Sygn. akt: KIO 1676/19

WYROK

z dnia 26 września 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Katarzyna Odrzywolska
Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polska Grupa Zbrojeniowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Radomiu (pełnomocnik wykonawców), THALES Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz THALES AVS FRANCE SAS z siedzibą w Merignac (Francja) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polska Grupa Zbrojeniowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Radomiu, THALES Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz THALES AVS FRANCE SAS z siedzibą w Merignac (Francja) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. z siedzibą w Radomiu, THALES Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz THALES AVS FRANCE SAS z siedzibą w Merignac (Francja) tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1676/19

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. ”Dostawa, instalacja i uruchomienie taktycznych systemów symulacji pola walki” (nr ref. IU/170/X-36/ZO/NZO/DOS/Z/2015). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 grudnia 2015 r., pod numerem nr 2015S 246-447263. Postępowanie zostało wszczęte w dniu 19 grudnia 2015 r., prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

W dniu 29 sierpnia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Polska Grupa Zbrojeniowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Radomiu, THALES Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz THALES AVS FRANCE SAS z siedzibą w Merignac (Francja) (dalej jako „Odwołujący”) wobec czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania pomimo braku spełnienia ustawowych przesłanek.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 4 i ust. 3 w zw. z art. 7 ustawy pzp poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty - oferty Odwołującego - przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał, że nie jest możliwe zwiększenie przez niego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie realizacji zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty,

2. art. 93 ust. 1 pkt 4 i ust. w zw. z art. 7 ustawy pzp poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty - oferty Odwołującego - przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji, gdy Zamawiający dysponuje środkami, które mógłby przeznaczyć na sfinansowanie kosztów realizacji zamówienia w oparciu o ofertę Odwołującego.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Wykazując spełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy pzp Odwołujący wskazał, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów ustawy pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego - poprzez unieważnienie postępowania - możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy oferta Odwołującego stanowiła dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą", w szczególności jest ofertą z ceną rynkową gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Odstąpienie przez Zamawiającego od wyboru oferty najkorzystniejszej i w konsekwencji od podpisania umowy z Odwołującym, wprost godzi w interes Odwołującego polegający na możliwości uzyskania zamówienia oraz powoduje możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody w postaci utraty zysku, jaki Odwołujący zamierzał uzyskać w związku z wykonaniem umowy.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w pkt 2 (str. 2) protokołu postępowania wskazał, że wartość zamówienia została ustalona na kwotę w wysokości 482.750.047 zł netto. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 593.782.557 zł brutto (482.750.047 zł netto + 111.032.510 zł VAT). Oferta Odwołującego obejmowała cenę w kwocie 630.789.448,50 zł. Zamawiający pismem z 19 sierpnia 2019 r. poinformował o odrzuceniu ofert trzech wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie oraz w trybie art. 92 ust 1 pkt 1 ustawy pzp o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta Odwołującego. Jednocześnie ww. pismem Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział we wskazanym powyżej postępowaniu o jego unieważnieniu. W piśmie wskazano, że cena Odwołującego przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia o 37.006.891,50 zł.

Odwołujący podkreślił, iż zawiadomienie to nie zawiera żadnego dodatkowego uzasadnienia poza lakonicznym stwierdzeniem, że „nie zachodzi możliwość zwiększenia kwoty przyznanych środków".

Odwołujący podniósł, iż nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego i przedstawił w tym zakresie następującą argumentację.

W pierwszej kolejności zwrócił uwagę na kwestię zwiększenia wydatków na obronność i budżetu MON. Podniósł, iż przedmiot zamówienia jako wydatek na modernizację techniczną został przewidziany w pakiecie „Priorytetowych Zadań Modernizacji Technicznej Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej w ramach programów operacyjnych" jako program operacyjny Symulatory i trenażery. Jednym z planów pochodnych do Programu jest „Plan Modernizacji Technicznej Sił Zbrojnych RP w latach 2013-2022" („Plan Modernizacji Wojska 2013-2022"]. Koszt programu operacyjnego Symulatory i trenażery do 2022 r. został oszacowany na 1 052,1 min zł (w latach 2014-2016 - 701,1 mln zł - dostępny online).

W 2018 r. Rada Ministrów przyjęła uchwałę w sprawie „Szczegółowych kierunków przebudowy i modernizacji technicznej Sił Zbrojnych na lata 2017-2026" w celu uruchomienia programów modernizacji polskiej armii. Na jej podstawie Minister Obrony Narodowej zatwierdził w 28 lutego 2019 r. Plan Modernizacji Technicznej Sił Zbrojnych na lata 2017-2026 (dalej jako „Plan Modernizacji Wojska 2017-2026"). Z uwagi na to, iż Plan 2017-2026 jest dokumentem niejawnym, w oparciu o wypowiedź Ministra Obrony Narodowej należy zaznaczyć, że przyjęty Plan zakłada wydatki modernizacyjne o wartości 185 mld zł, czyli o 45 mld więcej niż w planie poprzednim. Podkreślił on, że „jest to rekordowy plan, jeśli chodzi o wartość" (artykuł z 28 lutego 2019 r.https://www.pb.pl/szef-mon-podpisal-plan-technicznei-sil-zbrojnych-do-2026-r-o-wartosci-185-mld-zl-954556). Dodatkowo Odwołujący zauważył, że zaplanowany został sukcesywny wzrost wydatków na modernizację techniczną wojska do 2026 r., tj. w 2019 r. - ok. 11 mld zł, w 2020 - ok. 14 mld zł, w 2021 r. - ok. 17,6 mld zł (artykuł z 28 lutego 2019 r. -). Według Odwołującego dla przedmiotowego postępowania istotny jest również fakt, iż ustawa z 29 września 2017 r. o zmianie ustawy o przebudowie i modernizacji technicznej oraz finansowania Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej oraz ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 2018) wprowadziła coroczny wzrost wydatków z budżetu państwa na finansowanie potrzeb obronnych do wysokości nie niższej niż odpowiednio 2,2% PKB do 2020 r. i 2,5% PKB w 2030 r. oraz w latach kolejnych. W poprzednim brzmieniu ustawy o przebudowie i modernizacji technicznej oraz finansowania Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej wysokość przedmiotowych wydatków została przewidziana jako nie niższa niż 2% PKB. Odwołujący wskazał, iż na podstawie analizy budżetu resortu obrony narodowej z lat 2018 (zał. 2 do decyzji budżetowej na rok 2018 nr 1/MON Ministra Obrony Narodowej z 4 stycznia 2018 r. - http:// www.dz.urz.mon.gov.pl/ zasoby/dziennik/ pozycje/zalaczniki/2018/01/Zal. do poz. 1.pdf.) i 2019 (załącznik nr 2 do decyzji budżetowej na 2019 r. nr 13/MON Ministra Obrony Narodowej z 25.01.2019 r. zasoby/dziennik/ pozycje/zalaczniki/ 2019/01/ poz17 decNr13 zal_1.pdf.). Dalej Odwołujący podkreślił wzrost w zakresie pozycji budżetowej „centralne wsparcie", tj. wydatki objęte centralnymi planami rzeczowymi, do których zaliczany jest plan modernizacji technicznej. Wskazał, iż w 2019 r. MON określiło wydatki w ramach centralnego wsparcia na poziomie prawie 14,3 mld zł, z czego ponad 10,6 mld zł mają stanowić wydatki majątkowe (w 2018 r. - niecałe 9,6 mld zł). Pozostała kwota przeznaczana jest na wydatki bieżące. Ponadto z zestawienia wydatków budżetu resortu na dysponentów środków budżetowych wynika, że Zamawiający, tj. Inspektorat Uzbrojenia, dysponuje w roku 2019 kwotą ponad 9.3 mld zł (załącznik nr 3 do decyzji budżetowej na rok 2019 nr 13/MON Ministra Obrony Narodowej z 25 stycznia 2019 r. dziennik/pozycje/zalaczniki/ 2019/01/poz17decNr13zal_1.pdf. Z powyższego w ocenie Odwołującego wynika, iż działania w zakresie zwiększenia wydatków na obronność, zwiększenia kwot odnośnie realizacji Planu Modernizacji Wojska 2017-2026 oraz zwiększenia wydatków w budżecie resortu obrony narodowej na centralne wsparcie, skutkują zwiększeniem możliwości finansowania zamówień publicznych, w tym przedmiotowego zamówienia, skoro jest ono realizowane jako wydatek na modernizację w ramach Planu Modernizacji Wojska 2017-2026. W konsekwencji powyższy wniosek nie daje podstaw do twierdzenia Zamawiającego o braku możliwości zwiększenia kwoty przyznanych środków na realizację zamówienia.

