

WYROK

z dnia 5 lipca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2022 roku przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Gazomet Sp. z o.o. z siedzibą w Rawiczu, Radiatym Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie, przy udziale Wykonawcy RMA POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Gazomet Sp. z o.o. z siedzibą w Rawiczu, Radiatym Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczonej przez Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Gazomet Sp. z o.o. z siedzibą w Rawiczu, Radiatym Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Gazomet Sp. z o.o. z siedzibą w Rawiczu, Radiatym Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach na rzecz Zamawiającego - Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze 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 1559/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. - prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego mającego za przedmiot Dostawę kompensatorów DN 700 oraz świadczenie usług serwisu polowego na potrzeby gazociągu Skoczów-Komorowice-Oświęcim-Tworzeń.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 lutego 2022 r. pod numerem: 2022/S 033-085877.

W dniu 3 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

W dniu 13 czerwca 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o uzyskanie zamówienia Gazomet Sp. z o.o. oraz Radiatym Sp. z o.o. (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli odwołanie od następujących czynności Zamawiającego:

1. ustaleniu wartości zamówienia oraz kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w sposób nieuwzględniający warunków rynkowych;
2. unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa kompensatorów DN 700 oraz świadczenie usług serwisu polowego na potrzeby gazociągu Skoczów - Komorowice - Oświęcim - Tworzeń” (nr postępowania: ZP/2022/01/0011/PZ) część nr 2;
3. zaniechaniu zwiększenia kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa kompensatorów DN 700 oraz świadczenie usług serwisu polowego na potrzeby gazociągu Skoczów - Komorowice - Oświęcim — Tworzeń” (nr postępowania: ZP/2022/01/0011/PZ) część nr 2;
4. nienależytym uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa kompensatorów DN 700 oraz świadczenie usług serwisu polowego na potrzeby gazociągu Skoczów - Komorowice - Oświęcim - Tworzeń” (nr postępowania: ZP/2022/01/0011/PZ) część nr 2.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy

Pzp:

- 1) art. 36 ust. 2 ustawy Pzp poprzez ustalenie wartości zamówienia oraz kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia bez dokonania uwzględnienia zmiany okoliczności, pomimo zaistnienia nadzwyczajnych zmian na rynku związanych m. in. z wojną w Ukrainie oraz wynikającymi stąd zmianami cen na rynku stali, które są jednym z kluczowych czynników cenotwórczych w przypadku przedmiotu zamówienia, a także najwyższą w Polsce od 1998 r. inflacją;
- 2) art. 260 ustawy Pzp poprzez brak należytego uzasadnienia faktycznego i prawnego przez Zamawiającego czynności polegającej na unieważnieniu postępowania, w szczególności brak jakiegokolwiek uzasadnienia tego, że zamawiający nie może zwiększyć kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w szczególności brak uzasadnienia, że Zamawiający nie posiada środków na zwiększenie tej kwoty i poparcia tego dokumentami finansowymi Zamawiającego;
- 3) art. 255 pkt 3 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, podczas gdy Zamawiający mógł zwiększyć kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie

zamówienia, co przede wszystkim byłoby racjonalne z punktu widzenia celu zamówienia oraz innych prowadzonych przez Zamawiającego postępowań, a przede wszystkim interesu społecznego, tj. doprowadzenia do wybudowania gazociągu zwiększającego bezpieczeństwo energetyczne Rzeczypospolitej Polskiej;

4) art. 7 pkt 18 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 21 ust. 4 ustawy Pzp oraz w zw. z Uchwałą nr 6 Rady Ministrów z dnia 11 stycznia 2022 r. w

sprawie przyjęcia Polityki zakupowej państwa - poprzez brak efektywności prowadzonego postępowania oraz brak zakończenia postępowania wyborem najkorzystniejszej oferty.

Podstawowe żądanie Odwołującego to uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że pismem z dnia 3 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu przedmiotowego postępowania w zakresie części nr 2. Jako podstawę faktyczną Zamawiający podał fakt, że sklasyfikowana na drugim miejscu oferta złożona przez Odwołującego zawiera cenę przewyższającą kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący zakwestionował słuszność czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania w zakresie części nr 2.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w procesie ustalania kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia naruszył przepis art. 36 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 1 grudnia 2022 r. zwrócił się m.in. do podmiotu Radiatym Sp. z o.o. z zapytaniem o szacunkowe koszty dostawy kompensatorów.

Jednocześnie przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 16 lutego 2022 r.

Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie zastosował art. 36 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie uwzględnił faktu, że po wszczęciu postępowania doszło do inwazji Federacji Rosyjskiej na Ukrainę. Sytuacja ta, jak podniósł Odwołujący, ma wymierny wpływ na ceny stali, będącej jednym z głównych składników cenotwórczych kompensatorów. Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie uwzględnił inflacji, która w Polsce jest najwyższa od 1998 r. i wpływa na wszystkie pozostałe składowe ceny kompensatora.

