

## Unieważnienie postępowania przetargowego z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia publicznego

dr Maciej Lubiszewski

Katedra Prawa Gospodarczego i Prawa Handlowego

Wydział Prawa i Administracji

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie,

Narodowy Instytut Samorządu Terytorialnego

### 1. Krótka charakterystyka przesłanek unieważnienia postępowania

Jak wynika z art. 70<sup>1</sup> § 4 Kodeksu cywilnego<sup>1</sup>, organizator przetargu jest zobowiązany prowadzić postępowanie zmierzające do zawarcia umowy zgodnie z postanowieniami ogłoszenia i warunków przetargu. Odwołanie tych postanowień jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy taka możliwość została przewidziana w ogłoszeniu lub warunkach przetargu, co reguluje art. 70<sup>1</sup> § 3 Kc.

Powyższe rozwiązanie legło u podstaw regulacji Prawa zamówień publicznych<sup>2</sup>. Zamawiający może unieważnić postępowanie przetargowe wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie, przede wszystkim w art. 255 Pzp oraz art. 256-258 Pzp<sup>3</sup>. Można zatem stwierdzić, że zamawiający, który wszczął postępowanie jest zobowiązany do

udzielenia zamówienia (tj. zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego), o ile nie zachodzi choćby jedna z podstaw do unieważnienia postępowania. Z tego powodu katalog tych podstaw jest zamknięty, uniemożliwiając zamawiającemu arbitralne zamknięcie postępowania bez udzielenia zamówienia. Ponadto przepisy ustanawiające przesłanki unieważnienia postępowania podlegają zawężającej interpretacji, ponieważ stanowią wyjątek od wskazanego wyżej obowiązku zawarcia umowy w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Por. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) z 5.0.2022 r., sygn. akt KIO 1078/22, w którym Izba trafnie zauważyła, że „przepisy dotyczące unieważnienia postępowania mają (...) charakter wyjątku, gdyż celem postępowania o udzielenie zamówienia - jak wynika z definicji ustalonej w art. 7 pkt 18 ww. ustawy - jest wyłonienie wykonawcy i zawarcie z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oznacza to, że przepisy o charakterze wyjątku od reguły podlegają wykładni restrykcyjnej”

<sup>1</sup> Ustawa z dn. 23.04.1964 r. - Kodeks cywilny, Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm. Dalej jako Kc.

<sup>2</sup> Ustawa z dn. 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych, Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm. Dalej jako Pzp.

<sup>3</sup> Przesłanki unieważnienia postępowania zostały określone również w art. 90 ust. 3 (powiązanych z art. 256) i art. 310 Pzp.

Przesłanki unieważnienia określone w art. 255 Pzp mają, co do zasady<sup>5</sup>, charakter obligatoryjny, co oznacza, że wystąpienie okoliczności wskazanych w przepisie zobowiązuje zamawiającego do zamknięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego<sup>6</sup>. Udzielenie zamówienia mimo wystąpienia choćby jednej z podstaw unieważnienia byłoby bardzo poważnym naruszeniem prawa, nie do pogodzenia z zasadą legalizmu tkwiącą u podstaw systemu prawa zamówień publicznych<sup>7</sup>. Warto odnotować także, że zdecydowana większość z ustawowych podstaw unieważnienia odnosi się do postępowania przetargowego, rozumianego jako wielostronny konkurs ofert, zmierzający do wyłonienia oferty najkorzystniejszej w celu zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył tę ofertę<sup>8</sup>.

