Sygn. akt: KIO 3133/21

WYROK

z dnia 19 listopada 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa
Aleksandra Patyk
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 października 2021 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie B.-Drog Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łubowie oraz

T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. Firma Produkcyjno-Handlowa T. B. w Rudnikach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Opolu
ul. Niedziałkowskiego 6 45-085 Opole

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie B.-Drog Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łubowie oraz T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. Firma Produkcyjno-Handlowa T. B. w Rudnikach i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie B.-Drog Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łubowie oraz T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. Firma Produkcyjno-Handlowa T. B. w Rudnikach tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie B.-Drog Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łubowie oraz T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. Firma Produkcyjno-Handlowa T. B. w Rudnikach na rzecz zamawiającego Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Opolu kwotę 4 101 zł 48 gr (słownie: cztery tysiące sto jeden złotych i 48/100 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późń. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 3133/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Opolu Oddziału w Opolu GDDKiA w sezonach zimowych 2021/2022, 2022/2023, 2023/2024" o nr. ref. O.Op.D-3.2413.16.2021 (38).

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późń. zm.) zwanej dalej „ustawą" lub „Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2021/S 152-404885 w dniu 9 sierpnia 2021 r.

W dniu 22 października 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia, konsorcjum firm: B.-DROG sp. z o. o., sp. k., Łubowo 25a, 62-260 Łubowo (Lider Konsorcjum) oraz T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B. Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. Dalachów 354, 46-325 Rudniki (zwanych dalej Odwołującym) wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, dokonanej w ww. postępowaniu, polegającej na bezpodstawnym unieważnieniu przetargu nieograniczonego, o czym Odwołujący dowiedział się z informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 12 października 2021 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 255 pkt 5 Pzp poprzez:

a) nieokreślenie przez Zamawiającego okoliczności, która uległa zmianie, a której nie mógłby Zamawiający przewidzieć — podczas gdy dla prawidłowego stosowania przesłanki z art. 255 pkt 5 Pzp konieczne jest ustalenie i wykazanie przez Zamawiającego, że faktycznie pojawiły się nowe okoliczności, a nie powstała jedynie możliwość ich wystąpienia, nadto zmiana powinna mieć charakter istotny, tj. znaczący, niebagatelny oraz nie można było jej wcześniej przewidzieć. Zamawiający nie wykazał zaistnienia tych przesłanek zarówno na moment złożenia ofert, ich otwarcia, dokonania czynności wyboru Wykonawcy, która miał miejsce w dniu 28

września 2021 r., jak i w późniejszym czasie, czym naruszył także dyspozycje przepisu art. 16 pkt 2 Pzp.;

b) błędne przyjęcie przez Zamawiającego, by prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leżało w interesie publicznym, co miałby potwierdzać wynik dokonanej przez Zamawiającego analizy ekonomicznej udzielenia przedmiotowego zamówienia, podczas gdy nie mogą stanowić samoistnej przyczyny unieważnienia postępowania wyłącznie wynikające z ogłoszonego postępowania potrzeby Zamawiającego i zachodząca w związku z tym konieczność ograniczenia wydatków na nabycie przedmiotu zamówienia. W przypadku stosowania przesłanek z art. 255 ust. 5 Pzp istotnym jest powiązanie z interesem publicznym. Podstawą dla zastosowania tego przepisu stanowią przesłanki obiektywne, które mogą odbiegać od szacunków Zamawiającego, a powinny być związane z interesem publicznych. Dodatkowo, twierdzenie Zamawiającego o braku rzekomego istnienia interesu publicznego — po dokonaniu wyboru oferty Wykonawcy w dniu 28 września 2021 r. — narusza zasady postępowania w sposób przejrzysty (art. 16 pkt 2 Pzp, w zw. z 255 pkt 5 Pzp). Zamawiający przed dokonaniem wyboru oferty Wykonawcy był

zobowiązany do dokonania analizy ekonomicznej. Zamawiający nie ujawnił podstaw jej zmiany, po dokonanym wyborze i istnienia tym samym obiektywnych dla niej podstaw. Unieważnienie postępowania narusza tym samym także zasadę zachowania uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 Pzp., w zw. z 255 pkt 5 Pzp.), bo pozbawia Wykonawcę możliwości zawarcia umowy, pomimo tego, że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a brak było podstaw do unieważnienia postępowania;

c) nieuzasadnione przyjęcie, by na skutek rzekomej zmiany okoliczności, brak było interesu publicznego w dalszym prowadzeniu postępowania lub wykonaniu zamówienia, biorąc pod uwagę wartości cen ofertowych wszystkich ofert złożonych przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nieuwzględnienie zamierzonych celów, podczas gdy brak interesu publicznego występuje tylko jeśli cel, jaki zamierzał osiągnąć Zamawiający, wszczynając i prowadząc postępowanie, nie jest już celem zaspokajającym potrzeby publiczne, a Zamawiający nie wskazał, by doszło do przedmiotowej zmiany celu do osiągnięcia. Zamawiający nadal zamierza realizować przedmiot zamówienia publicznego, z uwagi na jego charakter — zimowe utrzymanie dróg — zaniechanie celu publicznego musiałoby wynikać z wyłączenia przedmiotu zamówienia ze sfery, za którą odpowiedzialność ponosi administracja publiczna. Inaczej to ujmując, nieistnienie interesu publicznego występowałoby tylko jeśli cel, jaki zamierzał osiągnąć zamawiający, wszczynając i prowadząc postępowanie, nie jest już celem zaspokajającym potrzeby publiczne — a taki stan rzeczy nie ma miejsca;

d) nieudowodnienie przez Zamawiającego w informacji o unieważnieniu postepowania spełnienia wymienionych w 255 pkt 5 Pzp przesłanek, tj. wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, oraz istotnej zmiany okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, podczas gdy ciężar udowodnienia ich zaistnienia, zarówno w zakresie okoliczności faktycznych, jak i prawnych, spoczywa na Zamawiającym. Brak wyjaśnienia podstaw decyzji powoduje, że naruszona została zasada przejrzystości wyrażona w art. 16 pkt 2 Pzp w zw. z 255 pkt 5 Pzp, z której wynika obowiązek uzasadnienia dokonywanych przez Zamawiającego rozstrzygnięć. Niezależnie od tego naruszona została zasada konkurencji (art. 16 pkt 1 Pzp. w zw. z 255 pkt 5 Pzp.), bo Wykonawca został pozbawiony możliwości zawarcia umowy, w oparciu o bliżej nieskonkretyzowane kryteria oceny i analizy, pomimo tego, że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a brak było podstaw do unieważnienia postępowania.

2. przepisu art. 255 pkt 3 Pzp poprzez:

a) unieważnienie postępowania z uwagi na to, że ceny wszystkich ofert złożonych przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przewyższają kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia, podczas gdy Zamawiający, dokonując wyboru oferty Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej w dniu 28 września 2021 r. potwierdził, że może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Na dalszym etapie Zamawiający nie uzasadnił okoliczności przeciwnych, czym naruszył przepis art. 255 pkt 3 Pzp w z art. art. 16 pkt 1 Pzp. Przy czym, za uzasadnienie zmiany stanowiska nie można uznać odwołania się do subiektywnej decyzji Zamawiającego, będącej w istocie przejawem jego arbitralnego postępowania. Określenie w ww. przepisie, iż zamawiający „może” zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia nie odnosi się do woli zamawiającego, lecz do faktycznych możliwości w zakresie dobra, jakie chce pozyskać, udzielając zamówienia i powinno być poprzedzone i wykazane obiektywnymi możliwościami Zamawiającego;

b) unieważnienie postępowania i brak wyjaśnienia, że Zamawiający nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na zamówienie i brak wykazania przyczyn takiego stwierdzenia, podczas gdy w pierwszej kolejności Zamawiający powinien w każdym przypadku zweryfikować swoje możliwości, mając na względzie charakter i okoliczności udzielanego zamówienia oraz uwzględniając wiążące go przepisy oraz zasady dotyczące gospodarowania środkami finansowymi, czym naruszył przepis art. 255 pkt 3 Pzp w z art. art. 16 pkt 1 Pzp;

3. przepisu art. 255 pkt 3 i 5 Pzp w zw. z art. 260 Pzp w zw. z art. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez niedokonanie uzasadnienia faktycznego i prawnego odnośnie podjęcia działań mających na celu zweryfikowanie możliwości zwiększenia kwoty czynności unieważnienia

przekazywanego wykonawcom w informacji o unieważnieniu postępowania, gdy unieważnienie postępowania nie może stanowić decyzji arbitralnej Zamawiającego, lecz powinno mieć uzasadnienie w obowiązujących przepisach prawa i musi być wynikiem przeprowadzonych czynności, a ich brak stanowi podstawę samodzielnego zarzutu w odwołaniu;

4. przepisu art. 255 pkt 3 i 5 Pzp w zw. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez nieujawnienie w informacji stanowiącej zawiadomienie o unieważnieniu postępowania wszystkich okoliczności, którymi kierował się Zamawiający podejmując zaskarżoną czynność — podając jedynie przepis mający rzekomo stanowić podstawę rozstrzygnięcia, wskazując by zostały spełnione przesłanki, nie wyjaśniając jednak jakie konkretnie fakty miały wpłynąć na ich spełnienie, podczas gdy zgodnie z zasadami przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, wszelkie czynności podejmowane przez Zamawiającego powinny wynikać z jednoznacznych i klarownych przesłanek, którymi się kierował, nadto przesłanki te muszą być możliwe do zweryfikowania już na etapie podjęcia tych czynności;

