

Ostrów, 27.01.2021 r.

według rozdzielnika

sygnatura: ZUK.261.1.6.2020

Dotyczy: unieważnienia postępowania przetargowego pn. *Rozbudowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Kozodrzy* prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego ogłoszonego w DUUE pod numerem Dz.U. UE S 2020/S 216-528693 (data 05.11.2020), ID postępowania nadane przez Miniportal: 3fbc1618-1891-4c7a-98dc-3af0766d19aa

Zamawiający Gmina Ostrów - Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie 39-103 Ostrów 225 unieważnia postępowanie przetargowe pn. **Rozbudowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Kozodrzy** na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29.01.2004r. – **cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.**

Uzasadnienie

Zamawiający z należytą starannością oszacował przedmiot zamówienia i określił go na wartość 7 113 821,14 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 **8 750 000,00 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”.

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 wykonawców przez jej upublicznieniem - bezpośrednio przed otwarciem ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Otwarcie ofert w przedmiotowym postępowaniu nastąpiło w dniu 15.01.2021 r. Zgodnie z art. 86. ust. 3 ustawy Pzp. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj 8 750 000,00 zł brutto.

Do postępowania wpłynęły oferty, zgodnie z poniższym zestawieniem:

Lp.	Nazwa (firma) oraz adres wykonawcy	cena	gwarancja i rękojmia za wady
1	EKOTECHNIKA Sp. z .o.o. ul. Bohaterów Getta 9 58-150 Strzegom,	9 961 770,00 zł	48 miesięcy gwarancji i rękojmi za wady
2	Eggersmann Anlagenbau GmbH Max-Planck Straße 15 33428 Marienfeld (Niemcy)	15.928.500,00 zł	48 miesięcy gwarancji i rękojmi za wady

Zamawiający pismem ZUK.261.1.6.2020 z dnia 25.01.2021 r. odrzucił ofertę EKOTECHNIKA Sp. z .o.o. ul. Bohaterów Getta 9,58-150 Strzegom na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp z powodu niezgodności oferty z SIWZ. W piśmie tym podano uzasadnienie z którego wynika, że Zamawiający w pkt 10.5 SIWZ wskazał dokumenty, które należy dołączyć do oferty: "Do wypełnionego i podpisanego Formularza OFERTY oraz Formularza OFERTY TECHNICZNEJ należy dołączyć (...)".

Ponadto Zamawiający w pkt 12.1 SIWZ zobowiązał Wykonawcę, aby wypełniając Formularz ofertowy oraz Formularz Oferty Technicznej zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik do niniejszej SIWZ określił cenę ryczałtową za wykonanie przedmiotu zamówienia. Do SIWZ dołączony był plik tekstowy zawierający zarówno Formularz ofertowy jak i Formularz Oferty Technicznej (zał 1,1a FORMULARZ OFERTY _OFERTY TECHNICZNEJ_05.11.2020).

Wykonawca EKOTECHNIKA Sp. z.o.o. ul. Bohaterów Getta 9, 58-150 Strzegom podczas składania ofert przekazał Zamawiającemu wyłącznie Formularz ofertowy - bez Formularza Oferty Technicznej. Zamawiający bezskutecznie podjął próbę odszukania pliku zawierającego Formularz Oferty Technicznej, w innej przeglądarce. Z treści SIWZ wynika jednoznacznie, że brakujący dokument był integralną częścią formularza oferty. Jednocześnie Formularz Oferty Technicznej nie podlega uzupełnieniu.

Po odrzuceniu oferty EKOTECHNIKA Sp. z .o.o. ul. Bohaterów Getta 9,58-150 Strzegom najkorzystniejsza była oferta Wykonawcy Eggersmann Anlagenbau GmbH Max-Planck Straße 15 33428 Marienfeld (Niemcy) za 15.928.500,00 zł.

W związku z faktem, że kwota oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający dokonał analizy możliwości jej zwiększenia o 7 178 500,00 zł. Po dokonaniu analizy finansowej, Zamawiający ustalił, że nie może zwiększyć środków na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający podjął działania w celu zwiększenia kwoty którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający pismem ZUK.300.2.2021 z 25.01.2021 r. zwrócił się do Wójta Gminy Ostrów o zagwarantowanie kwoty na sfinansowanie zamówienia. Gmina Ostrów pismem z 26.01.2021 r. wskazała jednoznacznie, że nie ma możliwości zagwarantowania kwoty w wysokości 7 178 500, 00 zł na realizację przedmiotowego zadania z powodu dużej ilości zadań przewidzianych w uchwale budżetowej do sfinansowania w bieżącym roku. Z treści pisma jednoznacznie wynika decyzja kierunkowa, zgodnie z którą przetarg powinien zostać powtórzony.

Oznacza to:

- brak zgody na zwiększenie kwoty którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,
- brak decyzji o usunięciu zadania z budżetu oraz
- podtrzymanie woli realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, zwracając się do Gminy Ostrów podjął faktyczne, udokumentowane działania zmierzające do zwiększenia kwoty którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - wykazał należyłą staranność w tym zakresie.

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 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 694/15 zauważyła, że „Celem postępowania o zamówienie publiczne nie jest nabycie przez jednostkę 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 ceny tych ofert, Izba uznała za niecelowe w orzeczeniu z 6 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 344/15) *"Zamawiający, mając postawy 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. 93 ust.1 pkt.4 ustawy Pzp. Spełnione zostały obie przesłanki w nim określone, tj.

- cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę którą 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.

KIEROWNIK
Zakładu Usług Komunalnych
w Ostrowie
Gubernat
Marek Gubernat

Otrzymują:

1. adresaci według rozdzielnika
2. a/a