Po drugie Odwołujący wskazał na możliwość przesunięcia środków w ramach budżetu (Plan Modernizacji Wojska i Fundusz Modernizacji Wojska). Powołał się na wyrok KIO z dnia 2 marca 2018 r., sygn. akt KIO 275/18, wskazujący, iż Zamawiający musi w pierwszym rzędzie spróbować uzyskać dodatkowe środki, aby zrealizować zamówienie. Podkreślił, że Zamawiający ma wpływ na planowanie środków finansowych wydatkowanych przez MON w ramach programu modernizacji technicznej, co znajduje potwierdzenie w wypowiedzi przedstawiciela Zamawiającego, tj. Szefa Inspektoratu Uzbrojenia gen. D. P.: „Zgodnie z kompetencjami Inspektorat Uzbrojenia jest wykonawcą planu modernizacji technicznej SZ

RP. Nie oznacza to jednak, że Inspektorat nie jest angażowany w proces konstruowania jego zawartości. Wykonywane w Inspektoracie Uzbrojenia, w trakcie fazy analityczno-koncepcyjnej analizy finansowo-czasowe są uzgadniane z Instytucjami MON bezpośrednio zaangażowanymi w opracowanie PMT. W czasie uzgadniania projektów planu i jego ostatecznych wersji odnosimy się do konieczności zabezpieczenia odpowiedniego poziomu finansowania zadań, na które zawarliśmy umowy wieloletnie. Środki na nowe zadania oszacowujemy na podstawie analiz rynku i doświadczeń z poprzednich przetargów. Uczestniczmy również w procesie korygowania PMT w trakcie jego realizacji, proponując rozdysponowanie środków z uzyskanych oszczędności po przeprowadzonych procedurach zamówień i z zadań, które z różnych przyczyn okazały się niemożliwe do zrealizowania w roku budżetowym. Jak widać IU, dysponując analityczną i praktyczną wiedza, jest w pewnym zakresie zaangażowany w planowanie środków finansowych na zadania ujęte w PMT (artykuł z 20 marca 2017 r. -

modernizacii. Dalej wskazał, iż na zadania dotyczące modernizacji wyposażenia Sił Zbrojnych w ramach Planu Modernizacji Wojska 2017-2026 wydatkowane są także środki Funduszu Modernizacji Sił Zbrojnych (w odwołaniu także jako „Fundusz Modernizacji Wojska"). Zgodnie z ustawą z 25 maja 2001 r. o przebudowie i modernizacji technicznej oraz finansowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2019 r., poz. 1453) dysponentem środków Funduszu jest Minister Obrony Narodowej. Zgodnie z informacją o wynikach kontroli wykonania budżetu państwa w 2018 r. w części 29 - obrona narodowa oraz wykonania planów finansowych Funduszu Modernizacji Sił Zbrojnych i Agencji Mienia Wojskowego wydatki funduszu przeznaczane są na realizację zadań określonych w centralnych planach rzeczowych. W 2018 r. w zatwierdzonym przez Ministra Obrony Narodowej Planie Modernizacji Technicznej ujęto 29 zadań finansowanych ze środków FMSZ. Po korektach nastąpił wzrost ich liczby do 59, w tym 47 zadań realizowanych m.in. przez Inspektorat Uzbrojenia . Odwołujący powołał
się na wyrok KIO 1100/11, gdzie wskazano, że zamawiający nie jest zobowiązany do unieważniania postępowania w każdym przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza równowartość kwoty, którą planował przeznaczyć na realizację zamówienia. Dodał, iż zgodnie z art. 171 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 869, dalej jako „FinPublU") dysponenci części budżetowych mogą dokonywać przeniesień wydatków między rozdziałami i paragrafami klasyfikacji wydatków, w ramach danej części i działu budżetu państwa. Wydatki dotyczące modernizacji technicznej zaliczane są do części 29 budżetu państwa, tj. wydatków na obronność: Dysponentem środków tej części budżetu jest m.in. Minister Obrony Narodowej oraz Zamawiający jako jednostka organizacyjna MON. Ponadto zgodnie z art. 171 ust. 5 FinPublU dysponenci części budżetowych mogą upoważnić kierowników podległych jednostek do dokonywania przeniesień wydatków w obrębie jednego rozdziału. Oznacza to, że środki dotyczące wydatków na centralne wsparcie (tj. w ramach rozdziału 75204) mogą być przenoszone między jednostkami celem realizacji określonych zadań. Zdaniem Odwołującego istniały więc podstawy prawne do dokonywania przesunięć środków z innych zadań Planu Modernizacji Wojska. Zamawiający faktycznie ich dokonywał w wyniku korekt zatwierdzonych przez Ministra Obrony Narodowej.

Jako trzeci argument Odwołujący wskazał na zwiększanie kwot przewidzianych na realizację zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie tylko nie wykazał, ale nie mógł wykazać w niniejszej sprawie braku możliwości pozyskania dodatkowych środków na sfinansowanie zamówienia, bowiem w istocie możliwość taka po jego stronie istniała,

zdaniem Odwołującego, po podjęciu stosownych działań. Gołosłowne są więc twierdzenia Zamawiającego, że „nie zachodzi możliwość zwiększenia kwoty przyznanych środków". W dotychczasowej praktyce Zamawiającego, mimo iż składane w postępowaniach o udzielenie

zamówienia przekraczały jego budżet, decydował się na jego zwiększenie i udzielenie zamówienia. W grudniu 2018 r. Zamawiający zdecydował się na wybór oferty znacząco wyższej (o ponad 26%) od kwoty zamierzonej (publiczne/2017/202/Informacja z otwarcia ofert.pdf.;http://dziennikzbrojny.pl/aktualnosci/ news.1,11119.aktualnosci-z-polski.zakup-narzedzi-do-budowv-wiaduktow-i-mostow. Stopień przekroczenia był znacznie większy niż w przypadku przedmiotowego unieważnionego postępowania [odpowiednio 26% i 6%]. Dodatkowo, w wyniku korekt zatwierdzonych przez

Ministra Obrony Narodowej, Zamawiający dokonał szeregu przesunięć środków z innych zadań Planu Modernizacji Wojska o łącznej wartości 3,26 mld zł celem realizacji zakupu przeciwlotniczego i przeciwrakietowego zestawu rakietowego średniego zasięgu Wisła - łączne płatności na kwotę 5,43 mld zł (- artykuł z 19 lipca 2019 r.; Informacja NIK o wynikach kontroli „WYKONANIE BUDŻETU PAŃSTWA W 2018 R. W CZĘŚCI 29 - OBRONA NARODOWA ORAZ WYKONANIE PLANÓW FINANSOWYCH FUNDUSZU MODERNIZACJI SIŁ ZBROJNYCH I AGENCJI MIENIA WOJSKOWEGO" z dnia 07 czerwca 2019 r. (KON.430.001.2019; Nr ewid. 137/2019/P19/001/KON). Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, iż Zamawiający dysponuje odpowiednimi środkami i możliwościami, by

zwiększyć kwoty na realizację zamówień i dotychczasową jego praktyką było dokonywanie takich zwiększeń. Zamawiający od realizacji niniejszego zamówienia nie zamierza odstąpić, a jego późniejsze udzielenie wskutek konieczności powtórzenia postępowania, doprowadzi jedynie do wzrostu kosztów jego realizacji. Podkreślenia wymaga bowiem, że Zamawiający wszczął nowe postępowanie obejmujące ten sam przedmiot zamówienia [ogłoszenie wysłane w dniu 21.08.2019, ID: 2019-117319). W tym kontekście Odwołujący przywołał poglądy doktryny i podkreślił, że Zamawiający nie wykazał przesłanki związanej z okolicznością braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. Taki stan rzeczy nie uprawniał Zamawiającego do zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp i unieważnienia przetargu, skoro nie podjął żadnych zabiegów zmierzających do zwiększenia kwoty przeznaczonej na jego realizację.

