Sygn. akt: KIO 1565/17

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lipca 2017 r. przez wykonawcę: **A. S.A., ul. (…)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **E. O. sp. z o.o., ul. (…)** przy udziale wykonawcy: **S. E. P. sp. z o.o., ul.(…),** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **A. S.A, ul. (…),** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **A. S.A, ul. (…),** tytułem wpisu od odwołania.
2.2. zasądza od wykonawcy: **A. S.A, ul. (…)** na rzecz zamawiającego: **E. O. sp. z o.o., ul. (…)** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1565/17

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„dostawa infrastruktury pomiarowej dla pilotażowego wdrożenia inteligentnego opomiarowania (Systemu A.) w E. O. sp. z o.o.”* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2015 r. pod numerem …

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł o odwołanie, w zakresie zadania nr 3, wobec:

czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia; −
niezgodnego z ustawą Pzp zaniechania przez Zamawiającego czynności −
zwiększenia kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a przynajmniej zaniechania dokonania analizy, czy Zamawiający posiada taką możliwość i wskazania ewentualnej przeszkody uniemożliwiającej zwiększenia tej kwoty;
niezgodnego z ustawą Pzp zaniechania przez Zamawiającego czynności wyboru −
najkorzystniejszej oferty.

Wskazując na powyższe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo, iż −

Zamawiający mógł zwiększyć kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a przynajmniej nie wykazał istnienia okoliczności uniemożliwiającej mu zwiększenie tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia;
art. 91 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru − najkorzystniejszej oferty, przez co niemożliwe stało się przeprowadzenie analizy w celu ustalenia, czy Zamawiający może zwiększyć kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do kwoty najkorzystniejszej oferty, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia;
art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w zakresie zadania nr − 3, przy jednoczesnym preferencyjnym traktowaniu wykonawców biorących udział w postępowaniu w zakresie pozostałych zadań, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Wskazując na ww. zarzuty Odwołujący wniósł o:
unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu − postępowania o udzielenie zamówienia dla zadania nr 3;
nakazanie Zamawiającemu wyboru najkorzystniejszej oferty; −
nakazanie Zamawiającemu zwiększenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na − sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty lub wykazanie przesłanki braku możliwości takiego zwiększenia.
Ponadto, Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie:
dowodu z opinii biegłego z zakresu z zakresu elektroenergetyki (wyceny − instrumentów inteligentnego pomiaru energii elektrycznej) na okoliczność: cen rynkowych punktów pomiarowych inteligentnego opomiarowania (systemu AMI),
dowodu z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności − wskazane w jego uzasadnieniu.
Odwołujący wniósł również o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że przedmiot zamówienia obejmuje realizację projektu pilotażowego wdrożenia infrastruktury pomiarowej systemu AMI w E. O. sp. z o.o. podzielonego na cztery odrębne zadania, obejmujące dostawę, integrację i wsparcie techniczne dostarczonej infrastruktury pomiarowej i systemów informatycznych z Aplikacją Centralną Systemu AMI.

Termin składania i otwarcia ofert na każde z czterech zadań został pierwotnie zakreślony na ten sam dzień.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w postępowaniu (dalej „SIWZ"), w tym w szczególności § 1 projektu umowy, zadania objęte postępowaniem obejmują m.in.:

zadanie nr 1 - dostawę infrastruktury pomiarowej systemu AMI, działającej w technice − PLC w paśmie CENELEC A zgodnie ze standardem G3-PLC specyfikowanym przez organizację G3-PLC Alliance, składającej się z:
    i. 16 000 szt. fabrycznie nowych liczników 1-fazowych;
    ii. 11 000 szt. fabrycznie nowych liczników 3-fazowych;
    iii. 250 szt. fabrycznie nowych koncentratorów PLC;
zadanie nr 2 - dostawę infrastruktury pomiarowej systemu AMI, działającej w technice − PLC w paśmie CENELEC A zgodnie ze standardem PRIME specyfikowanym przez organizację PRIME- Alliance, składającej się z:
    i. 21 000 szt. fabrycznie nowych liczników jednofazowych;