W dalszej kolejności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że podał nienależyte uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanej przez niego czynności unieważnienia

postępowania - w ocenie Odwołującego Zamawiający ograniczył się do lakonicznego stwierdzenia o braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w zakresie części nr 1 zamówienia Zamawiający zdecydował się zwiększyć kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia i udzielił zamówienia Wykonawcy RMA Polska sp. z o.o.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dopuszcza więc możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, przy czym nie wyjaśnił przyczyn braku zwiększenia kwoty w zakresie części nr 2, przy jednoczesnym zwiększeniu tej kwoty w zakresie części nr 1.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż nie wskazał okoliczności nieposiadania środków na sfinansowanie przedmiotu zamówienia w wyższej kwocie. Ponadto nie wskazał, że działanie nie jest uzasadnione z punktu widzenia interesu publicznego. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie odwołał się do dokumentów finansowych, z których wynikałoby, że nie ma środków, które mógłby przeznaczyć na zwiększenie budżetu przeznaczonego na sfinansowanie zadania.

Następnie Odwołujący podniósł, że Zamawiający unieważnił postępowanie w okolicznościach niespełnienia przesłanek umożliwiających dokonanie tej czynności, przy czym w ocenie Odwołującego właściwa kontrola w tym zakresie jest utrudniona z uwagi na nienależyte uzasadnienie.

Odwołujący podniósł, że przedmiotowe zamówienie jest nierozzerwalnie związane z

prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniem mającym za przedmiot „Budowę gazociągu Skoczów-Komorowice-Oświęcim-Tworzeń wraz z infrastrukturą niezbędną dla jego obsługi na terenie województwa małopolskiego i śląskiego. Etap II gazociąg wysokiego ciśnienia DN 700 MOP 8,4 MPa relacji Oświęcim-Tworzeń (m. Sławków) wraz z Systemową Stacją Redukcyjno-Pomiarową Oświęcim”. Przedmiot Zamówienia ma być dostarczony w ramach tzw. dostaw inwestorskich do wykonawcy realizującego budowę ww. gazociągu. W ramach Przetargu Wykonawczego Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na jego sfinansowanie - w kwocie 235.545.000,00 zł.

Odwolujący wskazał na ryzyka związane z niedostarczeniem kompensatorów w ramach dostaw inwestorskich.

Zamawiający pismem z dnia 30 czerwca 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność Zamawiającego.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca RMA Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnowie.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów z uwzględnieniem zasady kontryktoryjności postępowania.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z protokołem postępowania wartość szacunkowa zamówienia w zakresie części nr 2 została ustalona na kwotę 24.225.000,00 zł netto, co stanowi równowartość kwoty 5.674.232,31 euro.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2022 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 222 ust. 4 ustawy Pzp poinformował o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia:

w zakresie części 2 zamówienia była to kwota 29.796.750,00 zł brutto (24.225.000,00 zł netto). W piśmie z dnia 15 kwietnia 2022 r. Zamawiający zawarł informację z otwarcia ofert. Zestawienie ofert otwartych w dniu 15 kwietnia 2022 r. w przedmiotowym

postępowaniu:

--

Wykonawca	Cena w części 1 zamówienia	Cena w części 2 zamówienia
Odwołujący	48.077.407,29 zł	48.077.407,29 zł
RMA Polska Sp. z o.o.	31.855.770,00 zł	31.855.770,00 zł
CP Trade Energia i Gaz Sp. z o.o.	66.420.000,00 zł	66.420.000,00 zł

Pismem z dnia 3 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w zakresie części nr 2. Jako podstawę prawną Zamawiający podał przepis art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający podał, co następuje.

„W wyznaczonym terminie na składanie ofert w przedmiotowym postępowaniu, do Zamawiającego w zakresie Części nr 2 wpłynęły 3 oferty złożone przez:

1. Konsorcjum: 1)GAZOMET Sp. z o.o., ul. Sarnowska 2, 63-900 Rawicz (Lider Konsorcjum) 2) RADIATYM Sp. z o.o., ul. Przewozowa 20, 44-100 Gliwice, z ceną realizacji zamówienia w wysokości 48 077 407,29 złotych brutto,
2. RMA Polska Sp. z o.o., ul. Łużycka 14, 59-225 Chojnów, z ceną realizacji zamówienia w wysokości 31 855 770,00 złotych brutto,
3. CP Trade Energia i Gaz Sp. z o.o., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków z ceną realizacji zamówienia 66 420 000,00 złotych brutto.

