

**WYROK  
z dnia 10 czerwca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2016 r. przez Odwołującego: W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W. S. FHU „STEMAR”, ul. Świętej Agaty 38, 84-123 Połchowo w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Domy Wczasowe WAM Sp. z o.o., ul. Syrokomli 6, 03-335 Warszawa.

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia przetargu w zakresie części/zadania nr 2,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Domy Wczasowe WAM Sp. z o.o., ul. Syrokomli 6, 03-335 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W. S. FHU „STEMAR”, ul. Świętej Agaty 38, 84-123 Połchowo tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego: Domy Wczasowe WAM Sp. z o.o., ul. Syrokomli 6, 03-335 Warszawa na rzecz Odwołującego: W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W. S. FHU „STEMAR”, ul. Świętej Agaty 38, 84-123 Połchowo kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

**Przewodniczący:.....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Domy Wczasowe WAM sp. z o.o., ul. Władysława Syrokomli 5, 03-335 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na Dostawy owoców i warzyw świeżych dla Oddziałów Domy Wczasowe WAM Sp. z o.o. - numer ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2016/S 056-093141 z dnia 17.02.2016 r.

W treści przedmiotowego ogłoszenia Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych i przewidział 13 części Zamówienia (ostatecznie w wyniku zmiany SIWZ pozostało wyodrębnionych 11 części). Wykonawca mógł złożyć ofertę na jedną, kilka, lub na wszystkie części Zamówienia.

Odwołujący: W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. S. FHU „STEMAR”, ul. Świętej Agaty 38, 84-123 Połchowo złożył dwie odrębne oferty w zakresie części 1 Zamówienia (której nie dotyczy niniejsze odwołanie) i części 2.

Przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował, iż na sfinansowanie części 2 Zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 715.095,00 zł brutto (pismo Zamawiającego z dnia 25 maja 2016 r. znak DW/PZP/272/4/2016).

Pismem z dnia 20 maja 2016 r. (znak DW/PZP/272/4/2016/2448) Zamawiający zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu postępowania w części 2 Zamówienia —tj. dostawy owoców i warzyw świeżych dla oddziału Rewita WDW Jurata na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp.

W zawiadomieniu wskazano, że cena oferty Odwołującego przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie Zamówienia oraz, że po przeanalizowaniu sytuacji finansowej nie może on zwiększyć środków na sfinansowanie Zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty.

Nie zgadzając się z powyższą decyzją Zamawiającego Odwołujący w dniu 30 maja 2016r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt.4 w zw. z art. 93 ust. 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części 2 w sytuacji, gdy złożona przez Odwołującego oferta, stanowiąca ofertę z najniższą ceną, nie przewyższała kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tej części zamówienia,

2) naruszenie art 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ocenę wystąpienia przesłanek unieważnienia postępowania określonych w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w odniesieniu do cen ofertowych obliczanych na podstawie cen jednostkowych ustalonych arbitralnie przez Zamawiającego w różnych wysokościach dla poszczególnych części zamówienia.

W związku z powyższym wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy owoców i warzyw świeżych dla Oddziałów Domy Wczasowe WAM Sp. z o.o. w części 2 (Dostawy owoców i warzyw świeżych dla Oddziału Rewita WDW Jurata),
2. nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty dotyczącej części 2 zamówienia,
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do niniejszego pisma na okoliczności wymienione w jego Uzasadnieniu,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów przedłożonego na rozprawie.

W swoim odwołaniu zwrócił uwagę, że Zamawiający nie jest uprawniony do unieważnienia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli nie wykáže, iż zachodzą przesłanki określone w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, który stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie 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.

Zdaniem Odwołującego analiza wystąpienia tej przesłanki powinna się opierać na porównaniu kwoty, którą zamawiający dysponuje na realizację zamówienia (w szczególności przewidzianej w planie finansowym jednostki zamawiającej) z wartością wynagrodzenia, jaką zamawiający będzie zobowiązany zapłacić wykonawcy w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty, a zatem z kwotą odpowiadającą rzeczywistemu kosztowi wykonania zamówienia.