5. przepisu art. 255 pkt 3 i 5 Pzp w zw. z art. 44 ust. 3 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 305 z późn. zm., zwanej dalej także: u.f.p.) poprzez nieuwzględnienie przez Zamawiającego zasad celowości i gospodarności wydatkowania środków finansowych przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy zgodnie z orzecznictwem efektywność działania podmiotów publicznych nie w każdych warunkach jest możliwa do określenia za pomocą instrumentów typowo wynikowych. Z realizacją projektów wiążą się nieodłącznie tzw. korzyści i koszty społeczne, które są niezwykle trudne do skwantyfikowania. Z drugiej strony zarówno lokalne społeczności, jak i regulacje prawne — w tym art. 44 ust. 3 u.f.p., wymagają, aby decyzje cechowały się gospodarnością. Zamawiający powinien w każdym przypadku zweryfikować swoje możliwości w tym zakresie, biorąc pod uwagę charakter i okoliczności udzielanego zamówienia oraz uwzględniając wiążące go przepisy i zasady dotyczące gospodarowania środkami finansowymi, czego Zamawiający nie dokonał w niniejszym postępowaniu;

6. przepisu art. 255 pkt 3 w zw. z art. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 w zw. z art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275 z późn. zm.) w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 § 1 k.c. poprzez brak zwiększenia kwoty jaką zamierzał przeznaczyć Zamawiający do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty, przy jednoczesnym transferze środków publicznych na tożsamy przedmiot zamówienia w równolegle toczącym się postępowaniu, gdzie ofertę złożył tylko jeden wykonawca, a oferta ta była wyższa od kwoty jaką zamierzał przeznaczyć Zamawiający o 11.490.974,01 zł, podczas gdy w unieważnionym postępowaniu brały udział trzy konkurujące ze sobą podmioty, a oferta złożona przez Wykonawcę i wybrana przez Zamawiającego wymagała zwiększenia o kwotę 3.284.337,72 zł, czym Zamawiający naruszył zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców poprzez brak wyjaśnienia zasad preferencji podziału określonych środków podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia i kryteriów przyznawania środków.

Ponadto Zamawiający wobec konieczności udzielenia zamówienia publicznego, poprzez przesunięcie środków pomiędzy postępowaniami, a także brak wskazania kryteriów ich gospodarowania zmierza do ograniczenia konkurencji, dążąc do udzielenia zamówienia w trybie art. 214 Pzp., a tym samym ominięcia stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Nawet gdyby przyjąć, że Zamawiający był uprawniony do przeniesienia środków pomiędzy postępowaniami, to taki sposób procedowania, z uwagi na niezbędność przedmiotu zamówienia i brak możliwości zwolnienia się przez Zamawiającego z jego realizacji, stanowi wyraz preferencji Zamawiającego wobec postępowań niekonkurencyjnych. Nie może on zatem zasługiwać na ochronę wobec naruszenia pozycji dominującej przez Zamawiającego (wyrażającej się w arbitralnym transferze środków publicznych), a także ominięcia zasad zamówień publicznych, jako działanie zmierzające do pozbawienia możliwości realizacji przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia pomimo tego, że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza i spełnia wszystkie wymogi Zamawiającego;

7. przepisu art. 255 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 w zw. z art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275 z późn. zm.) w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 § 1 k.c. poprzez dopuszczenie się przez Zamawiającego nadużycia pozycji dominującej i naruszenia

podstawowych zasad ochrony konkurencji, podczas gdy naruszenie warunków prawidłowej konkurencji wiąże się z szeroko rozumianymi sankcjami, w tym skutkiem nieważności dokonywanych czynności;

8. przepisu art. 255 pkt 5 w zw. z w zw. z 214 ust. 1 pkt 5 i art. 129 ust. 2 Pzp. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 § 1 k.c. poprzez celowe kreowanie przez Zamawiającego sytuacji, w której przepisy szczególne przewidują wyjątki od jej obowiązywania, tj. możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy skutkuje to ukształtowaniem czynności tak, że z zewnętrznego punktu widzenia wydaje się, że ma ona cechy niesprzeciwiające się obowiązującemu prawu.

9. przepisu art. 255 pkt 3 i 5 Pzp w zw. art. 252 ust. 1 Pzp w zw. z art. 253 ust. 3 w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo braku podstaw do dokonania takiej czynności, po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty i upływie terminów na złożenie środków odwoławczych, czym Zamawiający naruszył także zasady przejrzystości postępowania i konkurencji — art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenia zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy Zamawiający pismem z dnia 28 września 2021 r. wybrał, uznając za najkorzystniejszą, ofertę złożoną przez Odwołującego — stwierdzając, iż wybrana oferta otrzymała najwyższą łączną ilość punktów we wszystkich kryteriach, nie podlega ona odrzuceniu, a składający ją Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wobec tego unieważnienie postępowania wynikłe z naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp prowadzi do pozbawienia możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego. Wskazane w odwołaniu czynności Zamawiającego, dotyczące niezgodnego z przepisami prawa i zasadami wydatkowania środków publicznych oraz ochrony konkurencji unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, narażają Odwołującego na szkodę w postaci utraty zarobku — zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

Pismem z dnia 28 września 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 12 października 2021 r. przesłanym Odwołującemu za pośrednictwem poczty elektronicznej, a więc po upływie okresu na złożenie środków odwoławczych wobec wyboru oferty, Zamawiający poinformował Odwołującego, że na podstawie art. 260 w zw. z art. 255 pkt 3 i pkt 5 oraz art. 254 Pzp, postępowania zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 3 i pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający wskazywał, że ceny ofertowe wszystkich ofert złożonych przez wykonawców przewyższają kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W ocenie Zamawiającego nie może on zwiększyć tejże kwoty przeznaczonej na sfinansowanie tego zamówienia do poziomu zaoferowanej ceny najkorzystniejszej oferty. Zamawiający wskazał jednocześnie, by rzekomo obecnie dalsze prowadzenie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i wykonanie tego zamówienia miało rzekomo nie leżeć w interesie publicznym.

Ze stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić. W niniejszym postępowaniu nie doszło bowiem do potwierdzenia wskazanych przez Zamawiającego przesłanek. Działanie Zamawiającego stanowi wyraz ominięcia trybów konkurencyjnych. Zważyć należy, że pismem z dnia 28 września 2021 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Arbitralne, następcze przesunięcie środków do innego toczącego się postępowania i brak wyjaśnienia kryteriów dysponowania tymi środkami,

stanowi przejaw nadużycia pozycji dominującej i pozostaje w sprzeczności z zasadami zamówień publicznych, pozbawiając możliwości Wykonawcy realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że z przedstawionej przez Zamawiającego informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 12 października 2021 r. nie wynikają okoliczności, które miałyby ulec zmianie, a tym bardziej takie, których to Zamawiający nie mógłby przewidzieć. Podkreślić trzeba, że tak do momentu złożenia ofert, na etapie ich otwarcia, dokonania czynności wyboru, jak i w późniejszym czasie, Zamawiający nie wskazywał i nadal nie wskazuje — również w treści ww. pisma z dnia 12 października 2021 r. — na konkretne okoliczności, które miałyby zaistnieć i uzasadniać powołanie się na przesłankę z art. 255 pkt 5 Pzp

Zamawiający ograniczył się w uzasadnieniu jedynie do stwierdzenia, by rzekomo zaistniały „okoliczności - które miały charakter istotnej zmiany okoliczności i które ujawniły się dopiero po złożeniu ofert wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (i które jako takie nie były możliwe do wcześniejszego przewidzenia przez Zamawiającego) — powodują, że obecnie dalsze prowadzenie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak i wykonanie tego zamówienia" — nie wskazując jakie to okoliczności miałyby ulec zmianie. Jeśli taką przyczynę w ocenie Zamawiającego miało stanowić samo złożenie ofert, to wówczas w każdym postępowaniu Zamawiający uzyskiwałby dowolność w unieważnieniu postępowania z uwagi na samo złożenie ofert, które nie byłyby zgodne z dokonanymi przez niego kalkulacjami. To z kolei prowadziłby do nieoczekiwanych konsekwencji, które nie byłyby zgodne z założeniami ustawodawcy, bowiem mając na uwadze zasadę exceptiones non sunt extendendae podkreślenia wymaga, iż katalog przesłanek wymienionych w art. 255 Pzp ma charakter zamknięty (M. Jaworska (w:) M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, A. Matusiak (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, Legalis). Powoduje to, iż przesłanki określone w art. 255 Pzp nie mogą być interpretowane rozszerzająco i podlegają one ścisłej wykładni.

Jednocześnie podkreślić trzeba, że koniecznym do powołania się na przesłankę unieważnienia określoną w art. 255 pkt 5 Pzp jest faktyczne pojawienie się nowych okoliczności, a nie powstanie jedynie możliwości ich wystąpienia (Por. wyrok KIO z 1 1.04.2017 r., KIO 593/17, LEX nr 2284247; Wyrok SO w Warszawie z 7.07.2009 r., V Ca 1187/09, ZPO 2010, nr 6, poz. 143). Zamawiający nie wskazuje konkretnych okoliczności powodujących, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, których to nie można było wcześniej przewidzieć. Co więcej, samo wskazanie na możliwości ich wystąpienia nie jest wystarczające (niemniej jednak Zamawiający w tym także zakresie nie podołał ciężarowi nałożonych na niego w tym względzie obowiązków).

Dodatkowo, koniecznym jest, by obiektywnie nie było możliwości przewidzenia istotnej zmiany okoliczności i jej skutku, tj. stanu, w którym dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym (Por. Wyrok KIO z 3.07.2020 r., KIO 778/20, LEX nr 3029376; wyrok KIO z 15.01.2018 r., KIO 2744/17, LEX nr 2444928). Przy czym wskazuje się, iż zmiana okoliczności musi być istotna, czyli na tyle znacząca i niebagatelną że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym (por. Wyrok SO w Lublinie z 10.04.2009 r., IX Ga 30/08, ZPO 2009, nr 4, poz. 179; wyrok KIO z 19.12.2018 r., KIO 2526/18, LEX nr 2622468).

