

Kraków, dnia 22 lipca 2022r.

Adresat:

1. **STAR-KOP STAL Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 7, 32-070 Czernichów**
2. **„SAMBUD” Józef Paryl, Węglówka 72, 32-412 Wiśniowa**
3. **RAVTAL Sp. z o.o., Sp.K., ul. Prof. W. M. Bartla 19D/24, 30-389 Kraków**

Dotyczy: postępowania nr NP.26.2.39.22.UK, którego przedmiotem jest wyłonienie Wykonawcy robót budowlanych związanych budową, przebudową i modernizacją chodników na terenach zielonych Dzielnicy III Prądnik Czerwony w Krakowie, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie.

**Zawiadomienie
o unieważnieniu postępowania**

Szanowni Państwo,

Zamawiający zawiadamia, iż z uwagi na zaistnienie okoliczności, które wypełniają dyspozycję wynikającą z art. 255 pkt 3) ustawy Pzp, zobowiązany jest do unieważnienia postępowania, ponieważ cena oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza i może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający odstąpił od oceny oferty, z uwagi na konieczność unieważnienia postępowania w oparciu o wyżej powołaną podstawę prawną i faktyczną.

Ponadto Zamawiający informuje, iż działając na podstawie art. 226 pkt 3) i pkt 6) ustawy Pzp, odrzucił z postępowania ofertę **Wykonawcy RAVTAL Sp. z o.o., Sp.K., ul. Prof. W. M. Bartla 19D/24, 30-389 Kraków**, ponieważ jest ona niezgodna z przepisami ustawy, jak i nie została sporządzona w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez Zamawiającego.

Dziękujemy za złożenie ofert i zawiadamiamy, iż Zamawiający ogłosi ponowne postępowanie na powyższy zakres przedmiotowy, niezwłocznie o czym Państwa zawiadomi zgodnie z art. 262 ustawy Pzp.

Uzasadniając swoją decyzję o odrzuceniu ofert Zamawiający wskazuje, iż Wykonawca **RAVTAL Sp. z o.o., Sp.K., ul. Prof. W. M. Bartla 19D/24, 30-389 Kraków**, złożył ofertę w formie plików pdf. Natomiast Formularz oferty wraz z załącznikami zostały podpisane za pomocą tradycyjnego podpisu, a następnie zeskanowane i złożone przy użyciu miniPortalu i ePUAPu, co jest niezgodne z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w pkt 12) 6. SWZ, tj.: *„Ofertę z załącznikami sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym”*. Zwracamy uwagę na pełną elektroniczność zamówień publicznych od 1 stycznia 2021r.

W przypadku oferty złożonej przez wyżej wymienionego Wykonawcę nie została ona podpisana zgodnie z wymaganiami wynikającymi z ustawy i opisanymi w

treści SWZ przez Zamawiającego. Dlatego też, są to oświadczenia woli Wykonawców, które nie mogą być uznane za prawidłowe i ważne, z uwagi na to iż nie są prawidłowo podpisane.

Zgodnie z art. 63 ust. 2 ustawy Pzp: „W postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym”. Tak więc forma sporządzenia oferty przez Wykonawcę **RAVTAL Sp. z o.o., Sp.K.**, ul. Prof. W. M. Bartla 19D/24, 30-389 Kraków, jest sprzeczna z przywołanym przepisem ustawy.

Stanowisko Zamawiającego potwierdza orzecznictwo, w tymi między innymi aktualny również w obowiązującym obecnie stanie prawnym wyrok KIO z dnia 25.02.2019r. (KIO 221/19), w którym wyrażono iż „(...) W przypadku, gdyby oferta została sporządzona odręcznie, podpisana, a następnie zeskanowana, jednakże nieopatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym – to nie można w żadnym wypadku stwierdzić, że tak powstały dokument nosi jakiegokolwiek cechy formy pisemnej. Zgodnie z art. 78 §1 KC, aby mówić o formie pisemnej dokumentu należy złożyć własnoręczny podpis na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Skan takiego dokumentu stanowi zatem co najwyżej kopię rzeczywiście istniejącego dokumentu sporządzonego w formie pisemnej. Nie zmienia to jednak faktu, że taki dokument stanowi dokument elektroniczny – a opatrzenie go odpowiednim podpisem elektronicznym powoduje, że taki dokument przyjmuje postać o której mowa w art. 10a ust. 5 p.z.p.(...)”.