## 2. Uwagi ogólne o przesłance unieważnienia określonej w art. 255 pkt 3 Pzp

Zgodnie z treścią art. 255 pkt 3 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie, 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 tej regulacji jest uchronienie zamawiającego od obowiązku zawierania umów, a więc zaciągania zobowiązań bez zapewnienia wystarczających środków finansowych. Zgodnie z jedną z reguł prawa finansów publicznych zaciągnięcie zobowiązania bez pokrycia może zostać uznane za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Art. 255 pkt 3 Pzp uzupełnia tę regułę w tym sensie, że zakwalifikowanie zawarcia umowy jako naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie niweczy per se zobowią-

zania cywilnoprawnego – taka umowa pozostanie ważna. Gdyby nie omawiany przepis, zamawiający, którego nie stać na sfinansowanie zamówienia na zaoferowanych warunkach nie byłby uprawniony do unieważnienia postępowania, natomiast wykonawca mógłby skutecznie domagać się od zamawiającego zawarcia umowy.

Przytoczony przepis ma zastosowanie do postępowań przetargowych, a więc takich, w których wykonawcy składają oferty, nawet jeżeli etap ofertowy był poprzedzony etapem negocjacyjnym albo po złożeniu ofert dochodzi do negocjacji. W praktyce w grę wejdą wszystkie tryby poza zamówieniem z wolnej ręki<sup>9</sup>.

Analizowana przesłanka ma zastosowanie zarówno do postępowań o udzielenie zamówienia o wartości równej albo przekraczającej progi unijne, jak też mniejszej niż te progi. Na marginesie warto odnotować, że omawiana podstawa unieważnienia dotyczy tylko postępowań prowadzonych na podstawie Pzp. Unieważnienie postępowania prowadzonego z pominięciem ustawy – Prawo zamówień publicznych z powodu braku środków finansowych wymaga przewidzenia takiej podstawy w ogłoszeniu wszczynającym dane postępowanie lub w warunkach przetargu określonych np. w wewnętrznym regulaminie udzielania zamówień.

Analiza podstawy unieważnienia postępowania określonej w art. 255 pkt 3 Pzp wymaga uwzględnienia trzech elementów:

- a. kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- b. cen (kosztów) zaoferowanych przez wykonawców w postępowaniu;
- c. możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Każdy z tych elementów zostanie odrębnie omówiony w kolejnych częściach niniejszego opracowania.

5 Art. 255 pkt 3 Pzp przewiduje wyjątek od obowiązku unieważnienia postępowania. Jego stosowanie – o czym będzie mowa w dalszej części opracowania – w dużej mierze uzależniony jest od uznania zamawiającego. Można więc mówić o pewnym osłabieniu obligatoryjnego charakteru tej podstawy unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

6 M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 689.

7 Zasada legalizmu została wyrażona w art. 17 ust 2 Pzp.

8 Wyjątkiem jest przesłanka określona w art. 255 pkt 8 Pzp, odnosząca się wyłącznie do postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, polegającego na dwustronnych negocjacjach zamawiającego z wykonawcą.

9 Jeżeli zaproponowana przez wykonawcę cena jest dla zamawiającego zbyt wysoka a negocjacje nie doprowadziły do kompromisu, postępowanie prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki podlega unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt 8 Pzp.

### 3. Kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia

Aby prawidłowo unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, zamawiający musi określić kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nie jest to kwota tożsama z wartością zamówienia. O ile wartość zamówienia odzwierciedla (a przynajmniej powinna odzwierciedlać) obiektywną sytuację na rynku, o tyle kwota, o której mowa w art. 255 pkt 3 Pzp odnosi się do możliwości finansowych zamawiającego. Wartość zamówienia ustalana jest bez podatku od towarów i usług, podczas gdy kwota ten podatek uwzględnia. Inne są również cele wartości zamówienia i kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: na gruncie Pzp ustalenie wartości zamówienia ma znaczenie formalne wpływając na kształt procedury, natomiast kwota, o której mowa w art. 255 pkt 3 Pzp ma charakter materialny wyznaczając maksymalną wysokość zobowiązań finansowych zamawiającego związanych z udzieleniem i realizacją zamówienia publicznego.