    ii. 15 000 szt. liczników trójfazowych;
    iii. 300 szt. fabrycznie nowych koncentratorów PLC;
zadanie nr 3 - dostawę infrastruktury pomiarowej systemu AMI, działającej w technice − PLC w paśmie CENELEC A zgodnie ze standardem OSGP specyfikowanym przez stowarzyszenie OSGP Alliance, składającej się z:

i. 28 000 szt. fabrycznie nowych liczników jednofazowych;
ii. 9 000 szt. fabrycznie nowych liczników trójfazowych;
iii. 300 szt. fabrycznie nowych koncentratorów PLC;

− zadanie nr 4 - dostawę infrastruktury pomiarowej systemu AMI składającej się z:
i. 3500 sztuk fabrycznie nowych liczników 1 fazowych;
ii. 1500 sztuk fabrycznie nowych liczników 3 fazowych;
wraz z fabrycznie nowymi , dwuzakresowymi modułami komunikacyjnymi, działającymi w technice GSM 2G/3 G, bezpośrednio komunikującymi się z Aplikacją Centralną Systemu AMI w protokole DLMS/COSEM.

Odwołujący wyjaśnił, że wszystkie zadania obejmują nie tylko dostawę liczników, ale całych punków pomiarowych, wraz z niezbędnym oprogramowaniem, urządzeniami komunikacyjnymi oraz czynnościami wdrożenia.

Dalej Odwołujący podał, że zgodnie z § 14 wzoru umowy, niezależnie od obowiązku dostarczenia urządzeń z niezbędnym oprogramowaniem, opisanych w § 1 wzoru umowy, wykonawca złoży nieodwołalną ofertę sprzedaży dodatkowych urządzeń wraz z udzieleniem licencji na oprogramowanie w zakresie niezbędnym do prawidłowego działania Infrastruktury Programowej Systemu AMI i w sposób umożliwiający obsłużenie zwiększonej liczby urządzeń, a Zamawiający ma prawo przyjąć taką ofertę w określonych w § 14 wzoru umowy ilościach („Prawo Opcji").

Odwołujący wskazał, że w ciągu kilkunastu miesięcy Zamawiający wielokrotnie modyfikował SIWZ oraz dokonywał zmian terminu składania i otwarcia ofert. W wyniku jednej ze zmian SIWZ Zamawiający zrezygnował z jednego terminu składania i otwarcia ofert dla wszystkich czterech zadań. Zamiast tego terminy te zostały rozdzielone w ten sposób, że termin składania ofert na zadania nr 3 i 4 wyznaczony został na dzień 21 czerwca 2017 r., a termin składania ofert na zadania nr 1 i nr 2 został ustalony na dzień 28 lipca 2017 r.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert na zadania nr 3 i 4 Zamawiający, jak wyjaśnił Odwołujący, podał kwoty brutto przeznaczone przez niego na ich sfinansowanie (wraz z Prawem Opcji), tj. zadanie nr 3 - 10.296.330,00 zł brutto, zadanie nr 4 - 8.763.750,00 zł brutto.

Po otwarciu ofert na zadanie nr 3 okazało się, jak podał Odwołujący, że ceny wskazane w obu złożonych w postępowaniu ofertach, tj. ofercie Odwołującego oraz ofercie Przystępującego około trzykrotnie przewyższały kwotę, którą Zamawiający zamierzał

przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną - 26.365.911 zł brutto. Cena oferty Przystępującego wynosiła natomiast 33.425.959,71 zł brutto.

Jak wyjaśnił Odwołujący, w odniesieniu do zadania nr 4, również złożono 2 oferty, na kwoty: 6.372.630 zł brutto oraz 6.817.791,60 zł brutto, a więc znacząco poniżej kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie tej części zamówienia.