Według Odwołującego Zamawiający powinien przerwać postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy okaże się, iż nie jest w stanie pokryć kosztów jego realizacji.

Podniósł również, że cena stanowi wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, uwzględniającą podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż, towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym.

Z powyższego Odwołujący wnioskował, że zarówno z wykładni gramatycznej, jak i celowościowej wynika, że unieważnienie postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp powinno nastąpić tylko w przypadku, gdy wysokość zobowiązania zamawiającego do zapłaty wynagrodzenia wykonawcy przewyższałaby kwotę, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Zauważył również, że zgodnie z ust. 3 Rozdziału XII SIWZ (Opis sposobu obliczania ceny): „Cena wpisana do formularza oferty musi wynikać z Wyliczenia zawartego w formularzu cenowym.”. Wykonawcy związali byli w związku z tym sposobem obliczenia wartości oferty określonym przez Zamawiającego w załączonych do SIWZ formularzach cenowych. Powyższe stanowisko – w ocenie Odwołującego - potwierdzają postanowienia Rozdziału X SIWZ (Opis sposobu przygotowania oferty) zgodnie z którymi, w formularzu ofertowym należało podać cenę ofertową brutto wynikającą z formularza cenowego, za wykonanie odpowiedniej części zamówienia, a ofertą musiała zawierać formularz oferty oraz formularz cenowy sporządzony na podstawie Wzoru stanowiącego załącznik od nr 8 do nr 20 SIWZ.

Odwołujący zaznaczył, że Formularze cenowe załączone do SIWZ wskazywały asortyment warzyw i owoców, które miały być przedmiotem poszczególnych części zamówienia oraz zakładane ilości dostaw w odniesieniu do każdej pozycji z asortymentu.

Zarzucił, że Wykonawcy nie mieli jednak pełnej swobody w określeniu ceny jednostkowej za dostawy dla każdej kategorii: warzyw i owoców, bowiem Zamawiający w formularzu cenowym narzucił już ceny jednostkowe netto dla każdej pozycji z asortymentu, która musiała być podstawą kalkulacji ceny ofertowej.

Wskazał również, że do uzupełnienia przez wykonawców pozostawały tylko procentowe wartości upustu lub marży dla danej pozycji formularza.

W związku z tym stwierdził, że kwota wynikająca z formularza ofertowego stanowi sumę wartości brutto każdej z pozycji z asortymentu, wynikającej z zastosowania do cen jednostkowych wskazanych przez Zamawiającego, zaoferowanych przez wykonawców stawek upustów lub marży, a zatem Wykonawca mógł wpływać na wysokość swojej oferty tylko i wyłącznie za pomocą wskazywanej w formularzu cenowym marży i upustów.

Zaznaczył również, że kwota wynikająca z formularza ofertowego musiała zostać podana w formularzu ofertowym składanym przez wykonawcę. Zgodnie z ust. 8 Rozdziału XII SIWZ, ceny jednostkowe nie ulegają zmianie przez okres realizacji umowy (tj. 24 miesiące), z zastrzeżeniem warunków i okoliczności zawartych we wzorze umowy (stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ).

Odwołujący stanął na stanowisku, że kluczowym dla oceny przedmiotowej sprawy jest fakt, iż Zamawiający narzucając wykonawcom sposób kalkulacji ceny ofertowej według formularza cenowego i określając arbitralnie wysokość cen jednostkowych za dostawy poszczególnych warzyw i owoców objętych przedmiotem zamówienia dla celów kalkulacji ceny ofertowej, przewidział całkowicie odmienny sposób określenia wysokości wynagrodzenia wykonawcy na etapie realizacji: zamówienia.