Co do zasady, kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia powinna wykazywać związek z wartością zamówienia. Zamawiający powinien unikać wszczynania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość znacznie przekracza wysokość środków finansowych przeznaczonych na jego sfinansowanie. Zasada ta nie ma jednak charakteru bezwzględnego. Zamawiający może bowiem liczyć, że z uwagi na konkurencyjność postępowania i efekt skali zakupu, zaoferowane w przetargu ceny będą niższe niż szacunkowa wartość zamówienia<sup>10</sup>. Ponadto, nie należą do rzadkości przypadki, gdy wartość zamówienia jest wyższa z powodu ustawowych reguł jej określania, zwłaszcza obowiązku łączenia wartości zamówień udzielanych w częściach. W konsekwencji różnica zachodząca pomiędzy kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia a wartością zamówienia (nawet powiększoną o podatek VAT) nie musi per se oznaczać nieprawidłowości.

Zamawiający jest obowiązany upublicznić kwotę, któ-

rá zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zgodnie z treścią art. 222 ust. 4 Pzp, następuje to poprzez podanie jej na stronie internetowej prowadzonego postępowania, najpóźniej przed otwarciem ofert. Zwykle zamawiający ujawnia tę kwotę bezpośrednio przed nastaniem terminu otwarcia ofert. Nie ma jednak przeszkód prawnych, aby podać ją wcześniej, np. w chwili wszczęcia postępowania. Niekiedy, zwłaszcza gdy kwota ta nie jest zbyt wysoka, może to minimalizować ryzyko konieczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, ponieważ wykonawcy, znając możliwości finansowe zamawiającego, mogą dostosować do nich treść swoich ofert, oczywiście w granicach wyznaczonych przez warunki zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia. Natomiast z całą pewnością naruszeniem art. 222 ust. 4 Pzp będzie zaniechanie opublikowania tej informacji albo podanie tej kwoty po otwarciu ofert.

Podanie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia przed otwarciem ofert pełni funkcję gwarancyjną. Chroni wykonawców przed arbitralnym unieważnieniem postępowania przez zamawiającego. Biorąc pod uwagę ratio legis omawianego rozwiązania, należy uznać, że w przypadku niepodania tej kwoty albo podania jej już po otwarciu ofert, zamawiający nie jest uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp.

### 4. Ceny ofert przekraczające możliwości finansowe zamawiającego

Z chwilą otwarcia ofert zamawiający poznaje ich treść, w tym także zaoferowane ceny. Wybór którejś z ofert skutkuje powstaniem obowiązku zawarcia umowy na warunkach określonych w warunkach zamówienia i wybranej ofercie. Cena wybranej oferty staje się umownym wynagrodzeniem wykonawcy. Z oczywistych przyczyn cena ta powinna mieścić się w możliwościach finansowych zamawiającego. Jeżeli przekracza ona te możliwości, oznacza to, że zamawiającego nie stać na zaciągnięcie takiego zobowiązania finansowego, zatem powinien on unieważnić postępowanie, a więc zakończyć je bez udzielania zamówienia. Właśnie w takich przypadkach zastosowanie znajdzie podstawa unieważnienia postępowania określona w art. 255 pkt 3 Pzp.

<sup>10</sup> Granicą jest jednak mechanizm przeciwdziałający oferowaniu przez wykonawców rażąco niskich cen.

Co istotne, ustawodawca wyróżnił w tym przepisie dwie okoliczności. Pierwszą z nich jest przypadek, w którym „cena lub koszt najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”. Druga okoliczność zachodzi, gdy kwotę tę przewyższa „oferta z najniższą ceną”.

Wydaje się, że drugi ze wskazanych przypadków jest prostszy i zasługuje na omówienie w pierwszej kolejności. W istocie zajdzie on wtedy, gdy ceny wszystkich złożonych ofert przekraczają możliwości finansowe zamawiającego. Skoro bowiem najniższa z zaoferowanych przez wykonawców cen jest wyższa niż kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to tym bardziej dotyczy to pozostałych (wyższych) cen zawartych w złożonych ofertach. W tym przypadku nie ma znaczenia fakt, czy któraś z ofert podlega odrzuceniu – liczy się jedynie obiektywna okoliczność zaoferowania ceny przekraczającej limit finansowy przyjęty przez zamawiającego. Jeżeli zamawiający nie może zwiększyć tego limitu – o czym będzie jeszcze mowa – postępowanie podlega unieważnieniu i wszystkie czynności oceny i badania ofert stają się bezprzedmiotowe. W konsekwencji, zamawiający może unieważnić postępowanie niezwłocznie po otwarciu ofert i upewnieniu się, że kwota, którą przeznaczył na finansowanie zamówienia nie może zostać zwiększona.