Odwołujący w tym miejscu wskazuje na sprzeczność działania Zamawiającego, bowiem już samo dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty zaprzecza temu, aby zmiana była istotna, jak również by wcześniej nie można było jej przewidzieć. Nadto dokonanie wyboru oferty i następujące po nim unieważnienie postępowania, a także treść uzasadnienia tej ostatniej czynności, prowadzi do wniosku, że rzekoma zmiana musiała być znana Zamawiającemu na etapie wyboru oferty, co wyklucza możliwość przyznania jej waloru nieprzewidywalności po dokonaniu czynności wyboru oferty.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący podnosi, iż nie sposób jest zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, by prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leżało w interesie publicznym. W przypadku stosowania przesłanek z art. 255 ust. 5 Pzp istotnym jest powiązanie z interesem publicznym. Specyfika interesu publicznego sprawia, że w każdej dziedzinie, w której występuje, w tym w zamówieniach publicznych, konieczne jest poszukiwanie treści zrelatywizowanej do określonej dziedziny prawa i sfery życia ludzkiego, której to prawo dotyczy. Podstawą dla zastosowania tego przepisu stanowią przesłanki obiektywne, które mogą odbiegać od szacunków Zamawiającego, a powinny być związane z interesem publicznych. Wynikające z ogłoszonego postępowania potrzeby zamawiającego i zachodząca w związku z tym koniecznością ograniczenia wydatków na nabycie przedmiotu zamówienia i nie mogą stanowić samoistnej przyczyny unieważnienia postępowania.

W orzecznictwie podkreśla się, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp [obecnie art. 255 pkt 5 Pzp] wymaga od zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem „interesu publicznego", który nie będzie tożsamy z interesem zamawiającego: w każdym wypadku zamawiający ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnienia wykonawców (por. wyrok KIO z 20.02.2020 r., KIO 243/20, LEX nr 2946339).

Powyższe potwierdził również Sąd Okręgowy w Warszawie w jednym z wyroków uznając, że nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym a brakiem środków na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia (por. Sąd Okręgowy w Warszawie w jednym z wyroków z dnia 10.07.2002 r., sygn. akt: V Ca 960/02, ZPO 2002/1 , poz. 140). Dodatkowo wskazuje się, że sam fakt, że zamawiający nie przewidział, że jeden z elementów ceny oferty, przekroczy zabezpieczone przez niego środki, nie oznacza, że realizacja zamówienia nie leży w interesie publicznym (por. wyrok KIO z 21.01.2020 r., KIO 2682/19, LEX nr 2876388).

Wobec tego samoistne potrzeby Zamawiającego i zachodząca w związku z tym konieczność ograniczenia wydatków na nabycie przedmiotu zamówienia nie mogą stanowić przyczyny unieważnienia postępowania.

Jednocześnie Odwołujący wskazuje na pominięcie odniesienia się do celów, jakimi kierował się Zamawiający przy unieważnianiu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zauważyć trzeba, że unieważnienie postępowania budzi wątpliwości z punktu widzenia celowościowego działania Zamawiającego, a przez to zaktualizowania się przesłanki w postaci braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub wykonania zamówienia.

Nieistnienie interesu publicznego występuje tylko jeśli cel, jaki zamierzał osiągnąć zamawiający, wszczynając i prowadząc postępowanie, nie jest już celem zaspokajającym potrzeby publiczne (M. Jaworska (w:) M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, A. Matusiak (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, Legalis), a Zamawiający nie wskazał, by doszło do przedmiotowej zmiany celu do osiągnięcia. Na celowość dokonania unieważnienia wskazuje się podkreślając, iż jest to instytucja wyjątkowa, której zastosowanie możliwe jest w ściśle określonych przypadkach. Z jednej strony ma charakter gwarancyjny w stosunku do wykonawców, z drugiej jednak strony daje zamawiającemu możliwość zakończenia postępowania, ale tylko wówczas, gdy realizacja ma charakter niecelowy i jest nieuzasadniona z perspektywy interesu publicznego, a zamawiający takiej sytuacji nie mógł wcześniej przewidzieć (por. wyrok KIO z 21.10.2020 r., KIO 2255/20, LEX nr 3097037).

Na gruncie powyższego, podkreślić jeszcze raz należy, że ustawodawca wymaga dla unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 Pzp wykazania przez zamawiającego, że zostały spełnione następujące wymagania:

(1) doszło do istotnej zmiany okoliczności;

(2) zmiany takiej, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, nie można było przewidzieć;

(3) kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia nie będzie leżało w interesie publicznym.

W każdym wypadku zamawiający ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnienia wykonawców. Ciężar udowodnienia zaistnienia przesłanek uprawniających do dokonania unieważnienia. zarówno w zakresie okoliczności faktycznych, jak i prawnych. spoczywa na zamawiającym (por. wyrok KIO z 20.02.2020 r., KIO 243/20, LEX nr 2946339).

W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający nie wykazał natomiast, by doszło do kumulatywnego spełnienia przesłanek z art. 255 pkt 5 Pzp, bowiem jedynie lakoniczne wskazanie, by miało wynikać to z faktu, że dokonana przez Zamawiającego analiza ekonomiczna wskazała, iż nie leży już w interesie publicznym udzielenie zamówienia, nie jest wystarczająca. Zamawiający nie wskazał o jaki interes publiczny chodzi, jak również nie spełnił obowiązku udowodnienia, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnienia wykonawców — do czego był zobowiązany na zasadzie ww. przepisu Pzp

Zamawiający nie tylko powinien wskazać, jaki interes publiczny wymagał dokonania

przez niego unieważnienia postępowania, ale również w każdym wypadku ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnienia wykonawców — a któremu to obowiązkowi nie sprostał Zamawiający, co wyklucza możliwość powoływania się przez niego na rzekome zaktualizowanie się przesłanki z art. 255 pkt 5 Pzp

Odnosząc się do naruszenia art. 255 pkt 3 Pzp wskazać trzeba, że unieważnienie postępowania z uwagi na to, że ceny wszystkich ofert złożonych przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przewyższają kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia, nie stanowi uzasadnienia dla unieważnienia prowadzonego postępowania na obecnym etapie.

Przypomnieć należy, że pismem z dnia 28.09.2021 r. Zamawiający, znając ofertę Wykonawcy i kwotę jaką zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia, poinformował Wykonawcę o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej.

Na etapie wyboru oferty Wykonawcy nie zostały uwidocznione podstawy do twierdzenia, iż Zamawiający nie mógł zwiększyć kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia. Brak jest podstaw do twierdzenia, że doszło do obiektywnej zmiany okoliczności, która uzasadniałaby transfer środków publicznych w inny sposób niż na etapie wyboru oferty Wykonawcy.

W analizowanym stanie faktycznym zasadnym jest twierdzenie, że Zamawiający może zwiększyć niniejszą kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie określenie w ustawie, iż zamawiający „może" zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia nie odnosi się do woli zamawiającego (chcę/nie chcę), lecz do faktycznych możliwości w zakresie dobra, jakie chce pozyskać, udzielając zamówienia (por. wyrok KIO z 26.09.2017 r., KIO 1878/17, LEX nr 2399399). Unieważnienie postępowania na podstawie ww. przepisu powinno być zatem poprzedzone ustaleniem możliwości zwiększenia kwoty, którą pierwotnie zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia i którą podał bezpośrednio przed otwarciem ofert. Do takiego ustalenia w niniejszym postępowaniu doszło czego wyrazem było dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty — oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazuje nadto, że po stronie Zamawiającego nie zachodziły inne obiektywne okoliczności, które bez narażenia Zamawiającego na zarzut naruszenia pozycji dominującej oraz naruszenia konkurencji uzasadniałyby pozbawienie Wykonawcy możliwości realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający dysponując możliwością zwiększenia środków powinien w swoim działaniu kierować się zasadami prawidłowej gospodarki środkami publicznymi, zmierzając do ograniczenia dodatkowych kosztów postępowania, prowadzenia nowych przetargów i efektywności. Możliwość zwiększenia budżetu na dane zamówienie (zadanie) nie powinna być postrzegana jedynie na płaszczyźnie możliwości uzyskania wyższych środków finansowych niż przewidziane do wydatkowania, (przykładowo poprzez wewnętrzne przesunięcia środków finansowych), gdyż tak samo ważne jest postrzeganie tej możliwości w kontekście m.in. celowości i gospodarności wydatkowania środków finansowych (por. wyrok KIO z 5.11.2015 r., KIO 2300/15, LEX nr 1968396). Dodatkowo transfer środków pomiędzy poszczególne cele publiczne nie może prowadzić do naruszenia zasad konkurencji pomiędzy wykonawcami, w sposób preferujący poszczególnych wykonawców lub tryby niekonkurencyjne. Inaczej to ujmując, nawet dokonywane czynności przesunięcia środków publicznych pomiędzy poszczególne cele publiczne, do czego Zamawiający ma uprawnienie, powinny być oceniane przez pryzmat kryteriów jakimi Zamawiający się kierował, tak w zakresie zasad gospodarowania środkami publicznymi, jak i ewentualnego nadużycia pozycji dominującej, a co za tym idzie arbitralnego przesunięcia środków publicznych.