Powołał się przy tym na § 3 ust. 3 załączonego do SIWZ wzoru umowy zgodnie, z którym: „Cena produktów kształtować się będzie w oparciu o notowania średnich cen produktów na giełdzie warzywnej BRONISZE (strona internetowa [www.bronisze.com.pl](http://www.bronisze.com.pl)) w dniu dostawy, powiększone/pomniejszone o marżę/ upust zaoferowane przez Wykonawcę w formularzu cenowym. Każdorazowo Wykonawca zobowiązany jest załączyć do faktury dostawy wydruk aktualnych notowań z giełdy wraz z wyliczeniami średnich cen (cedułę). Zaoferowany(a) upust/marża pozostaje niezmienny(a) i będzie obowiązywał(a) w całym okresie ważności umowy na realizację przedmiotowego zamówienia.”.

Według Odwołującego wykonawcy wypełniając formularz cenowy o wartości upustów i marży, musieli mieć na względzie, iż powinny one zostać skalkulowane w taki sposób, aby zastosowane do cen hurtowych notowanych na giełdzie warzywnej Bronisze umożliwiły faktyczną realizację zamówienia i pokrycie wszystkich związanych z tym kosztów. W związku z tym, wartości upustów i marży odniesione do cen jednostkowych wskazanych dla celów kalkulacji przez Zamawiającego w formularzu cenowym, nie wyznaczały rzeczywistych cen jednostkowych należnych wykonawcy za dostawy w poszczególnych asortymentach.

Zarzucił, że Zamawiający całkowicie dowolnie określił wartość cen jednostkowych poszczególnych dostaw, w kwocie przewyższającej znacznie ceny rynkowe odnośnych owoców i warzyw, wobec czego obliczona, na ich podstawie, zgodnie z wymaganiami formularza cenowego, cena ofertowa nie odpowiadała realnej wartości Zamówienia, ani nie stanowiła kwoty wynagrodzenia należnego wykonawcy za realizację dostaw. Ustalone przez Zamawiającego ceny jednostkowe po zastosowaniu oferowanych przez Wykonawców upustów i marż mogły służyć określeniu jedynie pewnej: hipotetycznej wartości, która obliczona według takich samych zasad mogła służyć porównaniu ofert oraz wyborowi oferty najkorzystniejszej.

Jego zdaniem w żadnym stopniu cena ta nie odzwierciedlała wartości wynagrodzenia należnego wykonawcy za wykonanie Zamówienia i w konsekwencji nie stanowi ceny w rozumieniu art. 2 pkt 1) PZP.

Wskazał przy tym, że słuszność powyższych ustaleń potwierdził sam Zamawiający w treści SIWZ, oświadczając w ust. 11 Rozdziału XII SIWZ, że: „Cena oferty nie stanowi wynagrodzenia Wykonawcy, lecz służy jedynie do porównania złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej”.

Odwołujący przyjął zapatrywanie, że cena ofertowa, służąca jedynie porównaniu złożonych ofert, nie powinna być uwzględniana przy analizie występowania przesłanki do unieważnienia postępowania przewidzianej w art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.

Zwrócił przy tym uwagę, że cena wskazana w ofercie Odwołującego nie określa kwoty należnego mu wynagrodzenia i nie pozwala również na określenie wielkości kosztów, jakie Zamawiający może realnie ponieść w związku z realizacją Zamówienia.

Odwołujący uważał, że Zamawiający sam w Rozdziale XII ust. 11 SIWZ określił cel, któremu miała służyć kalkulacja ceny ofertowej według jego wytycznych, a ze względu na jej oderwanie od sposobu ustalania wynagrodzenia wykonawcy i od rzeczywistych cen występujących na rynku, tak określona cena ofertowa nie może być przyjmowana do porównania z kwotą środków przeznaczonych za realizację Zamówienia.

Odwołujący zauważył również, iż jednostkowe ceny za towary (tj. owoce i warzywa) zostały przez Zamawiającego ustalone arbitralnie w formularzu cenowym (ust. 3 Rozdział XII SIWZ), przy czym ceny większości towarów objętych Zamówieniem zostały zawyżone w stosunku do realnych cen rynkowych, co ma istotny wpływ na wysokość ceny ofertowej i jest czynnikiem całkowicie niezależnym od Odwołującego.