Nieco bardziej skomplikowana jest pierwsza z wymienionych wyżej okoliczności. Ustawodawca posłużył się w art. 255 pkt 3 Pzp wyrażeniem „cena lub koszt najkorzystniejszej oferty”. Część komentatorów odsyła w tym zakresie do art. 239 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym najkorzystniejszą ofertą jest „oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem”<sup>11</sup>. Nie można jednak zapominać, że ta „definicja” najkorzystniejszej oferty odnosi się do oferty podlegającej wyborowi, o czym świadczy art. 239 ust. 1 Pzp oraz tytuł rozdziału 7 ustawy („Wybór najkorzystniejszej oferty), który otwiera ten przepis.

Ustawodawca konsekwentnie odróżnia „ofertę najwyższej ocenioną”, która jeszcze nie została wybrana<sup>12</sup> od „naj-

korzystniejszej oferty”, która zyskuje taki status dopiero w związku z jej wyborem<sup>13</sup>. W konsekwencji należy zgodzić się z autorami komentarza wydanego przez Urząd Zamówień Publicznych, według których unieważnienie postępowania na omawianej podstawie jest dopuszczalne „dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty”<sup>14</sup>.

W omawianym przypadku zamawiający będzie miał do czynienia zarówno z ofertami, których ceny mieszczą się w finansowym limicie ujawnionym na podstawie art. 222 ust. 4 Pzp, jak też z ofertami, których ceny przekraczają kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. Prawidłowe zastosowanie analizowanej przesłanki oznacza, że – w przeciwieństwie do okoliczności omówionej wcześniej – zamawiający będzie zobowiązany: poddać badaniu wszystkie złożone oferty, a więc również te, których ceny są za wysokie w stosunku do możliwości finansowych zamawiającego; zidentyfikować ofertę najwyższej ocenioną; poddać wykonawcę, który ją złożył pełnej kwalifikacji podmiotowej na podstawie podmiotowych środków dowodowych; dokonać wyboru tej oferty i dopiero po tych czynnościach rozważyć, czy zachodzi podstawa do unieważnienia postępowania.

Należy przyznać, że w wielu postępowaniach zamawiający będzie prowadził badanie oferty najwyższej ocenionej ze świadomością, że jej wybór będzie bezskuteczny ze względu na obowiązek unieważnienia przetargu na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. Mimo to konieczność przeprowadzenia tego badania wynika ze ścisłej interpretacji przesłanki unieważnienia postępowania oraz z uwagi na fakt, iż oferta, która uzyskała najwyższą liczbę punktów, jednak jej cena przekracza możliwości finansowe zamawiającego, może podlegać odrzuceniu np. na skutek nie złożenia przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych. W takiej sytuacji, najwyższą ocenę może uzyskać kolejna w rankingu oferta z ceną mieszczącą się w limicie finansowym, co może doprowadzić do wybrania jej jako najkorzystniejszej.

Reasumując tę część rozważań należy stwierdzić, że je-

11 M. Jaworska (red.), op.cit., s. 690.

12 Wyrażenie to występuje w art. 126, 139, 188, 252 i 274 Pzp. Za każdym razem chodzi o ofertę, która jeszcze nie została wybrana jako najkorzystniejsza oferta.

13 Różnicę tę dobrze ilustruje następujący fragment art. 126 ust 1 Pzp: „Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona...”