Przed otwarciem ofert Zamawiający udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zakresie Części nr 2 kwotę: 29 796 750,00 zł brutto. Zgodnie z zapisem w Rozdziale IV ust. 1 SWZ, Zamawiający wskazał, iż przedmiot zamówienia został podzielony na 2 Części. Natomiast w Rozdziale IV ust. 2 SWZ, Zamawiający wskazał, iż Wykonawca może zgodnie z art. 91 ust 3. Ustawy uzyskać zamówienie (zostanie zawarta umowa) tylko w zakresie jednej części. Zamawiający mając na uwadze powyższe zapisy w Rozdziale IV SWZ jednocześnie opisał obiektywne i niedyskryminacyjne zasady dokonania wyboru spośród ważnych ofert. ust. 4 pkt

5) SWZ, na podstawie których Oferta Wykonawcy Konsorcjum: GAZOMET Sp. z o.o. i RADIATYM Sp. z o.o. została sklasyfikowana na drugim miejscu, ale przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednocześnie Zamawiający informuje, iż nie może zwiększyć ww. kwoty.”

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przepisu art. 255 pkt 3 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający mógł zwiększyć kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia Izba uznała, że zarzut ten jest bezzasadny.

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

Zgodnie z poglądem doktryny „(...) Udostępnienie informacji o minimalnej sumie gwarantowanej, najpóźniej przed otwarciem ofert, zapobiega bezzasadnemu unieważnieniu postępowania z powodu rzekomego braku środków. (.). Ustawodawca wyraźnie dopuścił możliwość zwiększenia kwoty pokrycia finansowego w związku z wyborem oferty. 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. Postępowanie unieważnia się, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 768.).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należy podkreślić, że możliwość zwiększenia kwoty ponad ujawnioną przez Zamawiającego kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia traktować należy jako uprawnienie Zamawiającego. Udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia jest możliwe, jeśli Zamawiający może tę kwotę zwiększyć, przy czym uprawnienie to zostało pozostawione decyzji Zamawiającego.

W tym miejscu należy dostrzec, że Odwołujący swój zarzut opiera na takich okolicznościach, jak brak wyjaśnienia przez Zamawiającego faktu zwiększenia kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 2 zamówienia przy jednoczesnym zwiększeniu tej kwoty w zakresie części nr 1 zamówienia. Kolejny argument podnoszony przez Odwołującego to brak wykazania niemożności zwiększenia kwoty w zakresie części nr 2 zamówienia.

Tymczasem jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego oraz z dokumentacji przedmiotowego postępowania, wartość, o jaką Zamawiający zwiększył kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia w zakresie części nr 1 zamówienia w odniesieniu do oferty złożonej przez Wykonawcę RMA Polska Sp. z o.o. to 2.059.020,00 zł. Natomiast kwota, o jaką Zamawiający musiałby zwiększyć kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia w zakresie części nr 2 zamówienia w odniesieniu do oferty złożonej przez Odwołującego to 18.280.657,30 zł.

Dostrzeżenia wymaga, że instytucje zamawiające dysponują środkami finansowymi w zakresie doznającym ograniczeń wynikających ze sposobu ich finansowania, założeń budżetowych itd. Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że z faktu zwiększenia kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w zakresie części nr 1 zamówienia w odniesieniu do oferty złożonej przez Wykonawcę RMA Polska Sp. z o.o. nie można wnioskować, że Zamawiający miał taką możliwość także w zakresie części 2 zamówienia. Wniosek taki byłby tym bardziej nieuprawniony, że udzielenie zamówienia w zakresie części nr 1 oznaczało konieczność zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia o 2.059.020,00 zł, natomiast udzielenie zamówienia w odniesieniu do części 2 oznaczałoby konieczność zwiększenia kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia o 18.280.657,30 zł, co stanowi prawie dziewięciokrotność kwoty 2.059.020,00 zł. Tym samym argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby Zamawiający był zatem zobowiązany do unieważnienia przedmiotowego postępowania w sytuacji, w której zaistniała przesłanka określona w przepisie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, tzn. cena najkorzystniejszej oferty - oferty złożonej przez Odwołującego - przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i nie było możliwości zwiększenia tej kwoty. Zamawiający w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia do zwiększenia kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wskazując, że nie może jej zwiększyć. W tym miejscu należy wskazać, że Izba podziela pogląd trafnie wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2017 r. (sygn. akt KIO 1878/17), zgodnie z którym określenie w ustawie, że zamawiający „może” zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia nie odnosi się do woli zamawiającego, lecz do faktycznych możliwości odnoszących się do dobra, które chce nabyć udzielając zamówienia. Przy czym podkreślenia wymaga, że ocena możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia należy do Zamawiającego.