Odwołujący podał, że w dniu 18 lipca 2017 r. Zamawiający unieważnił postępowanie w zakresie zadania nr 3 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wskazanej czynności, Zamawiający wskazał, jak podał Odwołujący, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowej części zamówienia, a przy tym Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. Przed unieważnieniem postępowania w zakresie zadania nr 3 Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z przepisem art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Wskazany przepis, w ocenie Odwołującego, przewiduje zatem dwie oddzielne przesłanki, które umożliwiają, zamawiającemu unieważnienie postępowania:

a) cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
b) brak możliwości zwiększenia przez zamawiającego kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty.

Unieważnienie postępowania, jak podkreślił Odwołujący, dopuszczalne jest przy tym

wyłącznie wówczas, gdy obie wskazane powyżej przesłanki zostaną spełnione łącznie.

Przytoczona powyżej interpretacja przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jak dostrzegł Odwołujący, została jednoznacznie potwierdzona w wyroku KIO z dnia 10 czerwca 2016 r., sygn. akt: KIO 911/16: *„W myśl przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba* że *zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Powyższa czynność Zamawiającego jest prawnie dopuszczalna jedynie w warunkach wystąpienia przesłanek określonych w tym przepisie. Pierwsza z nich to sytuacja, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która w*

rozpoznawanej sprawie zaistniała. Druga zaś to okoliczność uniemożliwiająca zamawiającemu zwiększenie kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Obowiązek wykazania powyższej przeszkody spoczywa na zamawiającym".

Podobne stanowisko, jak zauważył Odwołujący, zostało wyrażone w piśmie Urzędu Zamówień Publicznych, w którym wskazano: *„Stwierdzić jednakże należy, iż kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie musi być tożsama z kwotą, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W toku postępowania może okazać się bowiem,* że *zamawiający będzie w stanie przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę wyższą od podanej przed otwarciem ofert. W konsekwencji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jest wyższa od kwoty jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowania zamówienia, zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę wyższą od podanej przed otwarciem ofert i udzielić zamówienia. Wówczas kwota jaką zamawiający przeznacza na udzielenie zamówienia będzie przekraczała kwotę określoną w art. 86 ust. 3 ustawy. Należy jednak zauważyć, iż zamawiający, który w takim wypadku dokonuje przeniesień wydatków, musi przestrzegać obowiązujących w tym zakresie przepisów oraz wewnętrznych procedur. Dopiero w sytuacji, gdy dokonanie takich przeniesień nie jest możliwe lub celowe, a kwota, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy"* (Pismo Urzędu Zamówień Publicznych, „Kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a obowiązek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych", Lex nr 22809).

Analiza wystąpienia drugiej z przesłanek wymienionych w 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jak podkreślił Odwołujący, powinna się opierać na porównaniu kwoty, którą zamawiający dysponuje na realizację zamówienia (w szczególności przewidzianej w planie finansowym jednostki zamawiającej) z wartością ceny, którą zamawiający byłby zobowiązany uiścić wykonawcy w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty, a zatem z kwotą odpowiadającej rzeczywistemu kosztowi wykonania zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do łącznego spełnienia obu przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający, w ocenie Odwołującego, nie mógł więc unieważnić postępowania.

Wprawdzie, jak zauważył Odwołujący, oferta z najniższą ceną rzeczywiście przewyższała kwotę, którą Zamawiający ogłosił przed otwarciem ofert, jednakże Zamawiający nie wykazał, iż nie miał możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Odwołujący podniósł, że zarówno w informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 18 lipca 2017 r., jak również w udostępnionym Odwołującemu protokole z postępowania brak jest jakiekolwiek informacji, jakoby Zamawiający podjął analizę

możliwości zwiększenia budżetu.

Co więcej, w ocenie Odwołującego, kwota ta była rażąco zaniżona. Wydaje się wręcz, jak podał Odwołujący, że była ona obliczona na to, aby konieczne stało się unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.