14 H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 768.

żeli ceny wszystkich złożonych ofert przekraczają możliwości finansowe zamawiającego, postępowanie podlega unieważnieniu bez konieczności badania ofert. Z kolei w sytuacji, gdy niektóre ceny mieszczą się w określonym przez zamawiającego limicie, zaś inne go przekraczają – zamawiający powinien najpierw doprowadzić do wyboru najkorzystniejszej oferty, zaś przesłanka unieważnienia zajdzie dopiero wtedy, gdy cena wybranej oferty przewyższa kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia.

Warto dodać, że omawiana przesłanka unieważnienia nie zajdzie, gdy oferty zawierające „problematiczne” dla zamawiającego ceny podlegają jeszcze negocjacom w toku postępowania, a więc są np. ofertami wstępnymi składanymi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, partnerstwa innowacyjnego, ofertami składanymi w wariacie trzecim trybu podstawowego albo ofertami składanymi w wariacie drugim trybu podstawowego, o ile zamawiający podjął decyzję o przeprowadzeniu negocjacji. Dopiero ceny zawarte w ofertach złożonych po przeprowadzeniu negocjacji<sup>15</sup> mogą stanowić podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp.

## 5. Zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia

Ostatnim elementem omawianej podstawy unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który zostanie poddany analizie jest końcowy fragment art. 255 pkt 3 Pzp, pozwalający zamawiającemu odstąpić od obowiązku unieważnienia postępowania, jeżeli może on zwiększyć kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Z brzmienia przepisu<sup>16</sup> wynika, iż zamawiającemu przysługuje uprawnienie do zwiększenia kwoty, którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Oznacza to, że wykonawca nie może tego wymusić na zamawiającym. Decyzja o takim zwiększeniu należy bowiem wyłącznie do zamawiającego<sup>17</sup>, który może dokonać stosownych zmian

w budżecie i zabezpieczyć większe środki na finansowanie zamówienia<sup>18</sup>.

W orzecznictwie Izby pojawił się jednak istotny wątek, który może być odczytywany jako pewne ograniczenie swobody zamawiającego, o której mowa wyżej. W jednym z wyroków<sup>19</sup> KIO stwierdziła, że słowo „może” odnosi się nie do woli zamawiającego, lecz do jego możliwości finansowych. Zdaniem składu orzekającego dopiero ustalony przez zamawiającego brak możliwości przeznaczenia większej kwoty na sfinansowanie zamówienia skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. To zapatrywanie może wydawać się zbyt daleko idące, jednak należy je rozumieć nie tyle jako nakaz poszukiwania dodatkowych środków finansowych, ani – tym bardziej – obowiązek ich znalezienia<sup>20</sup>, ile jako oczekiwanie, że zamawiający przed unieważnieniem postępowania sprawdzi, czy istnieją możliwości zwiększenia kwoty pozwalającej na sfinansowanie zamówienia<sup>21</sup>. Standard ten wpisuje się w przywołaną na początku opracowania regułę, zgodnie z którą zasadą jest zakończenie postępowania udzieleniem zamówienia, zaś jego unieważnienie – wyjątkiem domagającym się ścisłej interpretacji.

Jak wskazano wcześniej, celem omawianej podstawy unieważnienia postępowania jest ochrona zamawiającego przed koniecznością zaciągania zobowiązań przekraczających możliwości finansowe. Nie zasługuje jednak na ochronę zamawiający, który świadomie zaniża kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. W sprawie KIO 857/22 zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia i odpowiadającą jej kwotę przeznaczoną na jego sfinansowanie opierając się na wydatkach związanych z realizacją poprzedniego zamówienia, pomijając istotne wzrosty inflacji i cen paliw. Izba uznała, że „zamawiający nie ma żadnych podstaw by założyć, że wobec istotnego wzrostu inflacji oraz między innymi cen paliw ceny ofert

18 Tak m.in. wyrok KIO z 6.04.2022 r., sygn. akt 755/22

19 Wyrok KIO z 2.08.2021 r., sygn. akt 1957/21.

20 Izba w tym wyroku wyraźnie stwierdziła, że „zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania źródeł finansowania ponad kwotę, którą pierwotnie zabezpieczył, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej i zapobieżenia unieważnieniu postępowania. Bezpodstawne jest również oczekiwanie, że zamawiający będzie udowadniał, że jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków”.