Po czwarte Odwołujący wskazał na możliwość sfinansowania zamówienia za pomocą innych środków w ramach Planu Modernizacji Wojska. Zaznaczył, że Zamawiający posiada środki z zadań, które okazały się niemożliwe do zrealizowania, a które przeznaczone były na realizację innych, unieważnionych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Podniósł, iż w 2019 r. Zamawiający unieważnił po raz trzeci postępowanie na samochody ciężarowo-osobowe w ramach programu Mustang o wartości 239 min zł (program Mustang objęty jest Planem Modernizacji Wojska 2017-2026) z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu (artykuł z dnia 15 marca 2019 r. -
.

Zamawiający w tym samym roku unieważnił także postępowanie dotyczące udzielenia

zamówienia publicznego na Systemy detekcji skażeń o wartości powyżej 443 000 Euro z

uwagi na brak wpływu ofert wstępnych http://iu.wp.mil.pl/userfiles/file/ zamowienia_ publiczne/2018/127/Uniewaznienie_postepowania.pdf). Szczególnie brak rozstrzygnięcia zakupu w ramach programu Mustang dawał możliwość rozdysponowania środków w budżecie Planu Modernizacji Wojska 2017-2026 i jest to kwota ponad 6-krotnie wyższa od różnicy, która według Zamawiającego była powodem unieważnienia niniejszego postępowania Jak wynika bowiem z przywołanej wyżej wypowiedzi przedstawiciela Zamawiającego, Zamawiający uczestniczy w procesie korygowania Planu Modernizacji Wojska w trakcie jego realizacji, proponując rozdysponowanie środków z zadań, które z różnych przyczyn okazały się niemożliwe do zrealizowania w roku budżetowym. Wobec powyższego Zamawiający ma możliwość sfinansowania kosztów niniejszego zamówienia środkami, które przewidział na realizację innych inwestycji w ramach Planu Modernizacji Wojska 2017-2026, które nie zostały wykorzystane. Przesunięcie środków finansowych między projektami nie powoduje ponadto zwiększenia ustalonego limitu finansowego wydatków przeznaczonych na realizację Planu Modernizacji Wojska. Odwołujący powołał się w tym zakresie na orzecznictwo wskazujące na możliwość wystąpienia zdarzeń powodujących zwiększenie środków w czasie, jaki mija od zaplanowania wydatków na realizację określonego zamówienia, a dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty - wyrok KIO 226/14. W jego ocenie Odwołujący wykazał, że w momencie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu Zamawiający dysponował dodatkowymi środkami lub możliwością przeznaczenia innych środków w ramach własnego budżetu w związku ze zwiększeniem wydatków w budżecie państwa na obronność, zwiększeniem wydatków na wsparcie centralne w ramach budżetu MON, unieważnieniem postępowań o udzielenie zamówienia publicznego realizowanych w ramach Planu Modernizacji Wojska 2017-2026, dokonywaniem zamówień na kwoty przewyższające ich szacunkową wartość, wypowiedziami przedstawiciela Zamawiającego odnośnie możliwości przesuwania środków w ramach budżetu MON i komunikatami o przeznaczeniu dodatkowych środków w ramach Planu Modernizacji Wojska 2017-2026 pierwotnie nieprzewidzianych na realizację danego zamówienia (w tym zakresie powołał się także na wyrok KIO 1792/11). Tymczasem Zamawiający, wydając decyzję o unieważnieniu postępowania, nie wykazał, aby próbował znaleźć środki na realizację przedmiotowego zamówienia, lub, jeśli próby takowe zostały podjęte, jakie okoliczności faktyczne lub prawne leżały u podstaw braku możliwości przeznaczenia dodatkowych środków na realizację zamówienia i decyzji o unieważnieniu postępowania. Zamawiający nie wykazał także, aby nastąpiły nieprzewidziane zdarzenia powodujące zmniejszenie środków na sfinansowanie zamówienia, niezależne od Zamawiającego. Co więcej, Odwołujący wykazał, iż Zamawiający dysponował środkami wystarczającymi na realizację zamówienia lub miał możliwość dokonania przesunięć środków w ramach swojego budżetu. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nadużywając instytucję unieważnienia postępowania, dopuścił się rażącego naruszenia powołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po piąte Odwołujący zwrócił uwagę, na kwestię oszacowania ceny w ramach analizy

rynku prowadzonej przez Zamawiającego. Podniósł, iż Zamawiający w 2012 r. prowadził analizę rynku dotyczącą możliwości pozyskania dla Wojsk Lądowych dostaw w zakresie symulatorów i systemów symulacji pola walki, które stanowią przedmiot zamówienia.

Odwołujący pismem z dnia 5 października 2012 r. dostarczył Zamawiającemu informacje oraz szacunkowe ceny w zakresie wymaganym przez Zamawiającego (dowód: dokumentacja postępowania). Zgodnie z podanymi przez Odwołującego kwotami, wykonanie przedmiotowego zamówienia zostało oszacowane na kwotę 160 603 598 Euro, tj. 659 936 244 zł (średni kurs euro NBP, październik 2012 r. - https://www.nbp.pl/home.aspx?f=/kursy/arch_a.html). Przy tym Odwołujący wskazał, że Zamawiający w ramach SIWZ zawarł wyższe wymogi w stosunku do tych przewidzianych w ramach analizy rynku, chociażby w zakresie dotyczącym okresu eksploatacji zamawianych systemów (13 i 15 lat w zapytaniu w ramach analizy rynku oraz 25 lat w SIWZ). Dodatkowo zauważył, że do momentu wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. do 2019 r., ceny za przedmiotowe systemy symulacji wzrosły w stosunku cen z roku 2012 r. Jak wynika z powyższego, Zamawiający określając kwotę na sfinansowanie zamówienia, nie uwzględnił aktualnej sytuacji rynkowej. Jeszcze przed datą złożenia ofert w postępowaniu Zamawiający zdawał sobie sprawę z faktu, że łączny koszt zamówienia będzie wyższy niż wynikający z szacunków w ramach przeprowadzonej analizy rynku z uwagi na wyższe wymagania w ramach specyfikacji zamówienia oraz wzrost cen (koszt wynikający z przedstawionych przez Odwołującego szacunków to 659 936 244 zł, a kwota, jaką Zamawiający ostatecznie zdecydował się przeznaczyć na realizację zamówienia, wynosiła 593 782 557 zł), a mimo to zdecydował się na kontynuację postępowania i wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. W ocenie Odwołującego, Zamawiający musiał zdawać sobie sprawę z wyżej opisanych okoliczności, wobec dostarczenia mu dokładnych informacji i szacunków w zakresie ceny. Jak wskazano powyżej, mimo iż składane w innych postępowaniach oferty przekraczały budżet Zamawiającego, decydował się on na jego zwiększenie i udzielenie zamówienia. Wobec tego trudno znaleźć uzasadnienie dla faktu, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający postąpił inaczej, chyba że np. wybór innego, „preferowanego" wykonawcy. Taki sposób działania Zamawiającego potwierdza naruszenie przez niego zasad wynikających z art. 7 ustawy Pzp, w tym zasadę równego i uczciwego traktowania wykonawców i zasadę przejrzystości.

