



Kraków, dnia 23 czerwca 2023r.

#### Adresaci:

1. FLORA Sp. z o.o. Sp. komandytowa, ul. Isep 11, 31-588 Kraków
2. STAR-KOP STAL Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 7, 32-070 Czernichów
3. Magdalena Przebinda Vogt Studio, ul. Olszyny 11, 32-070 Wołowice

*Dotyczy: postępowania nr NP.26.2.42.23.DO, którego przedmiotem jest wyłonienie Wykonawcy robót budowlanych związanych z doposażeniem placu zabaw przy ul. Działowskiego, 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 unieważnia postępowanie, ponieważ wszystkie złożone oferty przewyższają kwotę, którą Zamawiający zamierza i może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

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

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.

Uzasadnienie faktyczne i prawne:

Zamawiający wskazuje, iż na realizację zamówienia przeznaczył łączną kwotę brutto: 480.495,40 zł, którą udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpośrednio przed otwarciem ofert.

Natomiast w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły 3 oferty oferujące przedmiot zamówienia za cenę odpowiednio:

1. FLORA Sp. z o.o. Sp. komandytowa, ul. Isep 11, 31-588 Kraków; cena: brutto 564.577,86 zł;
2. STAR-KOP STAL Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 7, 32-070 Czernichów; cena: brutto 555.904,28 zł;
3. Magdalena Przebinda Vogt Studio, ul. Olszyny 11, 32-070 Wołowice; cena: brutto 520.668,23 zł;

Kwoty złożonych ofert przewyższają znacznie kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Dlatego też, Zamawiający zobowiązany był do unieważnienia postępowania.

Stosownie do art. 255 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt 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 lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Celem takiego uregulowania jest ochrona Zamawiającego przed roszczeniem o zawarcie umowy w przypadku braku środków finansowych. Co do zasady przesłankę unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp odnieść należy do kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, udostępnionej na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpośrednio przed otwarciem ofert.

Decyzja o zwiększeniu kwoty udostępnionej na stronie internetowej prowadzonego postępowania jest oparta na swobodnym uznaniu Zamawiającego. Wyrażenie „może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty” należy interpretować jako uprawnienie Zamawiającego i to do jego decyzji należy kwestia możliwości zwiększenia środków finansowych na dany cel. Zatem Zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W przypadku, gdy oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, postępowanie unieważnia się bez przeprowadzania wyboru najkorzystniejszej oferty. W takiej sytuacji ceny lub koszty określone we wszystkich złożonych ofertach nie mieszczą się w limicie ustalonym przez Zamawiającego. Hołdując racjonalności, przesłanka ta zakłada unieważnienie postępowania bez konieczności badania i oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy od początku wiadomo, że cena żadnej oferty nie zmieści się w ustalonym limicie, a Zamawiający tego limitu nie zmieni. Sformułowanie przepisu („Zamawiający unieważnia”) prowadzi do wniosku, że ustawowy przymus unieważnienia postępowania zachodzi od razu, gdy tylko okaże się, że zachodzi jedna z dwóch alternatywnych przesłanek, a Zamawiający nie może lub nie chce zwiększyć kwoty pokrycia finansowego.

Zamawiający podejmując decyzję o braku możliwości zwiększenia kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty brał pod uwagę celowość i efektywność gospodarowania środkami publicznymi. Przepis art. 255 pkt 3 ustawy Pzp nie nakazuje Zamawiającemu dokonywać prób zwiększenia kwoty, którą mógłby przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wprost przeciwnie koniec tego przepisu w wyrażeniu „chyba że Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty”, mówi o wyjątku, którego nie można interpretować rozszerzająco, aż do ustanawiania reguły, że w każdym przypadku Zamawiający powinien podejmować próbę zwiększenia kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, nie ma obowiązku zwiększania kwoty przeznaczonej na sfinansowanie konkretnego zadania, tak aby obowiązkowo dokonać wyboru. Możliwość zwiększenia budżetu warunkowana jest z pewnością wieloma czynnikami, a Wykonawca nie ma prawnych możliwości domagać się zwiększenia budżetu, ponieważ takie zachowanie w pewnych przypadkach mogłoby narazić Zamawiającego na zarzuty niegospodarnego zarządzania środkami publicznymi (wyrok KIO z dnia 24.05.2012 r. sygn. akt KIO 964/12 – wyrok aktualny w bieżącym stanie prawnym).

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 unieważniać z przyczyn tylko jemu wiadomych, pod pretekstem braku środków finansowych (...) Odnosnie 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 możliwy do udźwignięcia poziom środków finansowych (zwiększenie środków finansowych) pozwalających na realizację konkretnego zamówienia, zaś ingerencja Odwołującego ponad kwotę zagwarantowaną (podaną jako kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) w skrajnym przypadku doprowadziłaby do bezprawnego zastępowania Zamawiającego w realizacji jego ustawowych zadań bez przejęcia 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 nakazywania 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.”

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia. 22.01.2019r. (KIO 2608/18) „(...) Zamawiający ma prawo a wręcz obowiązek podejmowania decyzji w zakresie, czy zwiększenie środków przeznaczonych na realizację zamówienia jest uzasadnione pod względem celowości i efektywności gospodarowania środkami publicznymi. Decyzję zamawiający podejmuje w określonych warunkach zaistniałych w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia i w granicach możliwości finansowania zadania.”

Potwierdza to również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02.06.2021r. (KIO 1250/21) „(...) na gruncie ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych decyzja Zamawiającego o zwiększeniu kwoty środków przeznaczonych uprzednio na realizację zamówienia i ogłoszonej przed otwarciem ofert jest jego decyzją suwerenną i ewentualne zmiany, co do możliwości zwiększenia kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia są uprawnieniem Zamawiającego (nie jego obowiązkiem) i w zależności od statusu prawnego jednostki zamawiającej podlegają decyzji własnej

*Zamawiającego lub są uzależnione od innych podmiotów, w szczególności od dysponentów budżetowych określonego stopnia. Zatem Zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Niewątpliwie przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. dopuszcza wprost możliwość unieważnienia postępowania przez Zamawiającego, po samym tylko ustaleniu, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wskazuje na to wprost brzmienie tego przepisu. To właśnie cena oferty decyduje o tym czy zaistniała przesłanka do unieważnienia postępowania na podstawie ww. przepisu, nie zaś wysokość faktycznie wypłaconego wykonawcy wynagrodzenia.”*

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.