21 Tak również M. Jaworska (red.), op.cit., s. 691.

15 W trybie negocjacji z ogłoszeniem oraz w wariacie trzecim trybu podstawowego oferty te noszą nazwę ofert ostatecznych. W wariacie drugim trybu podstawowego są to oferty dodatkowe.

16 Chodzi o fragment „zamawiający może zwiększyć tę kwotę”.

17 H. Nowak, M. Winiarz, op.cit., s. 768, M. Jaworska (red.), op.cit., s. 691.

będą niższe niż obliczona na podstawie poprzednio realizowanego zamówienia wartość szacunkowa. Odwołujący ma prawo wykazywać, że działanie zamawiającego było zamierzone i miało służyć unieważnieniu postępowania po to, by następnie udzielić zamówienia w trybie niekonkurencyjnym (z wolnej ręki). Za bezprawne należy uznać unieważnienie przez zamawiającego postępowania poprzez uznanie, że nie może on zwiększyć kwoty na realizację przedmiotu zamówienia, po tym gdy celowo zaniżył tą kwotę<sup>22</sup>. Należy podzielić zaprezentowany wyżej pogląd Izby. Zamawiający, który nie ma wystarczających środków na sfinansowanie zamówienia nie powinien wszczynać postępowania, ewentualnie powinien ograniczyć zakres zamówienia w taki sposób, aby możliwe było pokrycie zaangażowanych zobowiązań.

Podobnie, na ochronę z tytułu art. 255 pkt 3 Pzp nie zasługuje zamawiający, który w trakcie postępowania zmniejsza kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. Kwota podana na podstawie art. 222 ust. 4 Pzp stanowi „wiązącą deklarację na temat minimalnej sumy gwarantowanej”<sup>23</sup> i nie może zostać zmniejszona. Należy jednak wziąć pod uwagę, że zmniejszenie wysokości środków finansowych może być następstwem nieprzewidywalnych okoliczności, za które zamawiający nie ponosi odpowiedzialności. W takiej sytuacji należy rozważyć unieważnienie postępowania w oparciu o inny przepis, tj. art. 255 pkt 5 Pzp<sup>24</sup>.

Na zakończenie warto odpowiedzieć na pytanie, do jakiej wysokości może być zwiększona kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia. Z treści art. 255 pkt 3 Pzp wynika, że w grę wejdzie zwiększenie jej do „ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty”. Ustawodawca pominął możliwość zwiększenia kwoty do ceny, którą zawiera „oferta z najniższą ceną”. Mogłoby to sugerować, iż możliwość zwiększenia środków finansowych nie dotyczy sytuacji, w której ceny wszystkich złożonych ofert przekraczają pierwotnie przyjęty przez zamawiającego limit. Taka interpretacja byłaby nieracjonalna, ponieważ to, czy możliwości finansowe zamawiającego przekraczają wszystkie oferty

czy tylko niektóre z nich nie ma żadnego znaczenia dla stosowania omawianego mechanizmu.

Wskazanie, że zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia może nastąpić do „ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty” należy interpretować jako nakaz podjęcia stosownej decyzji po wyborze najkorzystniejszej oferty. Jest to logiczne, ponieważ oferta najwyższej oceniona lub oferta z najniższą ceną może podlegać odrzuceniu, zatem podniesienie limitu finansowego przed oceną ofert i wyborem najkorzystniejszej z nich może przedwcześnie.