Nadto Odwołujący wskazał, że przed unieważnieniem postępowania, Zamawiający miał obowiązek wyboru najkorzystniejszej oferty. Wymóg ten wynika, w ocenie Odwołującego, z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który nakazuje Zamawiającemu rozważenie

podniesienia kwoty na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty (a nie oferty z najniższą ceną). Zgodnie z brzemieniem wskazanego przepisu, zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien więc najpierw wybrać najkorzystniejszą ofertę, a następnie rozważyć, czy możliwe jest zwiększenie budżetu na sfinansowanie zamówienia.

Stanowisko to, jak podał Odwołujący, znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 27 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 466/15: *„Rozpatrzenie możliwości sfinansowania zamówienia przez zamawiającego w zasadzie może wystąpić dopiero po wyborze oferty i rozpoznaniu konkretnych okoliczności związanych z kondycją finansową zamawiającego. Sytuację tę musi w zasadzie zawsze ocenić zamawiający dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty i tak też stanowi przepis, przewidując ewentualność możliwości zwiększenia kwoty po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty".*

Wybór najkorzystniejszej oferty, jak podał Odwołujący, powinien był się odbyć w oparciu o art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz postanowienia SIWZ.

Odwołujący podkreślił, iż nie twierdzi, że w każdej sytuacji zamawiający ma obowiązek zwiększyć kwotę, którą zamierza przeznaczyć na realizacją zamówienia. Sprawą zamawiającego pozostaje bowiem, ile na dane zamówienie może lub chce wydać.

Zdaniem Odwołującego, konieczność unieważnienia czynności unieważnienia zamówienia w niniejszej sprawie wynika jednak z tego, iż Zamawiający nie wykazał, że zachodzi okoliczność uniemożliwiająca mu zwiększenie tej kwoty do ceny najkorzystniejszej ofert, co było jego obowiązkiem zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Obowiązek przeprowadzenia analizy, czy możliwe jest zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia jest tym bardziej uzasadniony, jak podniósł Odwołujący, że kwota ogłoszona przez Zamawiającego przed otwarciem ofert była rażąco zaniżona. W ocenie Odwołującego, była ona nie tylko kilkukrotnie poniżej ceny rynkowej dla tego typu urządzeń, ale również poniżej kosztów ich wytworzenia. Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę, że budżet Zamawiającego objąć miał nie tylko liczniki, ale całe punkty pomiarowe, w tym oprogramowanie, urządzenia komunikacyjne, usługi wdrożenia itp.

Odwołujący wyjaśnił, że na sfinansowanie zadania nr 3, obejmującego 37 tysięcy punktów pomiarowych, Zamawiający przeznaczył kwotę 10.296.330,00 zł brutto, a więc 278,28 zł za jeden punkt pomiarowy. Dla porównania, dla zadania nr 4, obejmującego 5

tysięcy punktów pomiarowych przewidziany został, jak podał Odwołujący, niemalże jednakowy budżet - 10.296.330,00 zł brutto, a więc 1.752,75 zł za jeden punkt pomiarowy. Relacja ta, jak zaznaczył Odwołujący, ulega tylko niewielkiej korekcie przy uwzględnieniu Prawa Opcji.

Zdaniem Odwołującego, wskazanej dysproporcji nie sposób wytłumaczyć w żaden racjonalny sposób. W szczególności, jak podał Odwołujący, ceny rynkowe obu rodzajów punktów pomiarowych, jak również koszty ich wyprodukowania są bardzo zbliżone. Wydaje się więc, jak podkreślił Odwołujący, że różnica w kwocie, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na oba zadania jest albo wynikiem błędu Zamawiającego albo też rezultatem braku intencji Zamawiającego do zrealizowania programu pilotażowego z wykorzystaniem liczników w technice OSGP. W tym zakresie wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu elektroenergetyki (wyceny instrumentów inteligentnego pomiaru energii elektrycznej).