Powyższe, w ocenie Odwołującego - potwierdza porównanie cen netto wskazanych do kalkulacji oferty przez Zamawiającego oraz przeciętnych cen produktów w transakcjach zawieranych na terenie Rynku Hurtowego Bronisze (dalej także „BRONISZE”) ustalonych na podstawie informacji ze strony internetowej [www.bronisze.com](http://www.bronisze.com), które zgodnie z § 3 ust. 3 stanowiącego załącznik do SIWZ wzoru umowy, mają stanowić podstawę ustalenia cen produktów dostarczanych w ramach realizacji Zamówienia. W wielu przypadkach ceny przyjęte w formularzu ofertowym przekraczają nie tylko ceny przeciętne, ale nawet maksymalne ceny notowane na giełdzie.

Dla zobrazowania opisanego wyżej stanu rzeczy Odwołujący wskazał na przykładowe różnice w cenach jednostkowych następujących produktów (według notowań na dzień 11 kwietnia 2016 r., w którym to dniu upływał termin składania ofert):

- cebula czerwona - cena przyjęta w formularzu cenowym to 3 zł/kg, podczas gdy przeciętna cena na giełdzie to 2,40 zł/kg, a cena maksymalna - 2,60 zł/kg,
- por - ceny przyjęta w formularzu cenowym to 5 zł/kg, podczas gdy przeciętna cena na giełdzie to 3,40 zł/kg, a cena maksymalna - 3,60 zł/kg,
- seler - cena przyjęta w formularzu cenowym to 5 zł/kg, podczas gdy, przeciętna cena na giełdzie to 2,85 zł/kg, a cena maksymalna - 3 zł/kg,
- sałata masłowa - cena przyjęta w formularzu cenowym to 8 zł/kg, podczas gdy przeciętna cena na giełdzie to 2,00 zł/kg, a cena maksymalna - 3,17 zł/kg,
- pieczarki - cena przyjęta w formularzu cenowym to 8 zł/kg, podczas gdy przeciętna cena na giełdzie to 5 zł/kg, a cena maksymalna - 6,50 zł/kg,
- brukselka cena przyjęta w formularzu cenowym to 5 zł/kg, podczas gdy przeciętna cena na giełdzie to 3,50 zł/kg, a cena maksymalna - 4,00 zł/kg

Podkreślił przy tym, iż istotne różnice pomiędzy ceną jednostkową przyjętą do kalkulacji w formularzu cenowym dla części 2 Zamówienia, a przeciętną ceną odnotowaną na giełdzie towarowej występują także wśród tych warzyw, których Zamawiający przewidywał dostawy w największej ilości.

Wskazał, że przykładowo cena jednostkowa w formularzu cenowym pomidorów to 10,00 zł/kg, a przeciętna cena na giełdzie BRONISZE w dniu 11 kwietnia 2016 r. to 6,00 zł/kg w przypadku warzyw importowanych i 7,00 zł/kg w przypadku pomidorów krajowych, natomiast cena ogórków przyjęta przez Zamawiającego do kalkulacji to 8,00 zł/kg, przy przeciętnej cenie ogórków spod osłon odnotowanej na giełdzie w wysokości 4,50 zł/kg. (informacja o notowaniach na Rynku Hurtowym Bronisze z dnia 11 kwietnia 2016 r. dostępna na stronie [www.bronisze.com.pl](http://www.bronisze.com.pl)).



Powyższe prowadzi do sytuacji – według zapatrywania Odwołującego, iż niezależnie od możliwych zmian na rynku hurtowym cen poszczególnych owoców i warzyw, w szczególności w związku z sytuacją rynkową i cyklami produkcji w ciągu roku, cena ofertową skalkulowana na podstawie formularza cenowego w sposób znaczący odbiega od wysokości wynagrodzenia, jaką wykonawca byłby w stanie uzyskać za realizację Zamówienia, ustalonego zgodnie z § 3 ust. 3 wzoru umowy załączonego do SIWZ.