## 6. Obowiązki formalne związane z unieważnieniem postępowania

### 6.1. Poinformowanie wykonawców o unieważnieniu postępowania

Z perspektywy cywilistyki unieważnienie postępowania jest oświadczeniem woli zmierzającym do rozwiązania przetargowego stosunku prawnego, który istniał pomiędzy zamawiającym a wykonawcami. Aby takie oświadczenie woli było skuteczne, musi być doręczone drugiej stronie. Podstawowym obowiązkiem zamawiającego, który zamierza unieważnić postępowanie jest zatem przekazanie informacji o unieważnieniu wszystkim wykonawcom, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu. Informacja ta musi zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne, co wynika z art. 260 ust. 1 Pzp.

Uzasadnienie nie może być zdawkowe. Powinno wskazywać fakty i dowodzić, że zachodzi podstawa do unieważnienia określona w przywołanym przepisie ustawy. O ile przypadek, w którym ceny wszystkich złożonych ofert przekraczają kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest stosunkowo prosty i pozwala na uproszczenie uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania, o tyle drugi z przypadków wyróżnionych w art. 255 pkt 3 Pzp jest bardziej skomplikowany i wymaga bardziej złożonego uzasadnienia. Zamawiający powinien wykazać, że dokonał oceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, w tym przeprowadził pełną kwalifikację podmiotową wykonawcy, który złożył ofertę najwyższej ocenioną, następnie dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, co z kolei skutkowało obo-

22 Wyrok KIO z 14.04.2022 r., sygn. akt 857/22.

23 H. Nowak, M. Winiarz, op.cit., s. 767.

24 W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 683.

wiązkiem unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. W istocie zamawiający powinien zintegrować informację o unieważnieniu postępowania (art. 260 ust. 1 Pzp) z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty (art. 253 ust. 1 Pzp), dzięki czemu wszyscy wykonawcy zostaną jednocześnie poinformowani o: wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z uzasadnieniem oraz unieważnieniu postępowania.

Zamawiający może rozdzielić te czynności informacyjne, w pierwszej kolejności informując o wyborze najkorzystniejszej oferty a następnie (np. po upływie terminu na wniesienie odwołania wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty lub odrzucenia oferty) – o unieważnieniu postępowania. Takie działanie nie jest niezgodne z przepisami Pzp. Co więcej, niekiedy może wynikać z konieczności przeprowadzenia analizy możliwości finansowych dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Należy jednak pamiętać, że w takim przypadku terminy na wniesienie odwołania wobec z tych czynności liczone są odrębnie.

Ważnym elementem uzasadnienia każdej informacji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp jest wskazanie, że zamawiający zweryfikował możliwość zwiększenia środków finansowych do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Nie chodzi przy tym o obowiązek udowodnienia, że możliwości finansowe pozwalają zamawiającemu na zwiększenie środków<sup>25</sup>, a raczej o wykazanie w informacji o unieważnieniu postępowania, że zamawiający badał tę okoliczność, jednak w wyniku tego badania ustalił, że limit finansowy nie może ulec zwiększeniu.

Informacja o unieważnieniu postępowania, co do zasady<sup>26</sup>, jest przekazywana wykonawcom przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Środki te wskazuje zamawiający w dokumentach zamówienia. Zwykle jest to moduł komunikacyjny platformy służącej do prowadzenia postępowania lub standardowa poczta elektroniczna. W praktyce często zamawiający przekazują w ten sposób cyfrowe odwzorowanie (skan) oświadczenia zamawiającego,

które zostało sporządzone w formie pisemnej. Warto dodać, że § 2 ust. 2 rozporządzenia dotyczącego dokumentów elektronicznych<sup>27</sup> pozwala na sporządzenie informacji o unieważnieniu postępowania „jako tekst wpisany bezpośrednio do wiadomości przekazywanej przy użyciu środków komunikacji elektronicznej”.

## 6.2. Udostępnienie informacji o unieważnieniu postępowania na stronie internetowej prowadzonego postępowania

Zgodnie z art. 260 ust. 2 Pzp, zamawiający jest obowiązany do niezwłocznego umieszczenia informacji o unieważnieniu postępowania wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Stroną tą jest – w zależności od wyboru zamawiającego – strona internetowa zamawiającego, strona podmiotowa Biuletynu Informacji Publicznej, inna strona internetowa wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia lub, co staje się najpopularniejsze, strona internetowa postępowania będąca elementem elektronicznej platformy służącej do przeprowadzenia postępowania.