Zdaniem Zamawiającego ewentualne uzupełnienie, czy też poprawienie oferty, na przykład poprzez uzupełnienie właściwego podpisu albo ponowne złożenie prawidłowo podpisanej oferty, byłoby uznane za niedopuszczalne negocjacje dotyczące treści złożonej oferty lub jej istotne zmiany i doprowadziłoby *de facto* do zmiany treści oferty lub złożenia nowej oferty. W świetle art. 223 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcami negocjacji dotyczących złożonych ofert oraz, z uwzględnieniem wyjątków wynikających z ustawy, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w ich treści. Takie działanie doprowadziłoby również do naruszenia zasad wynikających między innymi z art. 16 ustawy Pzp, tj. złamania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Stanowisko Zamawiającego jest uzasadnione również w tezach wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.04.2015r. (KIO 748/15), który nadal należy uznać za aktualny w stanie prawnym wynikającym z nowej ustawy Pzp, gdzie Izba wyraziła pogląd, że: „(...) Nie ulega wątpliwości, że formularz ofertowy nie należy do katalogu oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp a zatem nie może być w tym trybie uzupełniony czy poprawiony. Z kolei przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, którego zastosowania domaga się odwołujący, pozwala na poprawienie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. W przypadku braku podpisania formularza oferty nie zachodzi omyłka o jakiej mowa w tym przepisie, bowiem oferta niepodpisana jest z mocy prawa nieważna, nie wywołuje skutków prawnych a przepisy ustawy Pzp nie przewidują w tym przypadku możliwości konwalidacji braku zachowania formy pisemnej. W konsekwencji stwierdzić należy, że czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1

pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na brak własnoręcznego podpisu na formularzu ofertowym tj. brak zachowania wymaganej pod rygorem nieważności formy pisemnej, była prawidłowa (...)”.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający podjął decyzję w oparciu o powołane w niniejszym piśmie podstawy prawne i faktyczne o odrzuceniu oferty Wykonawcy **RAVTAL Sp. z o.o., Sp.K.**, ul. Prof. W. M. Bartla 19D/24, 30-389 Kraków, a słuszność decyzji Zamawiającego potwierdza także wyrok KIO 599/19 z dnia 19.04.2019r., którego tezy zachowują również aktualność w obowiązującym aktualnie stanie prawnym, tj. „(...) W konsekwencji powyższego – mając na uwadze, że zgodnie z art. 10 ust. 5 p.z.p. oferty sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym – odwołujący nie dochował wymogu tej normy, co powoduje, że oferta jest niezgodna z ustawą, o czym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. (...)”.

Dlatego też, w ocenie Zamawiającego, w opisanym stanie faktycznym i prawnym, bezsprzecznie zachodzą przesłanki wypełniające dyspozycję wynikającą z art. 226 ust. 1 pkt 3) i 6) ustawy Pzp. W konsekwencji ofertę wskazanego Wykonawcy należało odrzucić.

Zamawiający wskazuje również, iż na realizację zamówienia przeznaczył kwotę: 139.999,99 zł brutto.

Natomiast w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły 3 oferty, w tym oferta nr 1 firmy **STAR-KOP STAL Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 7, 32-070 Czernichów**, oferująca przedmiot zamówienia za cenę 167.300,91 zł brutto oraz oferta nr 2 firmy **„SAMBUD” Józef Paryl, Węglówka 72, 32-412 Wiśniowa** oferująca przedmiot zamówienia za cenę 176.982,18 zł brutto. Kwoty pozostałych złożonych ofert przewyższają znacznie kwotę, jaką Zamawiający zamierza i może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Dlatego też, Zamawiający zobowiązany był do unieważnienia postępowania.

Stanowisko Zamawiającego potwierdza liczne orzecznictwo, w tymi między innymi aktualny również przez analogię w obowiązującym obecnie stanie prawnym, przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.03.2009r., sygn. akt KIO/UZO 281/09, w którym czytamy, że: „(...) Reasumując Izba postanowiła oddalić odwołanie, ponieważ w przedmiotowej sprawie uznała, że wystąpiły przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy nakazujące Zamawiającemu unieważnienie postępowania, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W praktyce zamówień publicznych, na podstawie różnic w sformułowaniach odnoszących się do kwot finansowania zamówienia, w wyżej zacytowanych przepisach artykułów 86 ust. 3 i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, dopuszcza się możliwość zwiększania kwot na zamówienia przez zamawiających po otwarciu ofert. W ocenie Izby przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy nie nakłada na zamawiających takiego obowiązku, a jedynie daje im takie prawo, w zależności od oceny przez nich swojej sytuacji finansowej (...)”.