Jako szósty argument Odwołujący wskazał na brak uzasadnienia. Powołał się na art. 93 ust. 3 ustawy pzp, zgodnie z którym Zamawiający, unieważniając postępowanie, podaje uzasadnienie faktyczne i prawne. Wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał prostego zestawienia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia i ceny oferty, a w ślad za tym niejako automatycznie unieważnił postępowanie. Z treści Zawiadomienia w sposób oczywisty nie wynika, by Zamawiający prowadził pogłębioną analizę swoich możliwości finansowych i poszukiwał możliwości pozyskania (przesunięcia) środków finansowych niezbędnych do wykonania zamówienia. Dopiero podjęcie takich działań i zakończenie ich niepowodzeniem, mogłoby uzasadniać unieważnienie postępowania. Brak więc w tym przypadku uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania, co uniemożliwia weryfikację działań Zamawiającego w ujęciu zgodności z przepisami pzp, w szczególności w świetle zasady proporcjonalności i przejrzystości. Dodać przy tym należy, że w niniejszej sprawie nie ma mowy tylko o wadliwym uzasadnieniu decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, choć uzasadnienie to w istocie jest nieprawidłowe, bowiem nie zawiera szczegółowego, konkretnego uzasadnienia zastosowania wyjątkowej, ostatecznej konstrukcji prawnej unieważnienia postępowania, ale przede wszystkim o wadliwej pod względem merytorycznym czynności unieważnienia postępowania, mimo istniejącej możliwości sfinansowania tego zamówienia oraz jednocześnie braku możliwości oczekiwania niższej ceny w kolejnym postępowaniu czy złożenia przez innych wykonawców niż Odwołujący oferty najkorzystniejszej w nowym postępowaniu wszczętym przez Zamawiającego ogłoszeniem z sierpnia 2019 r. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający ograniczył się w „uzasadnieniu" czynności unieważnienia Postępowania wyłącznie do wskazania podstawy prawnej swej decyzji, co w żadnym wypadku nie może być ocenione jako uzasadnienie jej zastosowania. Wskazał, iż w świetle orzecznictwa Izby przesłanki unieważnienia postępowania należy interpretować ściśle, zawężająco, co w konsekwencji zmusza Zamawiającego do wykazania istnienia podstaw prawnych i faktycznych uzasadniających unieważnienie postępowania. W niniejszej sprawie Zamawiający winien zatem wykazać zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 i ust. 3 pzp. że nie może zwiększyć kwoty na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. Zamawiający, nie wskazując żadnej okoliczności faktycznej na potwierdzenie, że przeprowadził proces badania swoich możliwości finansowych i że proces ten doprowadził do wniosków, że nie dysponuje odpowiednimi środkami finansowymi, skutkuje tym, że Zamawiający nie wykazał, iż w niniejszej sprawie zaszły podstawy do unieważnienia postępowania. Odwołujący podkreślił, że w przypadku, kiedy cena najkorzystniejszej oferty mieści się w ramach kwoty, na jaką Zamawiający szacował koszt wykonania zamówienia, albo gdy kwota ta może zostać przez Zamawiającego zwiększona do ceny najkorzystniejszej; oferty, wtedy Zamawiający ma możliwość i obowiązek realizacji zamówienia (zawarcia umowy). W niniejszym postępowaniu Zamawiający miał możliwość realizacji zamówienia, a stan ten trwa nadal. Przyznanie więc prawa Zamawiającemu do unieważnienia postępowania byłoby równoznaczne z tym, że Zamawiający uwolni się od jakiejkolwiek odpowiedzialności za niewywiązanie się z obowiązku zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Taki sposób rozumienia przepisów Pzp sankcjonowałby więc praktykę zwlekania z zawieraniem umów o zamówienie publiczne

z nadzieją, że powtórzenie procedury doprowadzi do obniżenia ceny. Unieważnienie jako ostateczny, negatywny skutek postępowania jest działaniem nieproporcjonalnym do skali różnicy pomiędzy ceną Odwołującego a kwotą przeznaczoną na realizację Zamówienia i w takiej sytuacji Izba powinna nakazać unieważnienie tej czynności.

Na koniec Odwołujący wskazał na okoliczność wymuszania obniżenia ceny oferty poniżej poziomu rynkowego. Podniósł, iż możliwość unieważnienia postępowania ma charakter wyjątkowy. Zamawiający poprzez uruchomienie procedury składa zobowiązanie o określonej treści, po którym wykonawcy podejmują wysiłki w celu skonstruowania oferty i mają w związku z tym określone oczekiwania. Zamawiający, który posiada środki niezbędne do realizacji zamówienia, a traktuje swe kompetencje jako instrument gry rynkowej, łamie zasady wynikające z ustawy pzp. W ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości, że wyłącznie Zamawiający jest odpowiedzialny za własny budżet i po stronie Odwołującego nie istnieje żadne roszczenie o jego zmianę, ale w tej sytuacji przysługuje mu ochrona w ramach ustawy pzp. Wskazał, że Zamawiający jest zobowiązany do realizacji zadania publicznego będącego przedmiotem niniejszego postępowania. Przyznał to sam Zamawiający, ogłaszając nowe postępowanie Cały zabieg ma więc de facto na celu doprowadzenie wykonawców do zaoferowania niższej ceny czy złożenie oferty najkorzystniejszej, niepodlegającej odrzuceniu przez innych wykonawców niż Odwołujący. Tymczasem, cena zaproponowana przez Odwołującego jest realna, a jej ewentualne obniżenie będzie skutkowało koniecznością wykonania zamówienia poniżej kosztów. Podkreślił, że modyfikacje przedmiotu zamówienia w nowym postępowaniu nie mogą stanowić podstaw do redukcji kosztów realizacji zamówienia, a są wyłącznie pretekstem do powtórzenia postępowania. Zaznaczył, że w przedmiotowym postępowaniu wszyscy wykonawcy, których oferty zostały w tym postępowaniu odrzucone w następstwie orzeczeń KIO w sprawach o sygn. akt KIO 1383 /19. KIO 1392/19. KIO 1396/19. byli przez Zamawiającego wzywani do wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy pzp. Nie sposób więc przyjąć, że powtórzenie postępowania może przynieść Zamawiającemu jakiekolwiek oszczędności. Bez wątpienia natomiast znaczne przedłużenie procedury, biorąc pod uwagę czas trwania obecnego postępowania, nie leży w interesie publicznym - modernizacja polskich sił zbrojnych.

Reasumując Odwołujący wskazał, iż unieważnienie postępowania, kiedy jedyną przesłanką jest chęć powtórzenia procedury albo uzyskania niższej ceny, jest w tym konkretnym przypadku niedopuszczalne. Nie spełniono bowiem przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. Unieważnienie postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp podlega weryfikacji w przypadku skorzystania przez wykonawcę z prawa do wniesienia środków ochrony prawnej. Na zamawiającego został więc nałożony obowiązek zawiadomienia wykonawców o przyczynach unieważnienia postępowania. W zawiadomieniu tym nie wystarczy podać tylko podstawy prawnej. Niezbędne jest też dokładne poinformowanie o okolicznościach faktycznych, wyczerpujących przesłankę zawartą w powoływanym przepisie. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o

unieważnieniu postępowania powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego. Zamawiający tego jednak nie uczynił. Mało tego, w niniejszej sprawie Zamawiający, w ocenie Odwołującego, dysponuje niezbędną rezerwą środków finansowych. Nie można dać wiary twierdzeniu, jakoby Zamawiający nie posiadał

środków na realizację przedsięwzięcia, skoro na kolejne postępowanie zostały już zabezpieczone środki finansowe. W tym zakresie Odwołujący wskazał na orzecznictwo -

wyrok KIO 2155/18, a także KIO 2832/14 i KIO 1948/11.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie po dokonaniu analizy przedstawionych

zarzutów wniósł o:

oddalenie odwołania w całości na podstawie art. 192 ust. 1, jako niezasadnego, wobec faktu, że zarzuty sformułowane przez Odwołującego uznać należy za nieuprawnione.

Uzasadniając stanowisko, zamawiający wskazał, co następuje.

Instytucja unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie zamówień publicznych jest dopuszczalną, przewidzianą prawem instytucją, z której możliwością wystąpienia zarówno Zamawiający, jak i uczestnicy postępowania powinni się liczyć. Jej stosowanie przewidziane jest w przypadku zaistnienia ustawowych przesłanek, wskazanych art. 93 ust. 1 pzp. które miały miejsce w trakcie postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

Argumenty przytaczane przez Odwołującego, takie jak zwiększenie wydatków w Planie Modernizacji Wojska w latach 2017-2026, polityka państwa zmierzająca do wzrostu wydatków na przebudowę, modernizację techniczną oraz finansowanie SZ RP, jak również wypowiedzi medialne przedstawicieli MON w tym zakresie, mimo swej istotności, w żaden sposób nie oznaczają, że właśnie na przedmiotowe zamówienie, będące przedmiotem postępowania odwoławczego zwiększono budżet, a jak wprost konkretnie wskazał Zamawiający w Informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 19.08.2019 r. nr pisma IU/STLąd/9278/19 środki na realizację zamówienia były niższe niż oferta Odwołującego.

Fakt, ze kwota ponad 9,3 mld zł (wskazana przez PGZ), którą dysponuje Zamawiający według zestawienia wydatków budżetu resortu obrony narodowej na realizację postępowań zakupowych, nie jest równoznaczny z potwierdzeniem, że możliwy byłby zakup przedmiotu zamówienia za cenę oferowaną przez Odwołującego.

Zamawiający realizuje bowiem szereg postępowań zakupowych, w których niejednokrotnie z uwagi na uwarunkowania rynkowe, środki pierwotnie zastrzeżone na realizację zakupów wymagają przesunięć. zmniejszenia lub zwiększenia kwoty kosztem innych pozycji, które można zrealizować za ceny inne niż szacowane.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, że gołosłowne są twierdzenia Zamawiającego, że nie zachodzi możliwość zwiększenia kwoty przyznanych środków, co jak ocenia Zamawiający wynika z niewiedzy a nie złej woli Odwołującego. Zamawiający niejednokrotnie występował do ZPR P-8 z wnioskami o dokonanie korekty w Planie Modernizacji Technicznej, w szczególności o środków finansowych) na poszczególne zadania- Wybrane przykłady potwierdzające powyższe stanowi przesłana do Izby korespondencja pomiędzy Inspektoratem Uzbrojenia, a Zarządem Planowania Rzeczowego P-g SG (dalej ZPR P-8). Jednocześnie, mając na uwadze, że przekazane dokumenty stanowiące dowód w sprawie podlegają ochronie w myśl przepisów o ochronie informacji niejawnej, zwracam się do Izby o nic udostępnianie ich treści.

Odnosząc się do ww. dokumentów. Zamawiający w skrócie (ogólnie) wskazuje:

1/ Załącznik 4 do pisma Inspektoratu Uzbrojenia nr IU/STLąd/Z-926/19 z dnia 10.09.2019 r. Korespondencja ta określa wielokrotnie podtrzymywane w ostatnich kilku miesiącach przez ZPR P8 uwzględniające szereg uwarunkowań w tym m.in. potrzebę zmniejszenia limitu wydatków w obszarze PMT wynikającą ze zmiany prognozy wydatków, zabezpieczenia zmiany harmonogramu finansowania kluczowych programów o wyższym priorytecie np. WISŁA (poprzez znaczący zwiększenie nakładów do 2022 r.) i pozostałych potrzeb (Zamawiający nie '"mienia z uwagi na niejawny ich charakter).

Dlatego też, biorąc powyższe pod uwagę, na obecnym etapie ZPR p-8 nie dostrzega możliwości dofinansowania zadań o niższym priorytecie niż wymienione w Załączniku.

2/ Załącznik nr 2 i 3 do pisma Inspektoratu Uzbrojenia nr wych. IU/STLąd'Z-926/19 z dnia 10.09.2019 r.

Pisma zawierają faktyczne wnioski o zabezpieczenie brakujących środków dla wyników niniejszego postępowaniu. Wskazana kwota nie wnika wyłącznie z sumarycznego braku środków stanowiących różnicę pomiędzy wartością najkorzystniejszej oferty, a kwotą jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, lecz również brakujące środki w poszczególnych latach i pozycjach w stosunku do oferty Wykonawcy.

3/ Załącznik nr I do pisma Inspektoratu Uzbrojenia nr wych. IU/STLąUZ-926/19 z dnia 10.09.2019 r.

Z pisma wynika brak możliwości dofinansowania zadania oraz, że przydzielony na lata 2020-2026 limit finansowy na realizację zadań z obszaru modernizacji technicznej został w pełni rozdysponowany.

4) Załącznik nr 5 do pisma Inspektoratu Uzbrojenia nr wych. IU/STLąUZ-926/19 7. dnia 10.09.2019 r.

Pismo wykazuje wysokość brakujących środków finansowych na jedno z priorytetowych zadań w latach 2020-2021.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający także wystąpił z wnioskiem o zwiększenie środków jednakże otrzymał odpowiedź odmowną.

Z uwagi na fakt, że przedmiotem tych wystąpień są kwestie objęte poufnością i oznaczone klauzulą "Zastrzeżone", Zamawiający nie mógł w tym zakresie ujawnić uczestnikom postępowania posiadanych danych, ani udzielić dokładniejszych wyjaśnień dotyczących przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie jest decydentem w zakresie tworzenia Planu Modernizacji Technicznej (zwanego dalej PMT), a jedynie uczestniczy w jego opracowywaniu w zakresie oceny możliwości realizacji postępowań mających na celu wydatkowanie przewidzianych w PMT środków oraz oceny pod kątem zabezpieczenia w PMT zobowiązań zaciągniętych przez Zamawiającego na podstawie zawartych umów. Odwołujący jako podmiot biorący częsty udział w postępowaniach zakupowych prowadzonych przez Zamawiającego ma jego specyfikę i ograniczenia w zakresie podejmowania samodzielnych decyzji co do dysponowania środkami finansowymi, zatem dziwi brak zrozumienia kwestii, że Zamawiający jest tylko dysponentem wydzielonej części budżetowej.

Na dzień zakończenia postępowania oraz na dzień dzisiejszy nie ma możliwości zwiększenia środków finansowych na realizację zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, występowanie o zmiany w PMT nie może być praktyką Zamawiającego, do wykazania czego zmierza Odwołujący, mając na uwadze wyłącznie swój własny interes, ale może zaistnieć w szczególnie uzasadnionych okolicznościach i jest traktowane jako wyjątek, ze względu na odpowiedzialność Zamawiającego jako dysponenta części środków budżetowych.

Nadużyciem jest twierdzenie Odwołującego, że jeśli inne postępowania prowadzone przez Zamawiającego nie zakończyły się udzieleniem zamówienia i podpisaniem umowy, to środki te można automatycznie przeznaczyć na zwiększenie budżetu zamówienia objętego postępowaniem, zamiast dążyć do uzyskania zamówień w innych, nie mniej istotnych obszarach. Bez znaczenia jest także fakt, że w innych postępowaniach Zamawiający zwiększał budżet przewidziany na sfinansowanie zamówienia. Każde postępowanie o udzielenia zamówienia należy bowiem traktować indywidualnie, uwzględniając przy tym potrzeby w zakresie obronności państwa i interes Sił Zbrojnych RP.

Odnośnie zarzutu Odwołującego co do braku uzasadnienia faktycznego i prawnego do decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, wyjaśnić należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie działał pochopnie nie jest bowiem podmiotem prywatnym, ale publiczną instytucją, dysponentem środków publicznych, podlegającym licznym kontrolom, ponoszącym odpowiedzialność ustawową, co sprawia że szczegółowo analizował możliwości realizacji zamówienia za kwotę większą.

Na dotychczas prowadzonych postępowań ma także wystarczające doświadczenie i

rozeznanie dotyczące ewentualnej korekty PMT.

Podkreślenia, że prowadzone postępowanie na dostawę, instalację i uruchomienie taktycznych systemów symulacji pola walki postępowania nr ref.: ILJ/ 170/X-36/ZO/NZO/DOS/Z/2015 wykazało, że możliwa byłaby realizacja zamówienia cenę dużo niższa niż oferta Odwołującego. W ocenie Zamawiającego, próba wykazania przez

Odwołującego, że dokonane unieważnienie postępowania jako ostateczny i negatywny

skutek postępowania jest działaniem nieproporcjonalnym do skali różnicy pomiędzy ceną Odwołującego, a kwotą przeznaczoną na realizację zamówienia jest nadinterpretacją" a nawet dalece nieuzasadnionym nadużyciem. zwłaszcza że dotyczy gospodarowania

środkami publicznymi w kwocie ok. 37 mln złotych. Nadrzędne znaczenie dla

Zamawiającego mają potrzeby Sił zbrojnych RP, które został odzwierciedlone w PMT, a każda kwota przeznaczona na ich realizację jest kwotą istotną.

W treści Zawiadomienia o unieważnieniu postępowania Zamawiający wprost wskazał, że nie ma możliwości realizacji zamówienia za kwotę wyższą niż przewidziana po otwarciu ofert. W ramach wewnętrznych procedur dotyczących ewentualnych zmian PMT Zamawiający

podejmował działania zmierzające do rozeznania możliwości zwiększenia planowanej kwoty.

Informowanie uczestników postępowania o tym, jakie były to działania i kto podejmował

określne decyzje, jak próbuje uzasadniać Odwołujący stanowiłoby nieuprawnione działanie

Zamawiającego, niezgodnie z praktyką służbową, do którego przepisy prawa go nie obligują.

Podkreślić zgodnie z KIO 823/14 LEX aktualne pozostają tezy że: „1. Określenie przez

zamawiającego kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na realizację zamówienia mieści się w

jego dyskrecjonalnej władzy a przepisy art. 86 ust. 3 pzp oraz art. 93 1 pkt 4 pzp w żaden

sposób rej władzy nie ograniczają. 2. Zgodnie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający

unieważnia postępowanie, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną

przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie

zamówienia." Przepis ten dopuszcza zatem wprost możliwość unieważnienia postępowania

przez zamawiającego, po samym tylko ustaleniu, że oferta z najniższa ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zatem nie sposób czynić Zamawiającemu zarzutów skoro jego działanie stanowi wypełnienie normy ustawowej, a możliwość podwyższenia kwoty jaką Zamawiający zamierza

przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to jego uprawnienie, a nie obowiązek.

Odwołujący poznał kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z chwilą otwarcia ofert i jeśli uważał, że czynność ta została przez dokonana

nieprawidłowo, powinien skorzystać ze środków ochrony prawnej. Stosownie do wyroku KIO 1587/15, KIO 1589/15 Izba zważyła, że „zgodnie art. 93 ust.1 pkt 4 pzp, zamawiający

unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć: na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć kwoc do ceny najkorzystniejszej oferty. Co do zasady kwota podawana na otwarciu Ofert, wyraża maksymalny poziom kosztu, który zamawiający planuje ponieść na realizacje zamówienia. Kwota ta jest skorelowana z wartością zamówienia szacowaną przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu nabycie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w granicach dokonanej prze: niego kalkulacji i budżetu założonego na dany cel. Zamawiający nie musi być zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia za cenę odbiegającą znacznie od ceny rynkowej lub za cenę, która w istotny sposób przewyższa granice finansowe, do jakich zamawiający jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia.

W tym samym wyroku Izba stwierdziła, że „Zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia." A to z tego powodu, że „w pewnych sytuacjach podwyższenie środków może stanowić decyzję nieopłacalną wręcz narażającą zamawiającego na duże nieekonomiczne wydatki. Zasadą jest, że zamawiający jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia do kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i którą podał na otwarciu ofert.

W przedmiotowym postępowaniu zamiar nieprzekroczenia budżetu na dane zadanie nie budzi wątpliwości - wynika on z faktu, że otrzymał konkretną ilość środków na zamówienie na mocy decyzji organu państwa ZPR P-8 dysponującego środkami w resorcie obrony narodowej, na co otrzymał stosowne potwierdzenie.

Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w żadnej mierze nie jest kwotą zaniżoną w stosunku do realnej wartości zamówienia i możliwe jest dokonanie zakupu w ramach środków budżetowych. W świetle powyższego, ogłoszenie przez Zamawiającego nowego postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie jest wymuszeniem obniżenia ceny ofertowej, jak próbuje przekonać Odwołujący. Wręcz przeciwnie Zamawiający kieruje się zasadami dyscypliny finansów publicznych, a przyjęcie rozumowania Odwołującego oznaczałoby wymuszenie na Zamawiającym wyboru oferty o cenie wyższej, od rozwiązań dostępnych na rynku.

Celem postępowania jest zawsze wybór oferty najkorzystniejszej, w zgodzie z regulacjami Pzp, a dotychczasowe postępowanie wykazało, Zamawiający może uzyskać oferty mieszczące się „w budżecie, jaki początkowo przewidział, bez konieczności jego zwiększania. W takiej sytuacji zwiększanie budżetu, pomimo braku uzasadnienia mogłoby stanowić naruszenie dyscypliny finansów publicznych przez Zamawiającego. W myśl art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 869 ze zm.), wydatki publiczne powinny być dokonywane w szczególności w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Zamawiający podlegający ustawie, podlega także przepisom ustawy z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów (Dz.U. z 2019 r. poz. 1440) Zgodnie z ww. ustawą, kontynuowanie zamówienia, pomimo istnienia okoliczności wymienionych w art. 93 ust. 1 ustawy pzp, może być kwalifikowane jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (przesłanka innego naruszenia przepisów ustawy mającego wpływ na wynik

postępowania). Ponadto zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy, naruszeniem dyscypliny jest zaciągnięcie lub zmiana zobowiązania bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągania lub zmiany zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych.

W konsekwencji powyższego nie jest możliwym wybranie oferty PGZ z uwagi na brak środków w kwocie odpowiadającej wartości oferty Odwołującego, a kwota ta nie może zostać zwiększona o czym była mowa powyżej. Dodatkowo Zamawiający wskazuje, że nie podziela stanowiska, iż ma obowiązek poszukiwania dodatkowych środków na zwiększenie budżetu zamówienia lub obowiązek wykazania, że próby takie podjął przed unieważnieniem postępowania. Przeczy temu brzmienie ustawy Pzp, jak również ugruntowania linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej.

Jak wynika z orzecznictwa, podwyższenie wartości zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty jest uprawnieniem zamawiającego, a nie jego obowiązkiem. Jak wskazano w wyroku KIO 981/15, „ ocena tego, czy zwiększenie budżetu przeznaczanego na dane zamówienie jest możliwe należy wyłącznie do zamawiającego, 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 zamówienie, 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 przejęcia przez podmiot ingerujący odpowiedzialności za zadania i budżet Zamawiającego. W ocenie KIO przedstawionej w przywołanym orzeczeniu, art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp daje wprawdzie Zamawiającemu możliwość poszukiwania dodatkowych środków na zwiększenie budżetu dla danego zamówienia, ale z całą pewnością nie kreuje takiego obowiązku.

W konsekwencji bezpodstawnym jest oczekiwanie, że Zamawiający będzie udowadniał, że jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków finansowych. Nie znajduje bowiem oparcia 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, że nie ma dodatkowych środków na realizację zamówienia nie ma żadnego oparcia w przepisach ustawy PZP /.../ Nie można bowiem wymagać od Zamawiającego przepłacania za wykonanie zamówienia powyżej realnej wartości rynkowej. Podobnie w wyroku KIO 1375/15, wskazano, że „określenie przez Zamawiającego kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na realizację zamówienia mieści się w jego dyskrecjonalnej władzy, a przepisy art. 86 ust. 3 oraz art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy pzp w żaden sposób rej władzy nie ograniczają. Przepisy te nie umożliwiają wykonawcy, na etapie w jakim obecnie znajduje się postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone przez Zamawiającego w rozpoznawanej sprawie, badania rzeczywistych możliwości finansowych Zamawiającego, czy też podejmowania próby nakazania Zamawiającemu wydania na dane zamówienie kwoty wyższej niż pierwotnie zaplanowana”.

W wyroku KIO 1132/15 Izba wprost stwierdziła, że „ Zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania źródeł finansowania ponad kwoty, które pierwotnie zabezpieczył, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej i zapobieżeniu unieważnienia postępowania. Określenie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia należy do jego dyskrecjonalnej władzy. Określenie szacunkowej wartości zamówienia ma na celu ustalenie wartości zamówienia, ale nie przekłada się na obowiązek zamawiającego uwzględnienia tej wartości w określaniu budżetu dla danego zadania.

Analogicznie wyrok KIO 2347/15 w którym podniesiono, że „unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający nie jest zobowiązany do wykazywania, że zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty jest niemożliwe" (por. wyrok SO w Katowicach z 24.04.2008 sygn. akt XIX Ga 131/08). Zamawiający nie ma również obowiązku, jak oczekuje Odwołujący, przedstawiania jakiegokolwiek dodatkowego uzasadnienia w związku z unieważnieniem postępowania. Zgodnie z wyrokiem KIO 223/16, KIO 224/16. KIO 225/16, KIO 228/16, „zamawiający nie musiał wykazywać, że podjął jakiekolwiek działania, czy przeprowadził jakąś szczególną analizę, zmierzającą do ustalenia możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia dla rejonu/.../Określenie takiego wymogu, stanowiłoby nadinterpretację przepisu art. 93 ust. I pkt 4 ustawy pzp jak i art. 93 ust. 3 ustawy pzp.”

Powyższe rozumowanie potwierdza również orzecznictwo sadów powszechnych. Jak

wskazano w wyroku SO w Koszalinie z 16 kwietnia 2014 r. VI Ga 23/14, oceny, czy posiada

środki na sfinansowanie zamówienia, dokonuje sam zamawiający. Jest to jego suwerenna decyzja związana z całościową sytuacją finansową zamawiającego, o której wiedzę posiada on sam, nie zaś decyzja i ocena wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zwiększenie kwoty podanej na otwarciu ofert jest uprawnieniem, a nie jego obowiązkiem. Ustawa zezwala zamawiającemu na zwiększenie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, a tym samym kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia mimo zaistnienia przesłanek z art.93 ust. 1 pkt 4, jednakże nie nakłada obowiązku. Tym samym za bezprzedmiotowe uznać należy również zarzuty dotyczące niewykazania przez zamawiającego, iż nie jest on w stanie zwiększyć środków na sfinansowanie zadania.

Mając na względzie opisane uwarunkowania prowadzonego postępowania Zamawiający nie

mógł postąpić inaczej.

Art. 93 pzp nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego (verba legis „zamawiający unieważnia postępowanie"), gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że ustawodawca w art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp, używając sformułowania „zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia", odwołał się do kwoty, którą zamawiający podaje bezpośrednio przed otwarciem ofert (art. 86 ust. 3 pzp). Ratio legis tego przepisu, sprowadza się do ochrony interesu publicznego, w szczególności interesu finansowego, przed zawyżonymi wydatkami.

Kwota, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia mieści się zakresie jego

dyskrecjonalnej władzy, a przepisy prawa art. 86 ust. 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp w żaden sposób tej autonomii nie ograniczają. Żaden przepis nie zobowiązuje zamawiającego do wykazywania uczestnikom postępowania, czy podjął działania zmierzające do zwiększenia

kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia lub dlaczego działania takie nie odniosły skutku oczekiwanego przez zainteresowanego Oferenta.

Wobec działań podejmowanych przez Zamawiającego, zgodnie z obowiązującymi procedurami, o czym była mowa przy wskazywaniu stosownych wystąpień do organów

decydujących o kształcie planu finansowego oraz z uwagi na wypełnienie przez

Zamawiającego norm wynikających z przepisów Pzp zarzuty przytaczane przez

Odwołującego zasługują, w ocenie zamawiającego na oddalenie jako niezasadne.

Strony postępowania odwoławczego przedstawiły stanowiska na rozprawie.

Odwołujący podkreślił specyfikę postępowania toczącego się od kilku lat i poprzedzonego dialogiem technicznym. Przypomniał, że w ciągu 2 dni po unieważnieniu postępowania zostało ogłoszone kolejne postępowanie na przedmiot zamówienia, co potwierdza znaczenie tego zadania dla zamawiającego. Podkreślił rozumienie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp z przedstawioną w odwołaniu wykładnią wskazując na wyjątkowość instytucji unieważnienia postępowania z przedmiotowej przyczyny.

Złożył do akt schemat postępowania zamawiającego przy pozyskiwaniu środków finansowych oraz pismo procesowe. Podkreślił możliwość dokonywania przez zamawiającego przesunięć środków finansowych samodzielnie w określonym rozmiarze lub w uzgodnieniu z dysponentem ZPR-P8. Wskazał, iż z pism zamawiającego nie wynika, iż nie mógł on uzyskać niezbędnego dofinansowania kwoty na sfinansowanie zamówienia. Załączone pisma, w tym zastrzeżone, nie potwierdzają złożenia konkretnego wniosku o korektę PMT i uzyskania negatywnej odpowiedzi w tym zakresie. Wskazał na upływ czasu, przewidywany termin realizacji zamówienia w przyszłości i konieczność w związku z tym dokonania przesunięć kwot przeznaczonych na wydatkowanie w kolejnych latach realizacji zamówienia. Ocenił, że w kolejnym postępowaniu zamawiający nie uzyskałby niższych cen ofertowych. Zauważył przy tym, iż najtańsza oferta w unieważnionym postępowaniu miała znamiona ceny rażąco niskiej.

Wskazał na kontrowersyjny sposób prowadzenia postępowania przez Zamawiającego mając wątpliwości co do rzeczywistego celu takiego procedowania.

Odnośnie uchwały 164 RM wskazał na str. 10 Monitora Polskiego stwierdzając, iż w tym

zakresie przedmiotowym nie można wskazać, iż Zamawiający dysponował kwotą, którą ogłoszono jako przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. Zauważył, że dokument, jako program, pochodzi z roku 2013. Przypomniał decyzję 202/MON, gdzie w § 11 pkt 1a wskazano na możliwość własnych przesunięć przez Zamawiającego środków w kontekście rezygnacji z realizacji innych zadań. Przypomniał, że alternatywą była i jest korekta planu stosownie do procedur, które wcześniej przedstawiono. Podkreślił obowiązek poszukiwania środków finansowych wynikający z art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp, którego to obowiązku Zamawiający nie wykonał.

Zauważył, że Zamawiający nie wykazał, o jaką kwotę pytał decydenta środków wskazując przy tym, że należało również planować środki na 2021 r. Wskazał na zmienioną wartość środków, jaką należy przywidywać do wydatkowania w roku 2021 r. Zamawiający nie wykazał niemożności dysponowania środkami w roku 2020 i 2021, zwłaszcza że wielkość środków ulega zmianom, a budżet MON corocznie ulega zwiększeniu. Stwierdził, że

Zamawiający przyznał, iż dysponował kwotą wyższą niż 593 mln zł, co powinno oznaczać, iż wartość brakujących środków była niższa, niż podawana przez Zamawiającego. Z opublikowanych dokumentów dotyczących nowego postępowania nie wynika, iż przedmiot zamówienia jest odmienny od przedmiotowego. Negował tezę Zamawiającego o rynkowym poziomie cen oferowanych przez innych wykonawców, których oferty zostały odrzucone, jako tezę nieudowodnioną.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania ze stanowiskiem wyrażonym w złożonej odpowiedzi. Stwierdził, że nie decyduje samodzielnie o zmianach w kwotach, jakimi dysponuje na realizację poszczególnych zdań. Podkreślił, że przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne podjętej decyzji, a różnicę 37 mln zł, tj. brakująca do sfinansowania zamówienia ocenił jako znaczącą.

Odnosząc się do dokumentów złożonych przez Odwołującego stwierdził, że jedynie istotna jest wśród nich decyzja 202/MON z 23 czerwca 2016 r. w sprawie zasad opracowania i realizacji centralnych planów rzeczowych (z ewentualnymi zmianami). Pozostałe złożone dokumenty nie potwierdzają twierdzeń odwołania.

Ponownie zauważył, iż nie jest podmiotem autonomicznym, a unieważnienie postępowania i wszczęcie nowego postępowania nastąpiło w wyniku wspólnego wypracowania decyzji przez Zamawiającego i Ministra Oborny Narodowej. Powołał tu § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 decyzji 202. Wskazał, iż ze złożonych pism (zastrzeżonych) wynika fakt pełnego rozdysponowania środków, zawarto także informację pochodzące zgodnie z ZPR-P8 o niemożności dofinansowania tego konkretnego zadania. Podkreślił, że ewentualne przesuniecie środków finansowych na realizację danego zamówienia w kolejnych latach jest złożoną procedurą. Ocenił, że pozostałe oferty złożone w postępowaniu miały cenę o charakterze rynkowym, a ich odrzucenie nastąpiło z powodu niezgodności z SIWZ. Stwierdził, że nowe postępowanie o tej samej nazwie co do przedmiotu zamówienia ma zmieniony zakres, który jest znacznie zmniejszony i przewiduje się zmiany w szczegółowym opisie.

W odniesieniu do schematu organizacyjnego złożonego przez Odwołującego zauważył, że nie istnieje obowiązek zwiększania środków finansowych i wprowadzenia korekty w sposób, jaki przedstawiono i w tym zakresie ocenił to opracowanie jako zawierające błąd.

Stwierdził, że w sprawie nie było możliwości zastosowania § 11 pkt 1a decyzji 202/MON wobec przekroczenia dopuszczalnego limitu oraz potrzeby znalezienia zadania, z którego można by zmniejszyć środki na rzecz zadania przedmiotowego. Stwierdził, że musiałby obniżyć z innych zadań wartość dziewięciocyfrową niezależnie od faktu, że w niniejszej sprawie różnica wynosi 37 mln zł. Podtrzymał argumentację o rynkowym charakterze cen ofert, których niezgodność z SIWZ nie miała wpływu na cenę. Podkreślił, że cena oferty odwołującego przekracza kwotę przewidzianą w planie. Zauważył, że w postanowieniach umowy zawarto sztywne daty realizacji etapów i do tych dat jest zobowiązany dostosować finansowanie. Zakwestionował rozumienie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp przedstawione przez Odwołującego, w tym co do obowiązków Zamawiającego w tym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym oświadczeń i stanowisk stron ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że ustalenie stanu faktycznego sprawy zostało dokonane na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawionej przez zamawiającego oraz stanowisk stron przedstawionych na piśmie oraz do protokołu rozprawy. W poczet materiału dowodowego nie zaliczono przedstawionych przez zamawiającego dokumentów poufnych opatrzonych klauzulą „zastrzeżone", stanowiących korespondencję zamawiającego z Zarządem Planowania Rzeczowego ZPR P8. Istotne dla sprawy informacje z tych dokumentów zostały przedstawione i omówione w odpowiedzi na odwołanie obejmującej stanowisko zamawiającego, dostępnej stronom, natomiast informacje poufne nie mają znaczenia dla merytorycznej oceny zarzutów i żądań odwołania.