Niezwłoczność, o której mowa w art. 260 ust. 2 Pzp oznacza obowiązek opublikowania informacji o unieważnieniu postępowania bez zbędnej zwłoki, a więc w jak najkrótszym czasie po przekazaniu tej informacji wykonawcom.

Jeżeli wraz z informacją o unieważnieniu postępowania zamawiający przekazuje informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powinien on uwzględnić treść art. 253 ust. 2 Pzp, który sprzeciwia się publikacji na stronie prowadzonego postępowania informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. W niektórych przypadkach może więc okazać się, że opublikowanie na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacji o identycznej treści co informacja, która została przekazana wykonawcom będzie stanowiło naruszenie art. 253 ust. 2 Pzp.

<sup>27</sup> Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie, Dz. U. poz. 2452.

<sup>25</sup> Por. wyrok KIO z 2.08.2021 r., sygn. akt 1957/21.

<sup>26</sup> Zamawiający może odstąpić od komunikacji elektronicznej w przypadkach określonych w art. 65 Pzp.

### 6.3. Ogłoszenie o unieważnieniu postępowania na stronie internetowej prowadzonego postępowania

Zamawiający jest zobowiązany upowszechnić informację o unieważnieniu postępowania nie tylko na stronie prowadzonego postępowania, ale również w powszechnie dostępnych, oficjalnych publikatorach ogłoszeń związanych z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego.

Przepisy polskiego i unijnego prawa zamówień publicznych nie przewidują odrębnego ogłoszenia o unieważnieniu postępowania. Właściwe będą standardowe ogłoszenia związane z zakończeniem postępowania.

Zgodnie z treścią art. 265 ust 1 Pzp w postępowaniach, których wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne zamawiający jest zobowiązany do przekazania do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o udzieleniu zamówienia zawierające informację o unieważnieniu postępowania. Przekazanie tego ogłoszenia do publikacji musi nastąpić nie później niż w terminie 30 dni od unieważnienia postępowania.

W postępowaniach, których wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wyniku postępowania, które zawiera informację o unieważnieniu postępowania. Obowiązek ten wynika z art. 309 ust. 1 Pzp. Zamieszczenie tego ogłoszenia musi nastąpić nie później niż w terminie 30 dni od unieważnienia postępowania.

Trzydziestodniowy termin, w którym powinno nastąpić przekazanie do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych liczy się od momentu unieważnienia postępowania, którym jest wprowadzenie informacji o unieważnieniu (przekazywanej wykonawcom) do środka komunikacji elektronicznej. Teoretycznie może to nastąpić wraz z publikacją tej informacji na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Zamawiający nie powinien jednak spieszyć się z przekazaniem lub zamieszczeniem ogłoszenia, ponieważ unieważnienie postępowania może zostać zaskarżone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Rozsądnym rozwiązaniem jest wstrzymanie się z przekazaniem lub zamieszczeniem ogłoszenia do momentu,

w którym upłynie termin na wniesienie środków ochrony prawnej. W razie zaskarżenia czynności unieważnienia postępowania do KIO, zamawiający powinien przekazać lub zamieścić ogłoszenie z informacją o unieważnieniu po wydaniu przez Izbę rozstrzygnięcia potwierdzającego prawidłowość tej czynności.





Narodowy Instytut Samorządu Terytorialnego powstał w 2015 r.  
Jest państwową jednostką budżetową podległą MSWiA.  
Działa na rzecz dalszej profesjonalizacji samorządu terytorialnego i administracji publicznej.

EKSPERTYZY NIST, ul. Zielona 18, Łódź 90-601  
Sekretariat tel. +48 42 633 10 70  
e-mail: sekretariat@nist.gov.pl