Takie samo stanowisko można znaleźć w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.06.2011r. (KIO 1206/11), w którym orzeczono, że „Podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. Wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne, należy traktować 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. Przyrzeczenie to ma jednak charakter warunkowy uzależniony od tego czy wielkość kwoty wynikająca z oferty najkorzystniejszej lub oferty z najniższą ceną jest niższa lub co najwyżej równa kwocie którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jeżeli cena najkorzystniejszej oferty mieści się w kwocie podanej przed otwarciem ofert, Zamawiający nie może unieważnić postępowania z powodu braku środków. Obowiązek podania tej kwoty ma zapobiegać sytuacjom, w których zamawiający mógłby unieważnić z przyczyn tylko jemu wiadomych, pod pretekstem braku środków finansowych (...) Odnośnie podnoszonego przez odwołującego zarzutu odwołania dotyczącego nie wykazania przez Zamawiającego, że może on przeznaczyć na realizację zamówienia jedynie kwoty podane przed otwarciem ofert. To Izba stwierdza, że jest to główny zarzut odwołania i zdaniem Izby brak jest podstaw na jego uwzględnienie. Zarzut odwołania opierał się na błędnej przesłance, że Zamawiający miał możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, a co najmniej, że nie udowodnił iż takiej możliwości nie posiadał. Na wstępie Izba zaznacza, że z przepisów ustawy p.z.p. nie wynika, że Zamawiający przed unieważnieniem postępowania w sytuacji zaistnienia przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. jest zobowiązany do podjęcia starań celem uzyskania dla realizacji zamówienia, większych środków niż te które wskazał kwotowo bezpośrednio przed Otwarcie ofert. Za wyrokiem KIO/UZP 281/09 Izba potwierdza, że Odwołujący nie ma skutecznego prawa domagania się zwiększenia środków finansowych na przedmiotowe zamówienie, a tym samym brak jest podstaw do przeprowadzania w tym zakresie postępowania dowodowego, na okoliczność czy Zamawiający posiada wolne środki finansowe, które powinien przeznaczyć na objęte przedmiotem sporu zamówienie. Tylko od decyzji Zamawiającego zależy czy może przeznaczyć większe środki finansowe niż podane na otwarciu ofert. Możliwość zwiększenia środków finansowych na realizację zamówienia jest zawsze suwerennym prawem Zamawiającego, a jego decyzja w tym zakresie jest poza kognicją Izby. Jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to zgodnie z przepisem art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Zamawiający winien unieważnić postępowanie, (wyrok KIO/UZP/107/08). Ochrona wykonawców w tym zakresie działa tylko w jedną stronę, co oznacza że nie można unieważnić postępowania, gdy cena najkorzystniejszej oferty jest niższa lub równa kwocie podanej na otwarciu ofert zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Poza kompetencją Izby jest również możliwość badania sytuacji finansowej Zamawiającego w zakresie możliwości zwiększenia kwoty podanej przez Zamawiającego na otwarciu ofert.”.

Natomiast w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.05.2015r. (KIO 961/15), Izba wyraziła pogląd, że „Art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, 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. Spór pomiędzy stronami dotyczył interpretacji powyższej regulacji. Izba podziela w całości stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego. Wskazać należy po pierwsze, że w niniejszej sprawie ceny zaoferowane przez wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty na realizację zamówienia przewyższają kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Okoliczności ta była bezsporna pomiędzy stronami. Odwołujący podnosił natomiast, że Zamawiający dysponuje dodatkowymi środkami na sfinansowanie zamówienia, a w konsekwencji unieważnienie postępowania było