Jednocześnie Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej - tzn. nie dowiódł, by Zamawiający miał możliwość zwiększenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Argumentacja Odwołującego sprowadzająca się do zarzutu, że Zamawiający nie uzasadnił zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia w zakresie części nr 1 zamówienia przy jednoczesnym braku zwiększenia tej kwoty w odniesieniu do części nr 2 zamówienia, stanowi w ocenie Izby próbę przeniesienia na Zamawiającego ciężaru dowodu, który na mocy przepisu art. 534 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na Odwołującym. To bowiem Odwołujący musi wykazać, że Zamawiający dysponuje środkami finansowymi umożliwiającymi mu udzielenie kwestionowanego zamówienia w sytuacji, gdy Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania, powołując się na niemożność zwiększenia kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, a która jest niższa od ceny oferty najkorzystniejszej. Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnego dowodu, ograniczając się jedynie do twierdzeń stanowiących w istocie postulaty zwiększenia kwoty i opisujących ryzyka związane z nieudzieleniem zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 260 ustawy Pzp poprzez brak należytego

uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania Izba uznała zarzut ten za niezasadny.

Zgodnie z przepisem art. 260 ust. 1 ustawy 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.

W tym miejscu należy podkreślić, co zostało wskazane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 grudnia 2017 r. (sygn. akt KIO 2451/17). Izba stwierdziła, że decyzja Zamawiającego w zakresie zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia nie musi być uzewnętrzniona w sposób sformalizowany. W ww. wyroku wskazano, że Zamawiający nie jest zobowiązany do poszukiwania źródeł finansowania przewyższających kwotę, którą pierwotnie zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Izba za bezpodstawne uznała oczekiwanie udowodnienia przez Zamawiającego, że jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie tych środków.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy należy wskazać, że Zamawiający w treści pisma z dnia 3 czerwca 2022 r. informującego o unieważnieniu postępowania w zakresie części 2 zamówienia wskazał zarówno podstawę prawną - przepis art. 255 pkt 3 ustawy Pzp - jak również odpowiadające temu przepisowi uzasadnienie faktyczne, powołując się na ceny złożonych ofert oraz podaną przed otwarciem ofert kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Zamawiający wskazał także, że zgodnie z rozdziałem IV ust. 2 SWZ Wykonawca może zgodnie z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp uzyskać zamówienia tylko w zakresie jednej części. Mając na uwadze powyższe ustalenia Zamawiający wskazał, że oferta złożona przez Odwołującego, sklasyfikowana na drugim miejscu, przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że nie może zwiększyć ww. kwoty.

Izba uznała, że uzasadnienie prawne i faktyczne dokonanej przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie części nr 2, zawarte w piśmie z dnia 3 czerwca 2022 r., w sposób wystarczający wypełnia dyspozycję art. 260 ust. 1 ustawy Pzp, zatem podniesiony przez Odwołującego zarzut naruszenia ww. przepisu Izba uznała za niezasadny.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 36 ust. 2 ustawy Pzp poprzez ustalenie wartości zamówienia oraz kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia bez dokonania uwzględnienia zmiany okoliczności związanej z czynnikiem inflacyjnym oraz wojną na Ukrainie, Izba uznała, że zarzut ten jest niezasadny.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że powyższy zarzut podnoszony jako jeden z argumentów prowadzących do uznania, że Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, nie został wykazany. Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia i doszedł do słusznego wniosku, że cena najkorzystniejszej oferty w zakresie części 2 zamówienia ją przewyższa.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że szacunkowa wartość zamówienia ani wartość kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia nie były kwestionowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - na etapie, na którym możliwe jest ich kwestionowanie. Zamawiający kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia upublicznił pismem z dnia 15 kwietnia 2022 r., otwarcie ofert nastąpiło również w dniu 15 kwietnia 2022 r. Tym samym na tym etapie Odwołujący nie ma już możliwości skutecznego podnoszenia zarzutów mających za podstawę faktyczną błędne ustalenie szacunkowej wartości zamówienia oraz kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia - zarzuty te podnoszone samodzielnie uznać należy za spóźnione.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 pkt 18 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 21 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z uchwałą nr 6 Rady Ministrów z dnia 11 stycznia 2022 r. w sprawie przyjęcia Polityki zakupowej państwa, Izba uznała, że wobec braku odrębności tego zarzutu i oparciu go na tych samych podstawach faktycznych, co dotąd badane, podlegają one oddaleniu.

Odnosząc się do złożonego przez Odwołującego dowodu w postaci kopii postanowienia SO w Warszawie XXII Wydział Własności Intelektualnej, sygn. Akt XXII GWO 23/21 Izba uznała dowód ten za nieprzydatny do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. W ocenie Izby, w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na fakt, że cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, przy jednoczesnym braku możliwości zwiększenia tej kwoty, okolicznością pozostającą bez wpływu na wynik postępowania jest powołany przez Odwołującego fakt braku możliwości dostarczenia wymaganego przedmiotu

zamówienia przez jednego z Wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: