

Wyrok
z dnia 16 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 16 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2013 r. przez **Odwołującego - Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J..... W....., ul. Łokietka 4, 41-933 Bytom,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gmina Świętochłowice reprezentowana przez Prezydenta Miasta Świętochłowice, ul. Katowicka 54, 41-600 Świętochłowice, która na podstawie art. 16 ust. 1 Pzp prowadzi postępowanie w imieniu Gminy Chorzów; Gminy Ruda Śląska; Gminy Świętochłowice i Gminy Zabrze**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego – Gmina Świętochłowice reprezentowana przez Prezydenta Miasta Świętochłowice, ul. Katowicka 54, 41-600 Świętochłowice, która na podstawie art. 16 ust. 1 Pzp prowadzi postępowanie w imieniu Gminy Chorzów; Gminy Ruda Śląska; Gminy Świętochłowice i Gminy Zabrze** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J..... W....., ul. Łokietka 4, 41-933 Bytom** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.1 Zasądza od **Zamawiającego – Gmina Świętochłowice reprezentowana przez Prezydenta Miasta Świętochłowice, ul. Katowicka 54, 41-600**

Świętochłowice, która na podstawie art. 16 ust. 1 Pzp prowadzi postępowanie w imieniu Gminy Chorzów; Gminy Ruda Śląska; Gminy Świętochłowice i Gminy Zabrze na rzecz odwołującego - **Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J..... W....., ul. Łokietka 4, 41-933 Bytom** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00 gr) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Świętochłowice reprezentowana przez Prezydenta Miasta Świętochłowice, która na podstawie art. 16 ust. 1 Pzp prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Całoroczne letnie i zimowe utrzymanie drogi wojewódzkiej DW 902 (Drogowa Trasa Średnicowa) na terenie miast: Chorzów, Ruda Śląska, Świętochłowice, Zabrze” (nr sprawy: ZPU.271.23.2013), dalej zwane „Postępowaniem” w imieniu:

1. Gminy Chorzów;
2. Gminy Ruda Śląska;
3. Gminy Świętochłowice;
4. Gminy Zabrze

Odwołujący: J..... W..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „J..... W..... Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych ” w Bytomiu wniósł odwołanie od czynności i zaniechań podjętych w toku postępowania.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 86 ust. 3 Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania, pomimo iż cena oferty najkorzystniejszej nie przewyższa kwoty podanej przed otwarciem ofert, a którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
2. art. 86 ust. 3 Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 13 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. nr 223, poz. 1458), dalej „rozporządzenie w sprawie protokołu z postępowania”, poprzez naruszenie zasad sporządzania protokołu, tj. wpisanie do pkt 8 Protokołu z postępowania („Otwarcie ofert”) kwot dla poszczególnych Gmin, w sytuacji gdy kwoty te nie były podawane przed otwarciem ofert;

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Złożona przez odwołującego oferta została sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert. W wyniku bezzasadnego unieważnienia postępowania, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania

Zamawiającego oferta złożona przez Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Stosownie do treści art. 16 ust. 1 Pzp Gmina Świętochłowice została upoważniona przez Gminy: Chorzów, Ruda Śląska, Świętochłowice i Zabrze do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych (Rozdział 17 SIWZ).

Stosownie do treści art. 86 ust. 3 przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota ta wynosi: 1 169 285, 89 zł - i tylko ta kwota została podana wykonawcom przez Zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert.

Do upływu terminu składania ofert, swoje oferty złożyli wykonawcy: ZUKTZ z ceną oferty brutto 974 078, 00 zł i Zakład Robót Drogowych Orfin sp. z o.o. sp. k. z siedzibą Radzionkowie, zwana dalej „Ofrin”, z ceną oferty brutto 1 499 367, 28 zł.

W dniu 21 listopada 2013 r. Odwołujący został poinformowany o unieważnieniu przez Zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia zobowiązani byli do podania w formularzu cenowym cen również za utrzymanie drogi wojewódzkiej DW 902 dla każdej z Gmin: Chorzów, Ruda Śląska, Świętochłowice i Zabrze.

a. Z formularza ofertowego ZUKTZ, Zamawiający wywnioskował, że zaoferowane za utrzymanie drogi DW 902 ceny dla Gminy Chorzów i Ruda Śląska przekraczają zaplanowany budżet na realizację zamówienia.

b. W uzasadnieniu unieważnienia postępowania Zamawiający poinformował, że Gmina Chorzów wyraziła zgodę na zwiększenie budżetu, natomiast Gmina Ruda Śląska oświadczyła, że nie ma możliwości zwiększenia środków. Z powyższego Zamawiający wywiódł, iż oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Gmina Ruda Śląska zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia i uznał, że nie ma możliwości udzielenia przedmiotowego zamówienia, a postępowanie należy unieważnić.

II. W zakresie naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W uzasadnieniu unieważnienia postępowania, Zamawiający w sposób nieprawidłowy wskazał, iż zaistniała przesłanka unieważnienia postępowania ze względu na to, iż cena oferty najkorzystniejszej/ oferta z najniższą ceną przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Cena oferty Odwołującego (974 078, 00 zł brutto, na podstawie cen jednostkowych: 3,26 zł za 100 m² za utrzymanie w okresie letnim i 0,88 zł za 100 m² za utrzymanie w okresie zimowym) mieści się bowiem zarówno w kwotach ustalonych jako wartość szacunkowa zamówienia - 1 082 604, 28 zł netto, jak i w

podanej przed otwarciem ofert kwocie, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia -1 169 285,89 zł brutto.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena oferty najkorzystniejszej lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny oferty najkorzystniejszej. W przedmiotowej sprawie nie wystąpiła przesłanka unieważnienia postępowania.

a. Przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zostały enumeratywnie określone w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendae* nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Dotyczą one zdarzeń wyjątkowych i mogą mieć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach. Celem wszczętego postępowania jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Dlatego też ustawodawca w art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przewidział, iż unieważnienie postępowania bez zaistnienia przesłanki ku temu stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

b. Kwota, o której mówi art. 93 ust. 1 pkt 4 nie może być niższa niż kwota podana bezpośrednio przed otwarciem ofert - stosownie do treści art. 86 ust. 3 Pzp „Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”. Łączne odczytywanie powołanych przepisów jest uzasadnione w świetle wykładni językowej oraz systemowej. W art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, jak i w art. 86 ust. 3 Pzp ustawodawca posłużył się sformułowaniem *namierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia*, Redakcja ww. przepisów pozwala na stwierdzenie, że i w jednym i w drugim przypadku chodzi o tę samą kwotę, co powoduje, że przesłankę unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp należy odnieść do kwoty podanej przez Zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert na podstawie art. 86 ust. 3 Pzp (co również jednoznacznie przyznał sam Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania). Ponadto, w doktrynie wskazuje się, że przepis art. 86 ust. 3 wprowadzono do ustawy w celu wyeliminowania praktyk manipulowania tą kwotą i unieważniania na tej podstawie postępowania (por. J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 12, Warszawa 2013, Legalis). Powyższe zostało potwierdzone w orzecznictwie KIO:

Zamawiający nie może unieważnić postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty jest niższa niż kwota podana podczas otwarcia ofert (wyrok z dnia 6 sierpnia 2012, KIO 1582/12);

„Powyższe regulacje gwarantują wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pewność, co do kwoty podanej przez Zamawiającego przed otwarciem ofert. Chroni to wykonawców przed arbitralnymi decyzjami Zamawiającego w

trakcie oceny ofert w zakresie unieważnienia postępowania z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia. Należy przyjąć, iż kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jest przynajmniej kwotą minimalną, gwarantującą przejrzystość i jawność postępowania oraz służącą realizacji zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), znaną wykonawcom od momentu otwarcia ofert” (wyrok z 16 stycznia 2013 r., KIO KIO 2926/12).

c. Wprawdzie wykonawcy w postępowaniu zobowiązani byli do podania cen dla poszczególnych Gmin, jednakże ceny te nie stanowią ceny oferty (Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych). Ceną oferty jest cena 974 078, 00 zł. która mieści się w kwocie, która Zamawiający podał przed otwarciem ofert. Nie jest zasadne przyrównanie cen za utrzymanie drogi dla poszczególnych gmin z ceną oferty. W niniejszym postępowaniu, zamówienie nie zostało podzielone na części, dlatego cena oferty Odwołującego nie podlega „rozbiciu” i wynosi 974 078, 00 zł.

d. Podczas otwarcia ofert Zamawiający odczytał tylko ceny ofert i ceny jednostkowe za 100 m2 utrzymania drogi zaoferowane przez wykonawców. Ceny ZUKTZ i Ofirin za usługę utrzymania drogi dla poszczególnych z Gmin nie zostały odczytane. Reasumując, skoro cena oferty Odwołującego mieści się w podanej przed otwarciem ofert kwocie 1 169 285,89 zł, to unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi naruszenie wskazanego przepisu.

