braku środków na jej sfinansowanie.

Dokonywanie wyboru w sytuacji, gdy postępowanie i tak zostanie unieważnione ze względu na wysokość cen tych ofert, Izba uznała za niecelowe w orzeczeniu z 6 marca 2015r. (sygn. akt KIO 344/15). „Zamawiający, mając podstawy do unieważnienia postępowania, nie miał obowiązku badania i oceny ofert. Stałoby to bowiem w sprzeczności z racjonalnym działaniem. Skoro postępowanie podlega unieważnieniu, to trudno wymagać od zamawiającego, aby poświęcał czas i ponosił koszty na badanie i ocenę ofert, z których żadna w ostatecznym rozrachunku nie może być uznana za ofertę najkorzystniejszą” – zwróciła uwagę KIO w uzasadnieniu do tego orzeczenia.

Każde postępowanie przetargowe jest traktowane przez Zamawiającego indywidualnie. W niektórych postępowaniach zamawiający podejmuje decyzję o zwiększeniu kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w niektórych zaś decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Decyzje takie każdorazowo poprzedzone są analizą możliwości finansowych Zamawiającego określonych w budżecie. Zmiany w budżecie w zakresie przesunięcia środków oraz ewentualnego ich zwiększenia lub zmniejszenia dokonywane są w sposób racjonalny i uzasadniony. Zamawiający dokonał analizy możliwości zwiększenia kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W tym miejscu należy ponownie powołać się na wyrok KIO 823/14 zgodnie z którym:

„Pamiętać należy, że przepisy te nie umożliwiają wykonawcy, na etapie w jakim obecnie znajduje się postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone przez Zamawiającego w rozpoznawanej sprawie, badania rzeczywistych możliwości finansowych Zamawiającego, czy też podejmowania próby nakazania Zamawiającemu wydania na dane zamówienie kwoty wyższej niż pierwotnie zaplanowana. Taką właśnie próbę podjął Odwołujący – działanie to nie znajduje podstaw w ustawie Pzp. Uznanie zarzutów podnoszonych przez Odwołującego prowadziłoby do podważenia celowości ogłaszania bezpośrednio przed otwarciem złożonych Zamawiającemu ofert kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, tak jak to nakazuje art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. Do tej właśnie kwoty odnosi się przepis art. 94 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, stąd na tym etapie postępowania nie jest właściwym ustalanie i dowodzenie rzeczywistych możliwości finansowych Zamawiającego.

Dalej w w/w wyroku wskazano, że:

„Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przepis ten dopuszcza zatem wprost możliwość unieważnienia postępowania przez Zamawiającego, po samym tylko ustaleniu, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.”

Zamawiający nie rezygnuje z realizacji przedmiotu zamówienia i wskazuje, że nadal uważa jego wykonanie za celowe. Zamawiający jako gospodarz każdego z prowadzonych przez siebie postępowań jest uprawniony do podejmowania decyzji, które mogą być

odbierane przez Wykonawców jako arbitralne. Działa on jednak w oparciu i ramach przepisów, które na podjęcie takich decyzji pozwalają.

Zamawiający jako podmiot finansów publicznych analizując możliwość zwiększenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, kieruje się również zasadami określonymi w art. 44 ustawy o finansach publicznych:

„ 3. Wydatki publiczne powinny być dokonywane:

- 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:
 - a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,*
 - b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;**
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;*
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.”*

Zatem naruszeniem zasady celowości i oszczędności mogłoby być każdorazowe bezrefleksyjne, niejako automatyczne zwiększanie kwoty którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do wartości najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. art.93 ust.1 pkt.4 ustawy Pzp. Spełnione zostały obie przesłanki w nim określone, tj.

- cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę która zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (o czym wyżej) oraz
- wystąpiła okoliczność uniemożliwiająca Zamawiającemu zwiększenie kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty

Ustawa - Prawo zamówień publicznych uprawnia Zamawiającego do dokonania takiej czynności, jest to jednak ograniczone zasadami udzielania zamówień publicznych, wydatkowania środków publicznych i spełnieniem przesłanek ustawowych.

Z uwagi na fakt, że Zamawiający przestrzegał w przedmiotowym postępowaniu zasad, o których mowa powyżej i zostały spełnione przesłanki ustawowe, miał prawo, a jednocześnie obowiązek unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4) Pzp.

Zatem Zamawiający ocenił w sposób obiektywny przesłanki unieważnienia postępowania określone w art. 93 ust.1 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych i stwierdził, że nie może – nie ma możliwości zwiększenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert ustalonych w postępowaniu.

Zamawiający informuje, że na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawcom przysługuje odwołanie od czynności Zamawiającego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej w postaci papierowej albo w postaci elektronicznej, opatrzone odpowiednio własnoręcznym podpisem albo kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Otrzymują:

1. adresaci według rozdzielnika
2. a/a

KIEROWNIK
Zakładu Usług Komunalnych
w Ostrowie
Gubelmat
Marek Gubelmat