W ocenie Odwołującego, aby prawidłowo ocenić wystąpienie w przedmiotowej sprawie przesłanek do unieważnienia postępowania przewidzianych w art. 93 ust.1 pkt 4) ustawy Pzp, kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie części 2 Zamówienia należało porównać z ceną za jej wykonanie, wynikająca z oferty Odwołującego w zakresie zaproponowanych stawek marży oraz średnich cen produktów notowanych na giełdzie BRONISZE, zgodnie ze sposobem obliczania wynagrodzenia wykonawcy przewidzianym we wzorze umowy.

W związku z tym, że Zamawiający nie określił daty, z której notowania na wskazanej wyżej giełdzie miałyby stanowić podstawę obliczenia potencjalnej wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w ocenie Odwołującego należy w tym przypadku przyjąć, jako najbardziej miarodajne ceny odnotowane w dniu, w którym upływał termin składania ofert, tj. ceny z notowania w dniu 11 kwietnia 2016 r.

Odwołujący oświadczył, że dokonał obliczenia ceny wynikającej z jego oferty, jako wysokości wynagrodzenia za wykonanie całości dostaw objętych częścią 2 Zamówienia, w oparciu o zaoferowane stawki marży i ceny jednostkowe towarów wynikające z przeciętnych cen odnotowanych na giełdzie BRONISZE we wskazanej wyżej dacie, w wyniku czego ustalił jej wartość na kwotę 615.125,68 zł brutto.

Podniósł, że jest ona znacznie niższa od kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowej części zamówienia, a zatem sumy 715.095,00 zł brutto.

Mając na uwadze powyższe, argumentował, że Zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia postępowania w zakresie części 2 Zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.

;

Aby zobrazować znaczące różnice pomiędzy ceną ofertową obliczoną według wymagań Zamawiającego na podstawie formularza cenowego załączonego do SIWZ a maksymalnym kosztem realizacji części 2 Zamówienia (wynikającym z mechanizmu

obliczania faktycznego wynagrodzenia wykonawcy), występujące niezależnie od zmian cen produktów na giełdzie towarowej BRONISZE, Odwołujący przeliczył również wartość złożonej oferty według przeciętnych cen notowanych na giełdzie w dniu 20 maja 2016 r. (data zawiadomienia o unieważnieniu przez Zamawiającego postępowania dotyczącego wskazanej części Zamówienia) oraz w dniu 12 listopada 2015 r. (najwcześniejszy moment, w którym przed wszczęciem postępowania Zamawiający mógł ustalić wartość szacunkową Zamówienia).

W pierwszym przypadku Odwołujący uzyskał kwotę 709.341,59 zł, a w drugim kwotę 639.117,81 zł.

Powyższe, jego zdaniem potwierdza, iż przy prawidłowym określeniu ceny za wykonanie dostaw objętych zakresem części 2 Zamówienia, jej wysokości nie przekracza kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. (kalkulacje wartości oferty Odwołującego na podstawie cen notowanych na giełdzie BRONISZE w dniu 12 listopada 2015 r. oraz 20 maja 2016 r. wraz z informacjami o notowaniach).

Dodatkowo zaznaczył, iż przedstawione kalkulacje wysokości wynagrodzenia Odwołującego za realizację części 2 zamówienia, wyznaczają jego maksymalną wysokość, która w praktyce nie zostanie osiągnięta.

Stwierdził przy tym, iż nie jest prawdopodobne, aby w okresie realizacji Zamówienia Zamawiający wyczerpał w pełni ilości towarów wskazane w poszczególnych asortymentach w formularzu cenowym, bowiem dostawy poszczególnych produktów są uzależnione od aktualnych potrzeb ośrodków wypoczynkowych prowadzonych przez Zamawiającego.