3. Należy dodać, że wykonawca nie miał możliwości zaoferowania różnych cen dla poszczególnych gmin. Stanowisko Odwołującego jest tym bardziej uzasadnione, iż zgodnie z załącznikami B-E do formularza ofertowego, cena jednostkowa powinna zostać przemnożona przez tę samą krotkość dla każdej gminy, tj. za oczyszczanie mechaniczne lub ręczne 100 m2 powierzchni drogi przez 35, a za zimowe utrzymanie drogi 100 m2na dobę przez 125. Przy przyjęciu tych samych wartości zaoferowanych cen jednostkowych niemożliwe jest przekroczenie budżetu Zamawiającego w odniesieniu do tylko niektórych gmin.

4. Istotne jest też to, że gmina Ruda Śląska utrzymanie DTŚ rozproszyła na trzy umowy: letnie utrzymanie, zimowe utrzymanie i awaryjna usługa. Rozliczenie tych prac jest uzależnione od faktycznych warunków. Zamówienie miało się rozpocząć 1 listopada 2013 r., gdzie były planowane usługi związane z zimowym utrzymaniem drogi. Do dnia 2 grudnia 2013 r. nie wystąpiły opady, a jedynie 4- krotne przymrozki, co oznacza, że 1/5 środków przeznaczonych na zimowe utrzymanie nie została wydana (w ocenie Odwołującego jest to kwota, która wystarczy na zabezpieczenie budżetu przez gminę Ruda Śląska).

5. Należy podkreślić, że przedmiot zamówienia (zakres usług) opisany w SIWZ był taki sam dla każdej z gmin, a wykonawca obliczając cenę swojej oferty nie wiedział o przyjętych przy szacowaniu wartości zamówienia ustaleniach.

III. W zakresie naruszenia zasad sporządzania protokołu.

1. Zamawiający przed otwarciem ofert, w dniu 7 października 2013 r. podał jedną kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwoty dla poszczególnych Gmin, na które powołuje się Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, nigdy wcześniej nie były ujawniane do wiadomości wykonawców, a zatem nie mogą stanowić podstawy do unieważnienia postępowania.

a. Stosownie do treści § ust. 1 pkt 13 rozporządzenia w sprawie protokołu z postępowania, protokół zawiera informacje o kwocie jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia lub części zamówienia.

Jak było wskazane powyżej pojęcie tej kwoty należy odnieść do kwoty, o której mowa w art. 86 ust. 3 Pzp (w niniejszym postępowaniu - 1 169 285, 89 zł).

b. Tymczasem, zgodnie z pkt 8 udostępnionego Odwołującemu Protokołu z postępowania: „bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 1 169 285, 89 zł stanowiącą sumę kwot jaką każdy Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Na kwotę 1 169 285, 89 zł składa się kwota zaplanowana przez Gminę Chorzów w wysokości 138 783, 74, Gminę Ruda Śląska w wysokości 181 896, 65 zł, Gminę Świętochłowice w wysokości 471 015 zł, Gminę Zabrze w wysokości 377 517, 24 zł.”

2. Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert nie podawał kwot zaplanowanych przez poszczególne Gminy. Skoro Zamawiający nie podawał ww. kwot, to nie powinien ich wpisywać do Protokołu postępowania (pkt 8 dotyczy „Otwarcia ofert”) a tym bardziej formułować na ich podstawie przesłanki do unieważnienia całego postępowania. Tym samym, Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 86 ust. 3 Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 13 rozporządzenia w sprawie protokołu z postępowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Powołał treść zawiadomienia z dnia 21 listopada 2013 r. o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. Wskazał, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone było w wyniku porozumienia czterech gmin zawartego dnia 8.03.2013 r., które udzieliły Gminie Świętochłowice pełnomocnictwa do prowadzenia postępowania. W porozumieniu ustalono, iż po wyborze najkorzystniejszej oferty, każdy z zamawiających zawrze odrębną umowę na utrzymanie (letnie i zimowe) drogi wojewódzkiej DW 902 z wyłonionym wykonawcą. Każdy z zamawiających zachował odrębność finansową posiadając własne środki pieniężne zabezpieczone na realizację zamówienia w zakresie świadczenia usługi dla danego zamawiającego. W porozumieniu, w § 6 ust. 2, wskazano, że kwota, która na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy zamawiający ma obowiązek podać