W ocenie składu orzekającego zarzuty odwołania są niezasadne.

Stosownie do treści art. 86 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednocześnie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Nałożenie na zamawiającego ustawowego obowiązku podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia rodzi znaczące skutki prawne służąc także jawności postępowania oraz uniemożliwieniu zamawiającym czynności arbitralnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oznacza środki, jakie mają być przeznaczone na pokrycie realnych wydatków z tytułu realizacji zamówienia i co do zasady powinna ona wynikać z planu finansowego zamawiającego, co dotyczy w szczególności podmiotów sektora finansów publicznych. Można przypomnieć, że kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie musi być tożsama z kwotą, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W toku postępowania może okazać się bowiem, że zamawiający będzie w stanie przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę wyższą od podanej przed otwarciem ofert, a w konsekwencji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jest wyższa od kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowania zamówienia, zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę wyższą od podanej przed otwarciem ofert i udzielić zamówienia. Należy jednak zauważyć, iż zamawiający w takim wypadku musi przestrzegać obowiązujących w tym zakresie przepisów oraz wewnętrznych procedur. W sytuacji, gdy dokonanie zmian kwot planowanych nie jest możliwe lub celowe, a kwota, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty, unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy jest naturalne i niezbędne. W stosunku do podmiotów z sektora finansów publicznych zgodnie z przepisami regulującymi ich gospodarkę finansową, przywoływanymi w stanowiskach stron postępowania, obowiązuje, obok innych zasad gospodarki finansowej, zasada dokonywania wydatków w granicach kwot określonych w planie finansowym, z uwzględnieniem prawidłowo dokonanych przeniesień, zgodnie z planowanym przeznaczeniem, w sposób celowy i oszczędny. W konsekwencji zamawiający nie jest zobowiązany do unieważniania postępowania w każdym przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza równowartość kwoty, którą planował przeznaczyć na realizację zamówienia. Natomiast w przypadku, gdy jako podmiot należący do grona podmiotów sektora finansów publicznych ma możliwość zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, tak aby była ona wyższa od ceny zawartej w ofercie najkorzystniejszej, dokonuje takiej czynności w granicach i na zasadach określonych ustawą o finansach publicznych, o ile uzna to za uzasadnione i celowe, udzielając następnie zamówienia wykonawcy.

Należy zauważyć, że ewentualne zmiany co do możliwości zwiększenia kwot

przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia są czynnościami leżącymi po stronie

zamawiającego i w zależności od jego statusu prawnego podlegają decyzji własnej zamawiającego lub są uzależnione od innych podmiotów, w szczególności od dysponentów

budżetowych określonego stopnia, co ma także miejsce w sprawie rozpatrywanej, a czego odwołujący nie kwestionuje wskazując na proces decyzyjny w zakresie planowania finansowego zamawiającego.

Izba zauważa, że wzrost wydatków na obronność i modernizację polskiej armii wykazany w

dokumentach przedstawionych przez odwołującego nie rodzi automatycznie zwiększonych możliwości podnoszenia budżetu na poszczególne zadania przez zamawiającego, w tym

zadanie będące przedmiotem sporu. W szczególności zamawiający nie dysponuje prawnymi

możliwościami dokonywania przesunięć środków finansowych przeznaczonych na określone zadania, poza niektórymi przypadkami, które nie zaistniały w rozpatrywanym stanie faktycznym. Niesporne dysponentem budżetu w zakresie obronności jest Minister Obrony Narodowej, a zamawiający jako biorący udział w planowaniu budżetu i późniejszy wykonawca planu modernizacji sił zbrojnych nie może dokonywać swobodnie i samodzielnie zmian w planie finansowym. Uproszczeniem nie mającym potwierdzenia w przepisach prawa byłoby twierdzenie, że jeśli inne postępowania prowadzone przez zamawiającego nie zakończyły się podpisaniem umowy, to środki te, jako niewykorzystane, można przesunąć na zwiększenie budżetu zamówienia objętego postępowaniem. Niespornie zamawiający nie jest decydentem w zakresie tworzenia Planu Modernizacji Technicznej (zwanego dalej PMT), a jedynie uczestniczy w jego opracowywaniu w zakresie oceny możliwości realizacji postępowań mających na celu wydatkowanie przewidzianych w PMT środków oraz oceny pod kątem zabezpieczenia w PMT zobowiązań zaciągniętych przez Zamawiającego na podstawie zawartych umów. Możliwości i ograniczenia zamawiającego w zakresie podejmowania samodzielnych decyzji co do dysponowania środkami finansowymi są zrozumiałe i nie powinny budzić wątpliwości.

W ocenie Izby próba wykazania, że dokonane unieważnienie postępowania jest działaniem nieproporcjonalnym do skali różnicy pomiędzy ceną odwołującego, a kwotą przeznaczoną na realizację zamówienia, jest nieuzasadniona niezależnie od faktu, czy dotyczy ona kwoty ok. 37 mln złotych, jak w sprawie niniejszej, czy też kwoty wyższej lub niższej.

Skład orzekający przyjmuje za wiarygodne twierdzenie zamawiającego o podejmowaniu w ramach wewnętrznych procedur działań zmierzających do rozeznania możliwości zwiększenia planowanej kwoty w związku z wynikiem postępowania.

Jednakże należy stwierdzić, że określenie przez zamawiającego kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na realizację zamówienia ogłaszanej w trybie art. 86 ust. 3 ustawy pzp mieści się, co oczywiste, w kompetencjach zamawiającego, a przepisy art. 86 ust. 3 pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp tych kompetencji nie ograniczają. Zgodnie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający unieważnia postępowanie, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przepis 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. W ocenie składu orzekającego możliwość podwyższenia kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia stanowi jego uprawnienie, a nie obowiązek sugerowany przez odwołującego. Z treści przepisu obowiązek taki bez wątpienia nie wynika.

Wobec zaistnienia przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp zamawiający unieważnił postępowanie, bowiem niespornie cena najkorzystniejszej oferty tj. złożonej przez odwołującego, przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która to kwota została ogłoszona zgodnie z przepisami. Warto w tym miejscu zauważyć, że poprzednim stanie prawnym np. w ustawie - Prawo zamówień publicznych w wersji opublikowanej jako tekst jednolity w Dz. U. z 2007 roku, nr 223, poz. 1655, przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 nie przewidywał możliwości zwiększenia przez zamawiającego budżetu na sfinansowanie zamówienia i zmuszał zamawiającego do unieważnienia postępowania nawet w razie dysponowania możliwością udzielenia zamówienia za kwotę najkorzystniejszej oferty. Zmiana przepisu z przyjęciem treści obecnie obowiązującej dała zamawiającemu uprawnienie do podjęcia decyzji uzasadnionej jego celem podstawowym. To uprawnienie nie oznacza jednak nałożenia na zamawiającego obowiązku korygowania uprzednio ustalonych i ogłoszonych zamiarów co do kwoty przewidzianej do wydatkowania.

Zatem jako utrwalone stanowisko przyjąć należy, że zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W toku postępowania nie wykazano także, iż kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest kwotą zaniżoną w stosunku do realnej wartości zamówienia, a ceny ofert w takich granicach nie są cenami rynkowymi. Ocena w tym zakresie co do możliwości dokonania zakupu nie ma jednak przesądzającego znaczenia w sprawie, podobnie jak i ogłoszenie przez zamawiającego nowego postępowania o udzielenie zamówienia o zakresie przedmiotowym analogicznym do poprzedniego.

W konsekwencji wobec braku środków w kwocie odpowiadającej wartości oferty odwołującego i braku możliwości zwiększenia tej wielkości przedstawionej w oświadczeniu

zamawiającego przy braku prawnego obowiązku poszukiwania przez zamawiającego źródeł finansowania ponad kwoty, które pierwotnie zabezpieczył w celu wyboru oferty najkorzystniejszej i zapobieżeniu unieważnienia postępowania, skład orzekający uznał zarzuty odwołania za nieuzasadnione w ustalonym stanie faktycznym i obowiązującym stanie prawnym.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1 i 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 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. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....