Ponadto zauważył, że ze względu na sezonowość funkcjonowania ośrodków w Juracie, większość dostaw będzie realizowana w miesiącach letnich, kiedy ceny owoców i warzyw na rynku hurtowym będą jeszcze niższe niż przyjęte przez Odwołującego do dokonanej kalkulacji wartości oferty. Powyższe wynika z doświadczenia Odwołującego nabytego przy wykonywaniu na rzecz Zamawiającego zamówienia na dostawy owoców i warzyw do kuchni tego samego ośrodka, co w przypadku części 2 Zamówienia, w oparciu o umowę nr 65/2014/WDW-J z dnia 2 czerwca 2014 r.

Reasumując stwierdził, iż z porównania kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie części 2 Zamówienia oraz ceny za wykonanie tej części, obliczonej zgodnie z § 3 ust. 3 wzoru umowy (w oparciu o jednostkowe ceny rynkowe produktów objętych zakresem dostaw oraz wysokość marż przewidzianych w ofercie

Odwołującego) wynika: jednoznacznie, iż brak było w analizowanym przypadku podstaw do unieważnienia postępowania.

Wywodził, że ocena wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp powinna odnosić się przy tym do ceny najkorzystniejszej oferty, jako łącznej wysokości wynagrodzenia (realnego kosztu), które może obciążać Zamawiającego w związku z realizacją zamówienia.

Zamawiający nie był uprawniony – według Odwołującego - do unieważnienia postępowania w zakresie części 2 Zamówienia, z tego względu, że kwota wskazana w ofercie Odwołującego przewyższała kwotę przeznaczoną na realizację wskazanej części Zamówienia.

Wskazał, że cena podana w formularzu ofertowym Odwołującego miała charakter czysto poglądowy (tj. orientacyjny) i nie odzwierciedlała realnego kosztu realizacji Zamówienia, odbiegając znacznie od wysokości wynagrodzenia, jakie mogłoby przysługiwać Odwołującemu zgodnie z postanowieniami wzoru umowy w sprawie Zamówienia.

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający ustalając w formularzu cenowym arbitralnie ceny jednostkowe za towary stanowiące przedmiot dostaw, różnicował ich wysokość w odniesieniu do poszczególnych części zamówienia. Przykładowo dla części 2 Zamówienia ceny jednostkowe za pomidory i ogórki zostały ustalone odpowiednio w wysokości 10,00 zł/kg i 8,00 zł/kg, podczas gdy w formularzu cenowym dla części 3 przewidziano do kalkulacji cenę za pomidory w kwocie 3,15 zł/kg, a cenę jednostkową za ogórki w kwocie 2,52 zł/kg.

Powyższe może w - ocenie Odwołującego - prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji. W razie przyjęcia za punkt odniesienia do oceny wystąpienia podstaw do unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia publicznego na gruncie art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp ceny ofertowej obliczonej w oparciu o narzucone przez Zamawiającego ceny jednostkowe, sytuacja oferentów w zakresie decyzji Zamawiającego o udzieleniu zamówienia lub unieważnieniu postępowania może być w sposób nieuzasadniony różnicowana.

Zauważył, że w przypadku części zamówienia, dla której Zamawiający przewidział znacznie wyższe stawki jednostkowe do obliczenia, ceny ofertowej niż w przypadku innych części zamówienia istnieje znacznie większe ryzyko unieważnienia postępowania, wobec

przyjęcia, że wysokość najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę przeznaczoną na sfinansowanie danej części zamówienia.

Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu różnicowanie wysokości cen jednostkowych za dostawy poszczególnych produktów w formularzach cenowych dla różnych części zamówienia nie ma żadnego merytorycznego uzasadnienia, bowiem niezależnie od wysokości ceny ofertowej, wykonawcom każdej z części Zamówienia przysługiwać będzie wynagrodzenie obliczone w ten sam sposób przewidziany w § 3 ust. 3 wzoru umowy, na podstawie ceny z notowań na giełdzie BRONISZE.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, odwołania, pisma Dyrektora Oddziału WDW Jurata z dnia 2 maja 2016r., pisma z dnia 9 maja 2016r. Zespołu ds. Zamówień Publicznych, zawiadomienia Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20.05.2016r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 9 czerwca 2016r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.93 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do podjęcia czynności unieważnienia przedmiotowego przetargu na zasadzie art.93 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że w zakresie spornej części/zadania nr 2 Zamawiający wprowadził w na str.2 protokołu przedmiotowego postępowania wartość udzielanego zamówienia na kwotę 715 095 zł brutto.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowej części/zadania nr 2 w tej samej wysokości, co wynika z zapisu na stronie 8 powyższego protokołu.

Stosownie do przepisu art. 86 ust. 3 ustawy Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Nadto, Izba ustaliła, że z zestawienia ofert(strona 9 protokołu) wynika, że w zakresie omawianej części/zadania wpłynęła jedna oferta złożona w wymaganym terminie tj. oferta Odwołującego z ceną brutto w wysokości 846 716, 92 zł.

Poza tym Izba stwierdziła również, że Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20 maja 2016r. dla części 2 – Jurata poinformował, że na podstawie art.93 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp unieważnił postępowanie w tej części. Jako uzasadnienie podał, że cena oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Powiadomił również, że po dokonaniu analizy finansowej, Zamawiający ustalił, że nie może zwiększyć środków na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty.

W myśl przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie 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.

Zdaniem Izby powyższa czynność Zamawiającego jest prawnie dopuszczalna jedynie w warunkach wystąpienia przesłanek określonych w tym przepisie.

Pierwsza z nich to sytuacja, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która w rozpoznawanej sprawie zaistniała.

Druga zaś to okoliczność uniemożliwiająca Zamawiającemu zwiększenie kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Obowiązek wykazania powyższej przeszkody spoczywa na Zamawiającym.

Z akt sprawy odwoławczej wynika, że pismem z dnia 9 maja 2016r. Zespół ds. Zamówień Publicznych skierowanym do Zarządu Domów Wczasowych WAM zwrócił się do Dyrektorów czterech Oddziałów(Sopot, Zakopane, Niedzica, Solina), gdzie nastąpiło przekroczenie kwoty środków przeznaczonych na realizację zamówienia o stanowisko w sprawie podwyższenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia oraz ustalenie, z jakiej pozycji Planu Finansowego mogłoby nastąpić potencjalne przesunięcie. Wszyscy kierownicy tych jednostek organizacyjnych zawnieśli o zwiększenie środków finansowych.

Jednocześnie w tym samym piśmie z uwagi na pilną potrzebę zawarcia umów w przedmiotowym zakresie oraz reakcją rynku i brak woli obniżenia cen ofertowych Zespół ds. Zamówień Publicznych zwrócił się z prośbą o udzielenie zgody Kierownika Zamawiającego na zwiększenie kwoty środków przeznaczonych na realizację zamówienia.

Izba ustaliła również, że w piśmie z dnia 2 maja 2016r. Dyrektora Domów Wczasowych sp. z o.o. Oddział WAM Jurata skierowanym do Kierownika Zamawiającego oświadczone, że Oddział nie będzie zwracać się o zwiększenie środków finansowych na sfinansowanie spornego zamówienia wskazując brakującą kwotę: 131 621, 92 zł. Zawnieśli on również o unieważnienie przedmiotowego przetargu w tej części/zadaniu.

Na podstawie powyższych dowodów Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie wykazał przesłanki związanej z okolicznością braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty.

Na rozprawie Zamawiający przyznał, że dokument analizy nie powstał, pomimo, że powiadomił wykonawcę o dokonaniu analizy finansowej.

Powyższy stan rzeczy – według zapatrywania Izby – nie uprawniał Zamawiającego do zastosowania przepisu art.93 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp i unieważnienia przetargu, skoro ten nie podjął żadnych zabiegów zmierzających do zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację spornej części/zadania.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:.....**