bezpośrednio przed otwarciem ofert, stanowić będzie sumę kwot, jaką każdy z zamawiających zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający zauważa, że odwołującemu znana jest treść porozumienia, w tym wskazanie, kto będzie zawierał umowy, a tym samym zaciągał zobowiązania w ramach środków budżetowych poszczególnych zamawiających. Stwierdza, że udzielający upoważnienia nie utracili statusu zamawiających w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy i ta okoliczność była i jest niesporna w sprawie.

Wskazał, że w niniejszym postępowaniu umowy poszczególnych zamawiających są umowami cząstkowym (z zakresem świadczenia przypadającym na każdego zamawiającego) i, które mają stanowić łącznie/razem realizację oferty złożonej w postępowaniu.

Zamawiający zauważa, że jako pełnomocnik pozostałych zamawiających nie miał możliwości prowadzenia postępowania jako dotyczącego zamówienia udzielanego w częściach, oznacza to także, że nie miał obowiązku podawania kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia przez poszczególnych zamawiających. Nie podawał kwot cząstkowych, gdyż naruszałoby to art. 86 ust. 3 ustawy pzp oraz przepisy dotyczące ofert częściowych.

Wskazał, iż formularzy ofertowych wynikało, że wykonawcy określali, jakie kwoty z wynagrodzenia ogółem przypadają na poszczególnych zamawiających, aby w razie wyboru oferty, każdy zamawiający mógł zabezpieczyć środki finansowe na realizację zamówienia.

Po otwarciu ofert zamawiający stwierdził, że w przypadku dwóch zamawiających tj. Gminy Chorzów oraz Ruda Śląska cena najniższa opiewa na kwotę wyższą od zaplanowanej kwoty. Jako prowadzący postępowanie podjął czynności zmierzające do uzyskania od tych zamawiających zgody na podwyższenie kwoty, jaką zamierzają przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający, którym jest Gmina Ruda Śląska, a która zamierzała przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 181.896,65 zł, nie miała możliwości zwiększenia zaplanowanych środków budżetowych o kwotę 77.012,81 zł wobec dysponowania ograniczonymi środkami w stosunku do pierwotnie zaplanowanych. Z uwagi na brak środków ten zamawiający nie może zawrzeć umowy nie posiadając pokrycia finansowego na zapłatę za usługi będące przedmiotem umowy.

Zamawiający zauważa przy tym, że decyzja o ewentualnym zwiększeniu kwoty na sfinansowanie zamówienia jest jego suwerenną decyzją i nie można jej zamawiającemu nakazać. Wskazał na orzecznictwo KIO i sądowe na gruncie art. 86 ust. 3 ustawy.

Zamawiający stwierdził, że skoro jeden z zamawiających nie dysponował kwotą wystarczającą na pokrycie ewentualnych zobowiązań, zaszła sytuacja uzasadniająca unieważnienie postępowania.

Ponadto zamawiający wskazał na brak kognicji Izby w zakresie naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Zamawiający stwierdził, że nie naruszył przepisów w zakresie prowadzenia protokołu postępowania, w którym wpisał kwotę, jaką ogłosił przed otwarciem ofert (zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy pzp), a ponadto podał kwoty, jakie planują wydatkować poszczególne gminy, co miało charakter informacyjny i nie podlegało ogłoszeniu. Ta ostatnia informacja została wpisana dla zachowania spójności protokołu z jego załącznikami, w tym porozumieniem, dokumentami z szacowania wartości zamówienia oraz informacji o kwotach przeznaczonych na realizację zamówienia.

W toku rozprawy strony przedstawiły następujące stanowiska.

Odwolujący stwierdził, iż z faktu prowadzenia przez zamawiającego zamówienia wspólnego, na podstawie art. 16 ustawy PZP nie wynika szczególne uprawnienie co do sposobu stosowania art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP. Zauważył także, iż wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie znali kwot, jakie poszczególne gminy przewidują na sfinansowanie zamówienia. Wskazał na postanowienia porozumienia zwartego między zamawiającymi 8 marca 2013 r., zgodnie z którym po wyborze najkorzystniejszej oferty każdy z zamawiających zawiera odrębną umowę z wybranym wykonawcą.