Tymczasem w niniejszej sprawie Zamawiający zaniechał działaniom związanym z prawidłową oceną celowości i gospodarności środków publicznych. Przesłane uzasadnienie w zakresie unieważnienia postępowania prowadzi do wniosku, że działanie Zamawiającego odwoływało się do jego woli (chcę/nie chcę), nie zaś do faktycznych możliwości w zakresie dobra, jakie chce pozyskać, udzielając zamówienia. Działanie Zamawiającego stanowi nadto wyraz ominięcia trybów konkurencyjnych. Zważyć należy, że pismem z dnia 28 września 2021 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Arbitralne, następcze przesunięcie środków do innego toczącego się postępowania i brak wyjaśnienia kryteriów dysponowania tymi środkami, stanowi przejaw nadużycia pozycji dominującej i pozostaje w sprzeczności z zasadami zamówień publicznych, pozbawiając możliwości Wykonawcy realizacji przedmiotu zamówienia. Decyzja stojąca u podstaw dysponowania środkami — stanowiąca jak wyżej wskazano wyraz woli Zamawiającego — nie tylko prowadzi do globalnego ograniczenia konkurencji (pomiędzy wykonawcami biorącymi udział w odrębnych postępowaniach), ale także do uniemożliwienia realizacji przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, co stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej. Kryteria przekazania środków publicznych nie

zostały bowiem ujawnione przez Zamawiającego. Swoboda Zamawiającego nie może zaś prowadzić do ominięcia niekorzystnych z jego punktu tylko widzenia trybów konkurencyjnych i uzależniać ich wynik od woli samego Zamawiającego.

Zgodnie z zasadami ujętymi w art. 16 pkt 1 Pzp, wszelkie czynności podejmowane przez Zamawiającego powinny wynikać z jednoznacznych i klarownych przesłanek, którymi się kierował, nadto przesłanki te muszą być możliwe do zweryfikowania już na etapie podjęcia tych czynności. Zamawiający, któremu można przypisać pozycję dominującą, powinien prowadzić postępowanie w sposób pozwalający na zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz nie powinien nadużywać swojej pozycji dominującej.

Tymczasem w uzasadnieniu informacji z dnia 12 października 2021 r. brak jest wyjaśnienia, jakimi zasadami w zakresie gospodarowania środkami publicznymi i działaniami związanymi z ochroną konkurencji kierował się Zamawiający.

Zgodnie z ustawą z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji konsumentów (Dz.

U. z 2021 r. poz. 275), zakazanymi przejawami nadużywania pozycji dominującej są działania polegające na podziale bądź ograniczeniu rynku zakupu lub zbytu.

Wątpliwości budzi fakt, że w unieważnionym postępowaniu wzięło udział kilku konkurujących ze sobą przedsiębiorców. Zamawiający zdecydował się unieważnić postępowanie — pomimo wyboru oferty najkorzystniejszej — uznając, że z uwagi na znaczącą wielkość i skalę różnicy jaka zachodzi pomiędzy wybraną przez niego ofertą, a kwotą przeznaczoną na sfinansowanie tego zamówienia. Wskazać trzeba, że unieważnione postępowanie gwarantowało, z uwagi na tryb i złożone w jego ramach oferty, zachowanie konkurencji. W terminie składania ofert złożono trzy oferty, których ceny ofertowe wynosiły:

1) 6.541.836,16 zł (oferta konsorcjum wykonawców: B.-DROG Sp. z o. o., Sp. k., Łubowo 25a, 62-260 Łubowo i „B.” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. Dalachów 354, 46-325 Rudniki),

2) 12.084.695,94 zł (oferta wykonawcy REMONDIS OPOLE sp. z o. o., 45-573 opole,

AL. Przyjaźni 9), oraz

3) 9.657.841 , 16 zł (oferta wykonawcy EKO-PROBUD sp. z o. o., ul. Rolna 1 , 47-320 Gogolin).

Można zauważyć, że przyjęta przez Zamawiającego metodyka dysponowania środkami publicznymi nie znalazła odzwierciedlenia w równocześnie toczącym się postępowaniu, dotyczącym podobnego przedmiotu zamówienia oraz charakteru usługi. W toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia o numerze: O.Op.D-3.2413.13.2021 (34), które było prowadzone pod nazwą: „Zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Nysie Oddziału w opołu GDDKiA” w sezonach zimowych 2021/2022, 2022/2023, 2023/2024 oraz 2024/2025”, wartość jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu Zamówienia została zakreślona na kwotę w wysokości 16.316.101,28 zł brutto. Z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 26 września 2021 r. wynika natomiast, że najkorzystniejszą, a jednocześnie jedyną, ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożył Wykonawca z ceną ofertową określoną w wysokości 27.807.075,26 zł brutto. Oferta, którą wybrał Zamawiający była o przeszło 11.490.974,01 zł brutto większa aniżeli uprzednio deklarowana wartość jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu Zamówienia. Kwota, którą zdołał wygospodarować Zamawiający jest o 8.206.636,28 zł (kwota o jaką zwiększyć powinien

Zamawiający w niniejszym postępowaniu budżet wynosi 3.284.337,72 zł) wyższa niż w niniejszym postępowaniu. Nadto, Zamawiający nie wyjaśnił jakimi kryteriami gospodarowania środkami publicznymi kierował się w przedmiotowym i równolegle prowadzonym postępowaniu i skąd wynikają te różnice, a w szczególności z jakich względów przyznanie kwoty 11.490.974,01 zł zamiast 3.284.337,72 zł stanowiło wyraz celowości i gospodarności wydatkowania środków finansowych. Dodatkowo Zamawiający, nie wyjaśnił również, dlaczego w postępowaniu, w którym wziął udział tylko jeden wykonawca, co samo w sobie spowodowało brak możliwości weryfikacji porównywalności ofert, a co za tym idzie możliwości odniesienia jej do warunków rynkowych, zdecydował się na podniesienie kwoty, a w innym gdzie konkurencyjność znalazła przejaw w złożonych ofertach, tego nie uczynił.

Mając powyższe na uwadze Wykonawca zarzuca, że Zamawiający dokonał naruszenia

zasad konkurencji. Przy czym, naruszenie mające istotne znaczenie w sprawie nie przejawia się tylko w wyrażonej przez Zamawiającego preferencji określonego wykonawcy i przesunięciu na jego rzecz środków publicznych, ale na dowolnym podziale tych środków. Inaczej to ujmując, nadużycie pozycji dominującej Wykonawca upatruje w arbitralnej decyzji Zamawiającego prowadzącej do braku możliwości realizacji przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia. Przy czym, arbitralność tej decyzji i uczynienie jej przedmiotem zarzutu pozostawałaby także aktualna w przypadku, gdyby środki nie zostały rozdysponowane na inny przedmiot zamówienia (O.Op.D-3.2413.13.2021 (34)). Działania Zamawiającego zmierzają bowiem do ominięcia prawa — trybów konkurencyjnych — albowiem zamówienie, bez względu na wynik niniejszego postępowania, z uwagi na swój charakter będzie musiało być realizowane. Powierzenie jego innemu podmiotowi, na innych niekonkurencyjnych zasadach, stanowi wyraz wpływu na rynek, w oparciu o niejasne i preferujące inne podmioty kryteria (chociażby z tego względu, że powodujące wykluczenie Wykonawcy). W doktrynie podkreśla się, że stosowanie w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednolitych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji, oraz uzależnianie zawarcia umowy od spełnienia innego świadczenia, niezwiązanego z przedmiotem umowy, jest ustaleniem niedopuszczalnym (za R. Hauser, Ochrona konkurencji i konsumentów, Publiczne prawo gospodarcze, Warszawa 2018, Legalis). Naruszenie warunków prawidłowej konkurencji wiąże się z szeroko rozumianymi sankcjami mającymi swe odniesienie zarówno na płaszczyźnie cywilnoprawnej, jak i administracyjnoprawnej. Skutki mogą mieć wymiar bezpośredni. powodując nieważność takiego porozumienia z mocy prawa. Sankcja nieważności nie różni się niczym od tej przewidzianej w art. 58 k.c. (za T. Skoczny, Reguły konkurencji, w: Prawo Unii Europejskiej, 2003, s. 205).

Konsekwencją braku uzasadnienia, z punktu widzenia niniejszych zasad, może być nieważność z mocy prawa. Wątpliwości budzi zasadność podjętej przez Zamawiającego decyzji, przede wszystkim z punktu widzenia zasad leżących u jej podstaw, związanych z celowością wydatkowania środków publicznych oraz związaną z zasadami ich gospodarowania, a przez to również związanych z ochroną konkurencji. Unieważnienie postępowania godzi w zasady wynikające z przepisów o ochronie konkurencji, stanowiąc efekt wywołany zachowaniem jednostronnym, a którą należy sklasyfikować jako przesłankę nadużywania pozycji dominującej, a sama czynność powodująca powinna być uznana jaka nieważna.

Odwołujący jednoczenie podnosi zarzut naruszenia art. 255 pkt 3 Pzp w zw. z art. 260 Pzp w zw. z art. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp z uwagi na niedokonanie uzasadnienia faktycznego odnośnie podjęcia działań mających na celu zweryfikowanie możliwości zwiększenia kwoty czynności unieważnienia przekazanego w informacji o unieważnieniu postępowania.

Powołanie okoliczności faktycznych powinno być dokonane w sposób jasny i niebudzący wątpliwości. Na zasadzie art. 260 Pzp uzasadnienie musi być na tyle wyczerpujące, by pozwalało wykonawcom na pełne zidentyfikowanie okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę podjęcia czynności unieważnienia oraz ich ewentualne zakwestionowanie w odwołaniu, a także przedstawienie w postępowaniu odwoławczym stosownych dowodów.