niedopuszczalne. Wskazał ponadto, że kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia rażąco odbiegała od wartości rynkowej zamówienia. Oba twierdzenia uznać należy za nietrafne, a co więcej nieudowodnione, zaś zaprezentowana przez Odwołującego interpretacja art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. statuuje obowiązek unieważnienia postępowania przez Zamawiającego, jeżeli nie może on zwiększyć środków finansowych na realizację zamówienia. Obowiązek ten odpada jedynie wówczas, gdy zamawiający może w ramach swoich możliwości finansowych zwiększyć kwotę, którą uprzednio zagwarantował na to konkretne zamówienie, a ocenę tych możliwości należy przypisać zamawiającemu. Jedynie bowiem zamawiający jest w stanie (będąc za to odpowiedzialnym), znając całość zaplanowanych przez siebie zadań i stan ich realizacji, zweryfikować możliwości do udźwignięcia poziom środków finansowych (zwiększenie środków finansowych) pozwalających na realizację konkretnego zamówienia, zaś ingerencja Odwołującego ponad kwotę zagwarantowaną (podaną jako kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) w skrajnym przypadku doprowadziłaby do bezprawnego zastępowania Zamawiającego w realizacji jego ustawowych zadań bez przejścia przez podmiot ingerujący odpowiedzialności za zadania i budżet Zamawiającego. Konstrukcja i treść art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. - według oceny Izby - nie nakłada na Zamawiającego bezwzględnego obowiązku zwiększenia brakującej kwoty dofinansowania, lecz daje Zamawiającemu uprawnienie do poszukiwania dodatkowych środków finansowych. W konsekwencji bezpodstawnym jest oczekiwanie, że Zamawiający będzie udowadniał, że jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków finansowych. Nie znajduje bowiem oparcia w przepisach badanie budżetu zamawiającego, nakazywanie dokonania mu jakichkolwiek przesunięć w budżecie, dokonania jednych zakupów kosztem drugich albo nakazywanie wydania na dane zamówienie kwoty, którą zamierzał wydać na inne zamówienie. Tym samym żądanie Odwołującego, aby Zamawiający wykazał podczas postępowania odwoławczego, iż nie ma dodatkowych środków na realizację zamówienia nie ma żadnego oparcia w przepisach ustawy P.z.p. W ocenie Izby z treści art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. nie sposób wywieść jakichkolwiek podstaw prawnych, które pozwalałyby na zobowiązanie Zamawiającego, do zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia. To Zamawiający, nie wykonawca, ponosi wyłączną odpowiedzialność za gospodarowanie środkami publicznymi w sposób celowy i oszczędny i skoro według jego oceny nie ma obecnie możliwości zwiększenia środków na realizację zamówienia, to nie można mu robić z tego powodu zarzut. Stanowisko Izby potwierdza także opinia Urzędu Zamówień Publicznych, na którą powołuje się sam Odwołujący. W opinii tej wskazano, że zwiększenie przez Zamawiającego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia możliwe jest w przypadku, gdy Zamawiający uzna, że zwiększenie tej kwoty jest uzasadnione i celowe. Z opinii tej jednoznacznie wynika więc, że ocena, czy zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia jest celowe i uzasadnione, w całości należy do Zamawiającego. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że Zamawiający ma obowiązek zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia, jeśli są one w jego dyspozycji. Takie zwiększenie środków musi być celowe i zasadne, zaś ocena tych elementów należy do Zamawiającego.”.

Dodatkowo potwierdzenie można znaleźć w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 04.07.2018r. (KIO 1240/18), w którym stwierdzono, że „Wobec powyższego, za niezasadne Izba uznała zarzuty kierowane przez odwołującego do zamawiającego w zakresie naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący w treści odwołania podniósł także argumentację, zgodnie z którą zawiadomienie o unieważnieniu postępowania nie zawierało żadnego dodatkowego uzasadnienia. Zdaniem odwołującego, zamawiający powinien wskazać w zawiadomieniu konkretne okoliczności, które uniemożliwiają mu zwiększenie kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Zdaniem Izby, już samo ustalenie, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, stanowi wystarczające uzasadnienie decyzji zamawiającego. Jak wskazano powyżej, nie jest konieczne dodatkowe wykazywanie możliwości finansowych, a także brak jest jakiegokolwiek podstawy prawnej dla uznania twierdzeń odwołującego za uzasadnione. W ocenie Izby, nie jest także uprawnione stanowisko odwołującego, zgodnie z którym jeżeli w innych zadaniach zamawiający zwiększał środki, również w niniejszym zadaniu powinien je zwiększyć.”

Mając na uwadze powyższe oraz stan faktyczny w przedmiotowej sprawie, decyzja podjęta przez Zamawiającego jest w pełni uzasadniona. Dlatego też, Zamawiający zobowiązany był do unieważnienia postępowania.

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp od powyższej decyzji przysługuje prawo wniesienia pisemnego i umotywowanego odwołania, przy czym z uwagi na fakt, iż wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, można je wnieść w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, gdyż informacja ta została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Odwołanie przysługuje między innymi na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności w postępowaniu, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, przy ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa. Pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym. Pisma w formie pisemnej wnosi się za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012r. - Prawo pocztowe, osobiście, za pośrednictwem postańca, a pisma w postaci elektronicznej wnosi się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Z poważaniem,

Otrzymują:

1. Adresaci;
2. Strona internetowa postępowania;
3. a/a.