Zamawiający wskazał na specyfikę zamówienia, w którym status zamawiającego posiadają 4 gminy i zauważył, że przepis art. 93 ust 1 pkt 4 PZP ma zastosowanie do każdego zamawiającego. Stwierdził, że oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia zostało dokonane ze znacznym wyprzedzeniem przez wszystkich zamawiających, zatem nie ma mowy, by kwota ogłoszona w trybie art. 86 ust 3 PZP mogła być przedmiotem jakiegokolwiek manipulacji. Wskazał, że istotne jest stwierdzenie, czy zamawiający realnie dysponuje określoną kwotą, na sfinansowanie zamówienia. Wskazał wyrok KIO o sygn. akt KIO 2469/12. Zauważył także, że zamawiający jako jednostki samorządu terytorialnego i jednostki sektora finansów publicznych mają obowiązek stosowania przepisów ustaw, w tym także ustawy o finansach publicznych. Stwierdził, iż w istniejących okolicznościach nie ma możliwości zawarcia umowy z poszczególnymi podmiotami, a postępowanie zostało zasadnie unieważnione.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron, uwzględniając dokumentację postępowania, w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść protokołu postępowania, oferty odwołującego oraz czynności zamawiającego w toku badania i oceny ofert oraz biorąc pod uwagę stanowiska przedstawione do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy jest niesporny.

Stosownie do treści art. 86 ust. 3 ustawy pzp przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota ta wynosi: 1 169 285, 89 zł.

Odwołujący złożył ofertę z ceną brutto 974 078, 00 zł.

Zamawiający działający na zasadach art. 16 ust. 1 ustawy pzp w imieniu i na rzecz czterech gmin – miast na prawach powiatu, unieważnił postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. W uzasadnieniu wskazał, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia zobowiązani byli do podania w formularzu cenowym cen również za utrzymanie drogi wojewódzkiej dla każdej z Gmin tj. Chorzów, Ruda Śląska, Świętochłowice i Zabrze.

Z formularza ofertowego odwołującego, Zamawiający wywnioskował, że zaoferowane za utrzymanie drogi DW 902 ceny dla Gminy Chorzów i Ruda Śląska przekraczają zaplanowany budżet na realizację zamówienia. Gmina Chorzów wyraziła zgodę na zwiększenie budżetu, natomiast Gmina Ruda Śląska, jako jeden z czterech zamawiających oświadczyła, że nie ma możliwości zwiększenia środków. Z powyższego Zamawiający wywiódł, iż oferta z najniższą ceną tj. oferta złożona przez odwołującego przewyższa kwotę, którą Gmina Ruda Śląska zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia i uznał, że nie ma możliwości udzielenia przedmiotowego zamówienia, a postępowanie należy unieważnić.

Przepis 93 ust. 1 pkt 4 ustawy ustanawia przesłankę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Biorąc pod uwagę treść art. 86 ust. 3 ustawy pzp kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podlega ogłoszeniu przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert. Niesporne jest, że cena zaoferowana przez odwołującego jest niższa od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, stąd brak jest podstaw do zastosowania w niniejszym stanie faktycznym przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp.

Należy zauważyć, że zamawiający w toku postępowania nie wykazywał żadnych poza wyżej wskazaną, kwot, w tym nie informował wykonawców o wielkościach, jakie poszczególni zamawiający zamierzają przeznaczyć na ten zakres zamówienia, który fizycznie ich dotyczy stosownie do zawartego wcześniej porozumienia. Informację w tym zakresie pełnomocnik zawarł dopiero w piśmie uzasadniającym decyzję o unieważnieniu postępowania.

Biorąc pod uwagę, że przesłanki unieważnienia postępowania podlegają ścisłej interpretacji, a ogłoszenie kwoty przed otwarciem ofert służy przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia i ma charakter gwarancji dla wykonawcy, który oferuje cenę niższą od

tej kwoty, iż w takiej sytuacji postępowanie nie zostanie unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, orzeczono, jak w sentencji.

W świetle powyższego Izba stwierdziła w niniejszej sprawie naruszenie w postępowaniu przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 86 ust. 3 ustawy pzp polegające na zastosowaniu tych przepisów pomimo braku przesłanek.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

.....