W doktrynie podkreśla się, iż niespełnienie niniejszego wymogu podania uzasadnienia, w tym odnoszącego się do okoliczności faktycznych. może stanowić podstawę samodzielnego zarzutu w odwołaniu, skutkującego jego uwzględnieniem (za M. Jaworska (w:) M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, A. Matusiak (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, Legalis). Co więcej, podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie jest jedynie dopełnieniem wymagania formalnego z art. 93 ust. 3 ustawy [obecnie art. 260 ust. 1 Pzp], lecz stanowi element konstytutywny decyzji o unieważnieniu postępowania (za wyrok KIO z 3.01.2020 r., KIO 2548/19, LEX nr 2814610).

W konsekwencji niespełnienie wymogów w zakresie uzasadnienia dokonanego przez Zamawiającego unieważnienia prowadzi do naruszenia zasad przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia ujętych w art. 16 pkt 1 i 2 Pzp Obowiązek zapewnienia przejrzystości postępowania ma na celu zagwarantowanie braku faworyzowania i arbitralnego traktowania wykonawców. Istotne jest przy tym prawidłowe wykonywanie przez zamawiającego obowiązków o charakterze informacyjnym, w sposób spełniający wymagania określone w Pzp, a tym samym zapewniający wykonawcom możliwość zweryfikowania dokonanych przez zamawiającego czynności w postepowaniu. Prawidłowe realizowanie tych obowiązków pozwala również na zachowanie zasady równego traktowania wykonawców (za M. Jaworska (w:) M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, A. Matusiak (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, Legalis).

Tymczasem przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie podjętych działań jest

lakoniczne i niejasne. Zamawiający nie wskazuje konkretnych okoliczności, na jakich oparł dokonane przez siebie rozstrzygnięcie, czyniąc je w zasadzie samowolnym i arbitralnym. Zamawiający nie sprostał obowiązkowi podania uzasadnienia faktycznego podejmowanej czynności w sposób zgodny z przepisami prawa, nie wskazując precyzyjnie okoliczności stanowiących uzasadnienie unieważnia postępowania — utrudniając w ten sposób możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości przez Wykonawcę.

Taki sposób działania Zamawiającego godzi w art. 255 pkt 3 Pzp w zw. z art. 260 Pzp, co prowadzi do naruszenia podstawowych zasad uregulowanych w art. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, w związku z czym już niniejsze naruszenie powinno skutkować unieważnieniem zaskarżonej czynności Zamawiającego.

Mając na względzie podany wyżej stan faktyczny, Odwołujący zwraca również uwagę na naruszenie art. 44 ust. 3 pkt 1 i 2 u.f.p. w zw. z 255 pkt 3 i 5 Pzp W uzasadnieniu przesłanej Wykonawcy informacji brak jest wyjaśnienia, jakimi zasadami w zakresie gospodarowania środkami publicznymi i działaniami związanymi z ochroną konkurencji kierował się Zamawiający.

Artykuł 44 ust. 3 u.f.p. nakazuje dokonywanie wydatków w sposób celowy. Zamierzenie tej regulacji wydaje się być oczywiste — zapewnienie efektywnego wykorzystania środków publicznych. Zwraca się jednak uwagę, iż efektywność działania podmiotów publicznych nie w każdych warunkach jest możliwa do określenia poprzez wykorzystanie instrumentów typowo wynikowych (za B. Nawrocki (w:). P. Walczak (red.), Ustawa o finansach publicznych. Komentarz dla jednostek samorządowych, Warszawa 2017, Legalis). Z realizacją projektów wiążą się nieodłącznie tzw. korzyści i koszty społeczne, które są niezwykle trudne do skwantyfikowania. Z drugiej strony zarówno lokalne społeczności, jak i regulacje prawne (w tym art. 44 ust. 3 u.f.p.), wymagają, aby decyzje cechowały się gospodarnością.

Podnosi się, iż Zamawiający powinien w każdym przypadku zweryfikować swoje możliwości w tym zakresie, biorąc pod uwagę charakter i okoliczności udzielanego zamówienia oraz uwzględniając wiążące go przepisy i zasady dotyczące gospodarowania środkami finansowymi (za M. Jaworska (w:) M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, A. Matusiak (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021 , Legalis). W tym miejscu ponownie można przywołać jeden z wyroków KIO, gdzie wywiedziono, że określenie w ustawie, iż zamawiający „może" zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia odnosi się do faktycznych możliwości w zakresie dobra jakie chce pozyskać, udzielając zamówienia. Ocena możliwości zwiększenia kwoty musi być dokonywana z uwzględnieniem faktu, że są takie zamówienia, które nie mogą nie zostać udzielone, a ich zakres determinowany jest nałożonymi na zamawiającego z mocy prawa obowiązkami. Dopiero ustalenie braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia uprawnia zamawiającego do unieważnienia postępowania (za wyrok KIO z 26.09.2017 r., KIO 1878/17, LEX nr 2399399). Na marginesie, unieważnienie postępowania z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania, uznaje się na zasadzie art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 289 z późn. zm.), za delikt finansowy, godzący w wydatkowanie środków publicznych zgodnie zasadami określonymi w przepisach o zamówieniach publicznych.

Nie sposób jest zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, by dalsze kontynowanie przez Zamawiającego przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jego wykonanie miałoby naruszać art. 44 ust. 1 pkt. 3 i ust. 3 u.f.p. (czego w żaden sposób nie wykazał Zamawiający, ograniczając się w zasadzie do cytowania treści przepisu), a wręcz przeciwnie — to unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia stanowiło w istocie naruszenie zasad ponoszenia wydatków publicznych. Wydatki publiczne powinny być dokonywane z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, w sposób umożliwiający terminową realizację zadań. Zamawiający jednak nie zweryfikował swoich możliwości, nie odnosząc się do charakteru i okoliczności przedmiotowego zamówienia publicznego, pomijając przy tym zasady w zakresie gospodarowania środkami publicznymi.

Zamawiający — dysponując możliwością zwiększenia środków — powinien kierować się zasadami prawidłowej gospodarki środkami publicznymi (art. 44 u.f.p.), zmierzającymi do ograniczenia dodatkowych kosztów postępowania, prowadzenia nowych przetargów i efektywności, jednak wobec przywołanego stanu faktycznego zauważyć trzeba, że nie sprostał on temu obowiązkowi. Wobec tego unieważnienie prowadzonego przez Zamawiającego postępowania na obecnym etapie stanowi zaprzeczenie celowości i gospodarności wydatkowania środków finansowych.

Idąc dalej wskazuje się, iż Zamawiający nie ma obowiązku zwiększenia środków

w budżecie — jednak nie oznacza to, iż brak ich na etapie postępowania może prowadzić do udzielenia na tej podstawie zamówienia z wolnej ręki na zasadzie art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp Jak już zostało wyżej wskazane, Zamawiający powinien się kierować w swoim postępowaniu zasadami prawidłowej gospodarki środkami publicznymi i zmierzać przy tym do ograniczenia dodatkowych kosztów postępowania, kierując się osiągnięciem jak największej efektywności swoich działań.

Istotnie, Zamawiający dysponując możliwością zwiększenia środków powinien mieć na względzie przy podejmowaniu decyzji przede wszystkim względy celowościowe. Fakt, że Zamawiający ma możliwość zwiększenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, nie oznacza. iż w niektórych przypadkach nie

powinien on podnieść kwotę z uwagi na interes publiczny. którym powinien się kierować. Przy podejmowaniu decyzji co do zwiększenia środków przeznaczonych na realizację zamówienia, Zamawiający winien mieć na uwadze nadrzędne dyrektywy, wynikające z ustawy o finansach publicznych, w szczególności dotyczące wykonywania ich w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu zamierzonych celów. W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający nie wykazał, by nie miał on możliwości zwiększyć kwoty na realizację zamówienia, gdy tymczasem podniesienie przedmiotowej jest uzasadnione z uwagi na wskazane wyżej względy interesu publicznego.

W tym miejscu można przywołać jedno z orzeczeń Izby, zgodnie z którym unieważnienia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp ze względu na to, że ceny złożonych ofert przekraczały wartość kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia nie można uznać za okoliczność potwierdzającą spełnienie jedne i z przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp [obecnie art. 214 ust. pkt 5 Pzp odnoszących się do możliwości udzielenia zamówienia z wolnej ręki (por. wyrok KIO z dnia 02.07.2020 r., sygn. akt KIO 989/20).

Dokonując weryfikacji, czy w danej sytuacji zaistniały przesłanki do zastosowania trybu niekonkurencyjnego, zasadnym jest rozważenie czy działanie zamawiającego nie wypełnia dyspozycji art. 58 § 1 k.c., a mianowicie czy nie zostało przedsięwzięte w celu obejścia prawa. Może to przejawiać się w skutku prawnym, w którym dopuszczalne byłoby zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, za pomocą świadomego ukształtowania czynności tak, że z zewnętrznego punktu widzenia miałaby cechy niesprzeciwiające się obowiązującemu prawu.

Tymczasem wydaje się, że działania Zamawiającego polegające na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia oraz bezpośrednie tego skutki, zmierzają właśnie do obejścia przepisów ustawy — w szczególności normy art. 129 ust. 2 Pzp, przez celowe kreowanie sytuacji, w której przepisy szczególne przewidują wyjątki od jej obowiązywania (możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki). Takie działanie należy uznać za niedopuszczalne, a korzystanie w takim przypadku z wynikających z przepisów szczególnych uprawnień w tym zakresie nie może być uznane za dozwolone wykonywanie prawa.

Resumując, Odwołujący wskazuje na brak zasadności dokonanego przez Zamawiającego unieważnienia z uwagi na powyższe okoliczności. Podkreślić należy, iż dokonanie unieważnienia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego stanowiło w istocie obejście prawa, w szczególności wobec naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, jak również zasad leżących u jej podstaw, związanych z celowością wydatkowania środków publicznych oraz związaną z zasadami ich gospodarowania oraz ochroną konkurencji.

Mając powyższe na względzie, niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

W dniu 15 listopada 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożonej do akt sprawy, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego, oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp. Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzoną w sprawie dokumentację, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutu naruszenia art. 255 pkt 3 Pzp poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na to, że ceny wszystkich ofert złożonych przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przewyższają kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia, podczas gdy Zamawiający, dokonując wyboru oferty Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej w dniu 28 września 2021 r. potwierdził, że może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty, uznając go za niezasadny.

Zgodnie z treścią art. 255 pkt 3 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Wskazując zatem na treść powyższego przepisu, Zamawiający unieważniając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi braku środków, które może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, skorzystał z przysługującego mu uprawnienia do unieważnienia postępowania w okolicznościach, w których przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę niższą niż cena najniższej oferty lub cena oferty z najniższą ceną.

Celem takiego uregulowania jest ochrona Zamawiającego przed roszczeniem o zawarcie umowy, w przypadku braku środków finansowych, przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, która zgodnie z art. 222 ust. 4 Pzp udostępniana jest najpóźniej przed otwarciem ofert. Podczas rozprawy Zamawiający wykazał, poprzez złożenie wyciągu z Planu Finansowego dla realizacji przedmiotowego zamówienia, że ilość środków przeznaczonych na realizację zamówienia jest zgodna z kwotą zaplanowaną na ten cel, i udostępnioną wykonawcom przed otwarciem ofert, tj. 3.257.498,44 zł. Ponadto oświadczył, iż nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty najkorzystniejszej, ponieważ kwoty takiej nie posiada.

Zgodnie z art. 255 pkt 3 Pzp postępowanie unieważnia się, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (część pierwsza zdania). W pierwszym wypadku czynność unieważnienia następuje dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, musi zatem najpierw dojść do wyboru najkorzystniejszej oferty. Natomiast w przypadku drugim, gdy oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, postępowanie unieważnia się bez przeprowadzania wyboru najkorzystniejszej oferty. W takiej sytuacji ceny lub koszty określone we wszystkich złożonych ofertach nie mieszczą się w limicie ustalonym przez zamawiającego. (por. komentarz do art. 255 pkt 3 Pzp s. 765). Obie powyższe okoliczności

znajdują umocowanie w przepisach prawa, a czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania z uwagi na brak środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia może nastąpić zarówno po wyborze oferty najkorzystniejszej, jak też i w sytuacji, kiedy oferta z najniższą ceną lub kosztem przewyższa ilość środków Zamawiającego - przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający w dniu 28 września 2021 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie w dniu 12 października 2021 r. unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, do czego był uprawniony, z uwagi na brak środków na sfinansowanie oferty z najkorzystniejszą ceną.

Izba wskazuje, że twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający dokonując wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej w dniu 28.09.2021 r. potwierdził, że może zwiększyć kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty, nie znajdują potwierdzenia w treści Informacji o Wyborze Oferty Najkorzystniejszej.

W Informacji o Wyborze Oferty Najkorzystniejszej Zamawiający, zgodnie z art. 253 ust. 1 Pzp poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, podał nazwy wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, ilość przyznanych punktów w każdym kryterium oraz punktację łączną, wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym.

Dodatkowo Zamawiający poinformował, iż żadna oferta nie została odrzucona, a także przekazał informacje zgodnie z art. 264 ust. 1 ustawy Pzp, iż zawarcie umowy może nastąpić w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jednakże w żadnym miejscu powyższej informacji, Zamawiający nie potwierdził, że może zwiększyć kwotę na sfinansowanie zamówienia.

Jednakże, z oparciu o powyższe informacje Odwołujący wywodzi, iż Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, potwierdził że może zwiększyć kwotę do ceny oferty najkorzystniejszej. Stanowisko Odwołującego jest niezasadne, oparte na własnej interpretacji treści Informacji o Wyborze Oferty Najkorzystniejszej. Odwołujący stawia Zamawiającemu zarzut, na podstawie okoliczności, które nie znajdują potwierdzenia w dokumentacji postępowania, nie znajdują oparcia w treści decyzji Zamawiającego, a stanowią jedynie własne przypuszczenia Odwołującego.

Zarzut Odwołującego należy uznać zatem za chybiony.

Za niezasadny należy również uznać zarzut naruszenia art. 255 ust. 3 Pzp poprzez unieważnienie postępowania i brak wyjaśnienia, że Zamawiający nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na zamówienie i brak wykazania przyczyn takiego stwierdzenia, podczas gdy w pierwszej kolejności Zamawiający powinien w każdym przypadku zweryfikować swoje możliwości, mając na względzie charakter i okoliczności udzielanego zamówienia oraz uwzględniając wiążące go przepisy oraz zasady dotyczące gospodarowania środkami finansowymi, czym naruszył przepis art. 255 pkt 3 Pzp w z art. art. 16 pkt 1 Pzp.

Izba podkreśla, iż z godnie z treścią art. 255 pkt 3 Pzp (część druga zdania) ustawodawca dopuścił możliwość zwiększenia przez Zamawiającego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, jednakże decyzja o zwiększeniu tej kwoty należy zawsze do zamawiającego. Izba w pełni podziela w tym zakresie stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Stanowisko takie prezentowane jest w utrwalonym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zapadłym w poprzednim stanie prawnym, które pozostaje aktualne także i na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp. „Zamawiający ma pełną

autonomię co do podjęcia decyzji o poszukiwaniu dodatkowych środków na realizację zamówienia. Odmowa zwiększenia kwoty nie może stanowić podstawy jakichkolwiek roszczeń". (wyrok KIO z 22 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2608/18). Podobnie orzekł Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 18 sierpnia 2016 r. sygn. akt X GC 937/15 wskazując, że „zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania źródeł finansowania ponad kwoty, które pierwotnie zabezpieczył, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej i zapobieżeniu unieważnienia postępowania, bowiem wskazanie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia należy do jego dyskrecjonalnej władzy, natomiast określenie szacunkowej wartości zamówienia ma na celu ustalenie wartości zamówienia, ale nie przekłada się to na obowiązek zamawiającego uwzględnienia tej wartości w określaniu budżetu dla danego zadania. Powyższe utwierdza w przekonaniu, że w konsekwencji bezpodstawnym jest oczekiwanie, że zamawiający będzie udowadniał, iż jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków finansowych. Nie znajduje bowiem oparcia w przepisach badanie budżetu zamawiającego, nakazywanie dokonania mu jakichkolwiek przesunięć w budżecie, dokonania jednych zakupów kosztem drugich albo

nakazywania wydania na dane zamówienie kwoty, którą zamierzał wydać na inne zamówienie. Zatem, z treści art. 93 ust. 1 pkt 4 u.Pzp nie sposób wywieść jakichkolwiek podstaw prawnych, które pozwalałaby na zobowiązanie zamawiającego, do zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia. To zamawiający, nie wykonawca, ponosi wyłączną odpowiedzialność za gospodarowanie środkami publicznymi w sposób celowy i oszczędny, i skoro według jego oceny nie ma obecnie możliwości zwiększenia środków na realizację zamówienia, to nie można mu robić z tego powodu zarzutu (wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2015 r., KIO 1132/15; wyrok KIO z dnia 22 maja 2015 r., KIO 961/15; wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2015 r., KIO 622/15).

Analogiczne stanowisko prezentowane jest również w Komentarzu Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusz Winiarza: „Decyzja o zwiększeniu tej kwoty jest oparta na swobodnym uznaniu zamawiającego. Wyrażenie „może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty" należy interpretować jako uprawnienie zamawiającego i to do jego decyzji należy kwestia możliwości zwiększenia środków finansowych na dany cel. Zatem zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Powyższe znajduje pełne zastosowanie także i do niniejszego postępowania, w którym Zamawiający oświadczył, że nie jest w stanie dokonać zwiększenia środków finansowych w celu zapewnienia możliwości jego sfinansowania, do kwoty, stanowiącej sumę 6.541.836,16 zł (cena oferty najkorzystniejszej), a zatem do kwoty o ponad 100 % przewyższającej pierwotną kwotę 3.257.498,44 zł, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia.

Tymczasem Odwołujący, stawiając powyższy zarzut całkowicie pomija treść uzasadnienia unieważnienia postępowania, zgodnie z którą: ceny ofertowe wszystkich ofert złożonych przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także oferta z najniższą ceną, przewyższają kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia, a Zamawiający - z uwagi na znaczącą wielkość i skalę tej różnicy (opiewającej na kwotę 3 284.337, 72 zł zgodnie z wyliczeniem 6.541.836,16 zł - 3 257 498,44 zł = 3 284.337,72 zł) przewyższającą 100 % kwoty przeznaczonej na sfinansowanie tego zamówienia - nie może zwiększyć tejże kwoty przeznaczonej na sfinansowanie tego zamówienia do poziomu zaoferowanej ceny najkorzystniejszej oferty. Taki stan rzeczy obliguje Zamawiającego, będącego jednostką sektora finansów publicznych, do unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

Nie jest zatem zasadne i niczym nie poparte twierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający może zwiększyć niniejszą kwotę do ceny lub kosztu oferty najkorzystniejszej oferty. Unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp było w pełni zasadne, a Zamawiający nie musiał w treści uzasadnienia unieważnienia podawać przyczyn oraz wykazywać okoliczności, dla których nie ma możliwości zwiększenia środków finansowych na realizację zamówienia.

Podkreślenia wymaga, iż uzasadnienie przez Odwołującego powyższego zarzutu, nie potwierdza przesłanki unieważnienia postępowania, wynikającej z art. 255 pkt 3 Pzp.

Izba, za nieprzydatne dla sprawy uznała dowody złożone przez Odwołującego w postaci Informacji o Wyborze Oferty Najkorzystniejszej i Informacji z Otwarcia Ofert w analogicznym postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Odział w Katowicach z dnia 23 września 2021 24 sierpnia 2021 r. na okoliczność możliwości zwiększenia środków na realizację zamówienia do wysokości ceny oferty najkorzystniejszej. Izba wskazuje, że powyższe dowody nie mają przełożenia na postępowanie będące przedmiotem rozpoznania, a ponadto jak wyjaśnił Zamawiający podczas rozprawy, każdy Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad posiada własny budżet i niezależnie od innych Oddziałów podejmuje decyzje o jego wydatkowaniu.

W związku z powyższym, niezasadny jest również zarzut prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W zakresie zarzutu trzeciego, tj. naruszenia przepisu art. 255 pkt 3 i 5 Pzp w zw. z art. 260 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez niedokonanie uzasadnienia faktycznego i prawnego odnośnie podjęcia działań mających na celu zweryfikowanie możliwości zwiększenia kwoty czynności unieważnienia przekazywanego wykonawcom w informacji o unieważnieniu postępowania, gdy unieważnienie postępowania nie może stanowić decyzji arbitralnej Zamawiającego, lecz powinno mieć uzasadnienie w obowiązujących przepisach prawa i musi być wynikiem przeprowadzonych czynności, a ich brak stanowi podstawę

samodzielnego zarzutu w odwołaniu oraz w odniesieniu do zarzutu czwartego, tj. naruszenia przepisu art. 255 pkt 3 i 5 Pzp w zw. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez nieujawnienie w informacji stanowiącej zawiadomienie o unieważnieniu postępowania wszystkich okoliczności, którymi kierował się Zamawiający podejmując zaskarżoną czynność — podając jedynie przepis mający rzekomo stanowić podstawę rozstrzygnięcia, wskazując by zostały spełnione przesłanki, nie wyjaśniając jednak jakie konkretnie fakty miały wpłynąć na ich spełnienie, podczas gdy zgodnie z zasadami przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, wszelkie czynności podejmowane przez Zamawiającego powinny wynikać z jednoznacznych i klarownych przesłanek, którymi się kierował, nadto przesłanki te

muszą być możliwe do zweryfikowania już na etapie podjęcia tych czynności - Izba odniosła się łącznie, wskazując na niezasadność zarzutów.

Zgodnie z art. 260 ust. 1 Pzp o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zgodnie z art. 260 ust. 2 PZp Zamawiający udostępnia niezwłocznie informacje, o których mowa w ust. 1, na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu brak podania uzasadnienia faktycznego i prawnego w zakresie podjęcia działań mających na celu zweryfikowania możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia oraz nieujawnienie wszystkich okoliczności, którymi kierował się Zamawiający unieważniając postępowanie. Zdaniem Izby, ze stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić. Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, powołując się na przesłanki wskazane w art. 255 pkt 3 i 5 Pzp.

W zakresie unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp i wskazania okoliczności uzasadniających decyzję Zamawiającego, Izba w całości przywołuje argumentację podniesioną przy rozpoznawaniu powyższego zarzutu, jako właściwą dla rozpoznania zarzutów naruszenia art. 255 pkt 3 Pzp w zw. z art. 260 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 255 pkt 3 Pzp w zw. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

Ponadto, zważywszy na okoliczność, iż zarzut dotyczący naruszenia art. 255 pkt 5 w zw. z art. 260 Pzp w zw. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 255 pkt 5 Pzp w zw. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp został podniesiony jedynie w petitum odwołania (nastąpiło jedynie wskazanie podstawy prawnej) i nie rozwinięty w treści uzasadnienia odwołania, oraz wobec braku jakiejkolwiek argumentacji potwierdzającej naruszenie przez Zamawiającego obowiązku wynikającego z przywołanych przepisów, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Reasumując, Zamawiający podał uzasadnienie faktyczne i prawne okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania, jednocześnie informując wszystkich uczestników postępowania o unieważnieniu postępowania, wskazał okoliczności które w jego ocenie uzasadniały konieczność unieważnienia postępowania, w zakresie, do którego był zobowiązany, czym wypełnił obowiązek informacyjny wynikający z art. 260 Pzp. Informacje przekazane przez Zamawiającego - wbrew twierdzeniom Odwołującego - są jednoznaczne i klarowne, wskazują na okoliczności, którymi kierował się Zamawiający a które możliwe były do zweryfikowania na etapie czynności podjętych przez Zamawiającego. Informacja o środkach przeznaczonych na realizację zamówienia podana została przed otwarciem ofert. Ponadto sam Odwołujący wykazał, składając niniejsze odwołanie (19 stron), w którym postawił Zamawiającemu dziewięć zarzutów, że treść uzasadnienia unieważnienia postępowania, nie ograniczyła wykonawcom możliwości skorzystania z przysługujących im środków ochrony prawnej, co w ocenie Izby świadczy o niezasadności zarzutu.

Dodatkowo Izba podkreśla, że skoro Zamawiający był uprawniony do unieważnienia postępowania w związku z brakiem środków jakie zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, a decyzja o ich zwiększeniu zależy od Zamawiającego - który nie musi poszukiwać nowych źródeł finansowania dla zamówienia, to konsekwencją powyższego jest, że zamawiający nie był zobowiązany do udowadniania i uzasadniania wykonawcom, dlaczego jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków finansowych, a tym bardziej jakie działania w tym zakresie podejmował.

Czynnościom Zamawiającego nie można przypisać również naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości.

Wobec powyższego Izba oddaliła powyższe zarzuty jako niezasadne.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 255 pkt 3 i 5 Pzp w zw. z art. 44 ust. 3 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 305 z późn. zm., zwanej dalej także: u.f.p.) poprzez nieuwzględnienie przez Zamawiającego zasad celowości i gospodarności wydatkowania środków finansowych przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy zgodnie z orzecznictwem efektywność działania podmiotów publicznych nie w każdych warunkach jest możliwa do określenia za pomocą instrumentów typowo wynikowych.

Zgodnie z treścią art. z art. 44 ust. 3 ust. 1 i 2 ustawy o finansach publicznych wydatki publiczne powinny być dokonywane:

1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,

b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;

2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań.

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu wskazał, że Zamawiający zaniechał zweryfikowania swoich możliwości w zakresie korzyści i kosztów społecznych, z uwzględnieniem charakteru i okoliczności udzielanego zamówienia oraz wiążących przepisów i zasad gospodarowania środkami finansowymi. Wskazał również, iż w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, brak jest wyjaśnienia, jakimi zasadami w zakresie gospodarności środkami publicznymi i działaniami związanymi z ochroną konkurencyjności kierował się Zamawiający.

Izba wskazuje, że z twierdzeniami Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Przede wszystkim, Zamawiający nie wykazał na czym ma polegać naruszenie powyższych przepisów przez Zamawiającego. Odwołujący Zarzuca brak gospodarności w wydatkowaniu

środków publicznych, przywołując stanowisko doktryny w tym zakresie - które Izba w pełni podziela - jednakże Odwołujący nie wskazuje poprzez jakie czynności lub zaniechania, Zamawiający uchybił zasadzie gospodarności. Argumentacja, iż przeprowadzenie nowego postępowania będzie kreowało nowe, dodatkowe koszty postępowania, wobec czego unieważnienie postępowania na obecnym etapie zaprzecza celowości i gospodarności wydatkowania środków finansowych jest całkowicie niezasadna, i nie ma zastosowania do przedmiotowego zamówienia, ponieważ Zamawiający wykazał, iż nie będzie prowadził kolejnego postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Izba w pełni podziela stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym: dokonana przez Zamawiającego analiza ekonomiczna celowości udzielenia przedmiotowego zamówienia wskazała, iż - biorąc pod uwagę wysokie wartość cen ofertowych wszystkich trzech ofert złożonych przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności wartość oferty z najniższą ceną opiewającą na znaczną kwotę 6 541 836,16 zł - w chwili obecnej nie leży już w interesie publicznym. Dalsze kontynowanie przez Zamawiającego przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jego wykonanie - w sposób i w zakresie oraz na warunkach określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia - w tej sytuacji naruszałoby bowiem ustawowe zasady ponoszenia wydatków publicznych określone w bezwzględnie obowiązujących przepisach art. 44 ust. 1 pkt. 3 i ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 305 ze zm.) zgodnie z którymi to zasadami wydatki publiczne mogą być ponoszone na cele i w wysokościach ustalonych w planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych oraz jednocześnie powinny być one dokonywane: 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, oraz b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów; i jednocześnie 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań; a także 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

W ocenie Izby, to właśnie udzielenie Odwołującemu przedmiotowego zamówienia,

w okolicznościach w których cena jego oferty przewyższa o ponad 100% ilość środków przeznaczonych na realizację zamówienia, w okolicznościach w których Zamawiający ma możliwość realizacji przedmiotowego zamówienia przez inny podmiot, dotychczas realizujący zamówienie (poprzez aneksowanie umowy), za cenę mieszczącą się w środkach przeznaczonych na jego realizację, stanowiłoby naruszenie przepisów i zasad wynikających z ustawy o finansach publicznych.

Wobec powyższego zarzut należało oddalić.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego przez Odwołującego podczas rozprawy i złożonego na tą okoliczność dowodu w postaci wzoru umowy w postępowaniu pn.: „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu - Rejon w Opolu, wraz ze wszystkimi elementami pasa drogowego", odnoszącego się do możliwości zmiany umowy, zawartej w wyniku rozstrzygnięcia powyższego postępowania, Izba wskazuje, że powyższy zarzut nie został podniesiony w odwołaniu i stanowi rozszerzenie zarzutów odwołania. W związku z powyższym, zgodnie z art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, pozostawiając zarzut bez rozpoznania.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut szósty dotyczący naruszenia przepisu

art. 255 pkt 3 w zw. z art. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 w zw. z art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275 z późn. zm.)w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 § 1 k.c. poprzez brak zwiększenia kwoty jaką zamierzał przeznaczyć Zamawiający do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty, przy jednoczesnym transferze środków publicznych na tożsamy przedmiot zamówienia w równolegle toczącym się postępowaniu, gdzie ofertę złożył tylko jeden wykonawca, a oferta ta była wyższa od kwoty jaką zamierzał przeznaczyć Zamawiający o 11.490.974,01 zł oraz zarzut siódmy, dotyczący naruszenia ww. przepisów, poprzez dopuszczenie się przez Zamawiającego nadużycia pozycji dominującej i naruszenia podstawowych zasad ochrony konkurencji, podczas gdy naruszenie warunków prawidłowej konkurencji wiąże się z szeroko rozumianymi sankcjami, w tym skutkiem nieważności dokonywanych czynności.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275 z późn. zm.) zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w winny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na:

1) ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów;

2) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego

lub inwestycji;

3) podziale rynków zbytu lub zakupu;

4) stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednolitych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;

5) uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem

umowy;

6) ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem;

7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Zgodnie z art. 9 ustawy o chronię konkurencji i konsumentów:

1. Zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców.

2. Nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na:

1) bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów;

2) ograniczeniu produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów;

3) stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednolitych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;

4) uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem

umowy;

5) przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji;

6) narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści;

7) podziale rynku według kryteriów terytorialnych, asortymentowych lub podmiotowych.

3. Czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są w całości lub w odpowiedniej części nieważne.

Zgodnie z art. 8 ust 1 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z kolei art. 58 §1 k.c. wskazuje, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy.

W uzasadnieniu zarzutu szóstego, Odwołujący zarzucił, że Zamawiający zaniechał zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia w postępowaniu, w którym wpłynęły trzy oferty, podczas, gdy w równolegle toczącym się postępowaniu, w którym została złożona tylko jedna oferta, zwiększył środki na realizację zamówienia o 11.490.974,01 zł, czym naruszył zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców poprzez brak wyjaśnienia zasad preferencji podziału określonych środków podmiotów ubiegających się o zamówienie i kryteriów przyznawania tych środków, oraz ograniczył konkurencję, dążąc do udzielenia zamówienia w trybie art. 214 Pzp. Odwołujący podnosi również, że Zamawiający poprzez arbitralną decyzję o transferze środków publicznych doprowadził do nadużycia pozycji dominującej.

Z argumentacją Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Zarzut dotyczący ograniczenia przez Zamawiającego zasady konkurencyjności jest całkowicie niezasadny. Po pierwsze, Zamawiający uprawniony był do unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy, cena najkorzystniejszej oferty przewyższa ilość środków które zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, co zostało omówione przy powyższych zarzutach. Po drugie, dla zaistnienia przesłanki uzasadniającej możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, nie ma znaczenia czy w postępowaniu została złożona jedna czy kilka ofert, lecz okoliczność, że Zamawiający nie posiada odpowiedniej ilości środków finansowych. Wobec powyższego unieważnienie postępowania, w którym złożono trzy oferty, nie przekłada się na naruszenie zasady konkurencyjności. Nie stanowi również naruszenia zasady konkurencyjności udzielenie zamówienia wykonawcy w postępowaniu prowadzonym w trybie konkurencyjnym, w którym została złożona tylko jedna ofert. Po trzecie, Zamawiający nie jest zobligowany do składania wyjaśnień w zakresie możliwości zwiększania środków finansowych, niezbędnych dla realizacji zamówienia. Tym bardziej nie jest zobowiązany do tłumaczenia się przed

wykonawcami, dlaczego w danym postępowaniu zwiększył środki na realizację zamówienia, a w innym nie. Decyzja w tym zakresie należy do Zamawiającego, który ponosi odpowiedzialność za realizację zadań, do których wykonywania jest zobowiązany.

Wobec powyższego, zarzut, że Zamawiający nie wyjaśnił dlaczego w postępowaniu, w którym brał udział tylko jeden wykonawca, zdecydował się na zwiększenie środków, a postępowanie, w którym złożono trzy oferty, zostało unieważnione, przez co Zamawiający naruszył zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców i konkurencyjności jest całkowicie niezasadny.

Niezależnie od powyższego, Izba za wiarygodne uznała wyjaśnienia Zamawiającego złożone podczas rozprawy, z których wynikało, że zwiększenie środków w postępowaniu, w którym została złożona jedna oferta stanowiło ok. 16% wartości przeznaczonych środków, a nie jak w rozpoznawanym postępowaniu ponad 100% wartości, a także z uwagi na to, że przedmiotowe postępowanie jest ostatnim z prowadzonych w danym roku postępowań o udzielenie zamówienia, Zamawiający po prostu nie posiada już środków, które mógłby przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący nie wykazał również, na czym polegało nadużycie przez Zamawiającego pozycji dominującej. Argumentacja, iż poprzez arbitralną decyzję Zamawiającego, polegającą na przesunięciu środków na potrzeby innego postępowania, Odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji przedmiotu zamówienia, nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem nie wpisuje się ona w okoliczności polegające na nadużyciu pozycji dominującej. Zamawiający wykonał czynności w postępowaniu, do których był uprawniony, a uzasadnienie Odwołującego nie stanowi potwierdzenia dla zaistnienia przesłanek nadużycia pozycji dominującej , o których mowa w art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów:

Reasumując, powyższe zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 255 pkt 5 w zw. z w zw. z 214 ust. 1 pkt 5 i art. 129 ust. 2 Pzp. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 § 1 k.c. poprzez celowe kreowanie przez Zamawiającego sytuacji, w której przepisy szczególne przewidują wyjątki od jej obowiązywania, tj. możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy skutkuje to ukształtowaniem czynności tak, że z zewnętrznego punktu widzenia wydaje się, że ma ona cechy niesprzeciwiające się obowiązującemu prawu, w ocenie Izby zarzut jest niezasadny.

Zgodnie z treścią art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Zgodnie z art. 129 ust. 2 Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach zamawiający może udzielić zamówienia w przypadkach określonych w ustawie.

Odwołujący Zarzuca Zamawiającemu, że unieważniając przedmiotowe postępowanie podejmuje działania zmierzające do obejścia przepisów ustawy, poprzez kreowanie sytuacji w której zaistnieją okoliczności do udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Wskazać należy, że stanowisko Odwołującego w całości oparte jest wyłącznie na jego własnych przypuszczeniach, nie popartych żadnymi okolicznościami faktycznymi.

Niezasadność zarzutu została również potwierdzona przez Zamawiającego, który jednoznacznie zaprzeczył że zamierza udzielić przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki, i wykazał, że realizacja przedmiotowego zamówienia zostanie powierzona wykonawcy, który obecnie realizuje zamówienia, na dotychczasowych warunkach, oraz za cenę nieprzekraczającą środków przeznaczonych przez Zamawiającego na realizację zamówienia. Ponadto wykonawca ten został wybrany w trybie konkurencyjnym, co zaprzecza zarzutowi obejścia przez Zamawiającego przepisów celem udzielenia zamówienia z wolnej ręki, przy braku przesłanek uzasadniających zastosowanie takiego trybu, a wykonawca potwierdził chęć i możliwość realizacji przedmiotowego zamówienia, poprzez podpisanie stosownego aneksu do umowy.

Powyższy zarzut należy uznać za niezasadny.

Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. 255 pkt 3 i 5 Pzp w zw. art. 252 ust. 1 Pzp w zw. z art. 253 ust. 3 w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo braku podstaw do dokonania takiej czynności, po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty i upływie terminów na złożenie środków odwoławczych, czym Zamawiający naruszył także zasady przejrzystości postępowania i konkurencji — art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, dla którego Odwołujący nie zawarł żadnego uzasadnienia, ponad treść zawartą w petitum odwołania. Izba wskazuje, iż powyższa konstrukcja zarzutu nie powala na stwierdzenie, że Zamawiający dokonał lub zaniechał czynności, do której był zobowiązany na podstawie Prawa zamówień publicznych.

Izba za zasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 255 pkt 5 Pzp poprzez unieważnienie postępowania, w sytuacji, w której Zamawiający powołał się na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Izba podziela w tym zakresie argumentację podniesioną przez Odwołującego, przyjmując ją za własną. Dodatkowo Izba wskazuje, że złożenie w postępowaniu ofert, których ceny przewyższają ilość środków przeznaczonych przez Zamawiającego na realizację zamówienia, nie może stanowić uzasadnienia wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, której Zamawiający nie mógł przewidzieć. Tym bardziej, że Zamawiający ma w tym zakresie doświadczenie wynikające z wcześniejszych postępowań, w których zwiększał ilość środków przeznaczonych na realizację zamówienia. Okoliczność taka jest sytuacją często występującą w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, zwłaszcza w obecnej sytuacji rynkowej, która musi być wpisana w ryzyka Zamawiającego.

Jednakże, pomimo podzielenia argumentacji Odwołującego w zakresie naruszenia art. 255 pkt 5 Pzp, Izba nie mogła uwzględnić powyższego zarzutu z uwagi uprawnienie Zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, w związku z brakiem środków na sfinansowanie zamówienia. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało skutecznie unieważnione na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. Zatem częściowe uwzględnienie odwołania poprzez uwzględnienie powyższego zarzutu nie jest dopuszczalne, ponieważ nie doprowadziłoby do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania.

Zatem zarzut, pomimo jego zasadności nie mógł zostać uwzględniony.

Reasumując, należało orzec jak w sentencji.

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....