Fakt, iż budżet przewidziany przez Zamawiającego na sfinansowanie zadania nr 3 był rażąco zaniżony znajduje potwierdzenie, zdaniem Odwołującego, jeżeli porównać go z budżetem przewidzianym przez T. D.S.A. na realizację 1 etapu projektu S. C. W. (ogłoszenie o zamówieniu nr 2013/S 222-387335) z wykorzystaniem tego samego typu punktów pomiarowych. Zwycięska oferta, jak podał Odwołujący, złożona w tamtym postępowaniu przez L. C. C. L. opiewała na 509 zł w przeliczeniu na jeden punkt pomiarowy. Na dowód powyższego Odwołujący przedłożył tabelę zawierającą wycenę ofert złożonych w projekcie S.C. W.(Załącznik nr 4 do odwołania) oraz informację ze strony internetowej, dotycząca projektu S.C. W.(Załącznik nr 5 do odwołania).

Również Urząd Regulacji Energetyki, szacuje, jak wyjaśnił Odwołujący, że cena pojedynczego punktu pomiarowego powinna wynosić około 400 zł (źródło: 2016 B. I. S. M. i. E. R.).

Jakkolwiek to zamawiający decyduje, ile na dane zamówienie może/chce wydać, to, jak podkreślił Odwołujący, kwota ta równocześnie nie może być zaniżona w stosunku do realnej wartości zamówienia jedynie w celu wykreowania sytuacji, w której przesłanka

unieważnienia postępowania z art. 93 ust. ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp praktycznie zawsze się ziści. Odwołujący podniósł, że stwarzałoby to dla zamawiającego możliwość dowolnego unieważniania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i byłoby tym samym sprzeczne z celem ujawniania planowanego budżetu jeszcze przed otwarciem ofert.

W świetle powyższych argumentów, zdaniem Odwołującego, nie ulega wątpliwości, że przed unieważnieniem postępowania w zakresie zadania nr 3, Zamawiający miał obowiązek rozważenia możliwości zwiększenia budżetu. Zaproponowana przez niego kwota była bowiem, w ocenie Odwołującego, rażąco niska, przez co udzielenie zamówienia było w praktyce wykluczone.

Konieczność podwyższenia kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia wynika również z faktu, w ocenie Odwołującego, że poprzez drastyczne zróżnicowanie budżetów na zadanie nr 3 i nr 4 w odniesieniu do jednego punktu pomiarowego, Zamawiający dopuścił się naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Naruszenie wskazanych zasad jest tym bardziej wyraziste, zdaniem Odwołującego, jeżeli wziąć pod uwagę fakt rozdzielenia terminów składania i otwarcia ofert dla poszczególnych zadań. Termin składania ofert na zadanie nr 3 i nr 4 został bowiem wyznaczony na dzień 21 czerwca 2017 r., a termin składania ofert na zadanie nr 1 i nr 2 na dzień 28 lipca 2017 r. W konsekwencji, wykonawcy, którzy biorą udział w postępowaniu dotyczącym zadań nr 1 i nr 2, w opinii Odwołującego, znajdują się na uprzywilejowanej pozycji. Mogą bowiem rozsądnie przewidzieć, jak podał Odwołujący, jakie kwoty na sfinansowanie zamówienia będą ogłoszone przez Zamawiającego i dostosować do nich swoje oferty.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Oznacza to, jak podniósł Odwołujący, że nie może on przyznawać szczególnie korzystnych warunków jednemu lub grupie uczestników przetargu.

Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 9 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 638/15, na co zwrócił uwagę Odwołujący: *„Zasada równego traktowania wykonawców, oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania ulg i przywilejów, ale także* środków *dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na* stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, *nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców lub złożonych przez nich ofert".*

Odwołujący zauważył również, że w odniesieniu do zgodności rozdzielenia terminów na składanie ofert dla różnych części postępowania z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wypowiedziała się KIO w wyroku z dnia 9 stycznia 2015 r., sygn. akt: KIO 2742/14. KIO stwierdziła w nim, jak podał Odwołujący, iż *„jakkolwiek można wyrażać wątpliwości, czy takie działanie zamawiającego w danych okolicznościach jest sensowne czy dla niego korzystne, nie jest to równoznaczne z naruszeniem przez niego przepisów (chyba* że *w danej sytuacji faktycznej rzeczywiście będzie to naruszało zasady uczciwej konkurencji, co jest jednak każdorazowo badane indywidualnie)".*

Zważywszy na fakt, że w niniejszej sprawie:

Zamawiający unieważnił postępowanie w zakresie zadania nr 3 bez rozważenia − możliwości podwyższenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie tego zamówienia, a

jednocześnie

przewidział zdecydowanie wyższy - w odniesieniu do jednego punktu pomiarowego - − budżet dla zadania nr 4 oraz

poprzez rozdzielenie terminu składania ofert umożliwił wykonawcom ubiegającym się − o zadania nr 1 i nr 2 dostosowanie swoich ofert do prawdopodobnego budżetu Zamawiającego

wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w zakresie zadań nr 1, 2 i 4 są, zdaniem Odwołującego, w ewidentnie korzystniejszej sytuacji niż Odwołujący. W efekcie, w szczególnych okolicznościach przedmiotowej sprawy, unieważnienie postępowania w

zakresie zadania 3 doprowadziło, w ocenie Odwołującego, do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, z wnioskiem o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający oszacował wartość zamówienia dla zadań nr 3 i nr 4 odpowiednio na kwoty 8.371.000,00 zł i 7.125.000,00 zł (protokół postępowania – pkt 2 ppkt 3).

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwoty, jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowych zadań. Dla zdania nr 3 była to kwota 10.296.330,00 zł, zaś dla zadania nr 4 – 8.763.750,00 zł. Kwoty te, stanowiące wartości brutto odpowiadają szacunkowej wartości zamówień dla przedmiotowych zadań, powiększonej o podatek VAT.

W ramach zadania nr 3 oferty złożyli Odwołujący i Przystępujący oferując ceny odpowiednio na poziomie 26.365.911,00 zł i 33.425.959,71 zł. Zaś w ramach zadania nr 4 również złożono dwie oferty, których ceny przedstawiały się następująco: 6.817.791,60 zł i 6.372.630,00 zł.

Pismem z dnia 18 lipca 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że *„Zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z tego względu, iż cena oferty najkorzystniejszej lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.*
Uzasadnienie prawne:
Na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, z uwagi na fakt, iż wartość najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę jaką Zamawiający zmierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a przy tym Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do kwoty

stanowiącej wartość najkorzystniejszej oferty złożonej w niniejszym postępowaniu.
Uzasadnienie faktyczne:
W przedmiotowym postępowaniu, w przewidzianym terminie, zostały złożone 2 oferty. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości – 10 296 330,00 zł brutto. Oferty złożone w postępowaniu przewyższają kwotę jaką Zamawiający zmierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Najniższa cena oferty złożonej w ramach zadania nr 3 wyniosła 26 365 911,00 zł".

Izba oddaliła wnioski dowodowe zgłoszone przez strony uznając je za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia rozpoznawanej sprawy. Po pierwsze, „Opinia Kierownika BL w zakresie szacowania przedmiotu zamówienia pod nazwą: Dostawa infrastruktury pomiarowej dla pilotażowego wdrożenia inteligentnego opomiarowania (sytemu AMI) w E. O. Sp. z o.o." stanowi dowód na okoliczność poprawności szacowania przedmiotowego zamówienia, która to okoliczność nie była kwestionowana. Zaś, okoliczność, że kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zadana nr 3 odpowiada wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT wynika z protokołu postępowania.

Po drugie, dowód z opinii biegłego został zgłoszony w celu ustalenia rynkowej wartości zamówienia, która to okoliczność jest irrelewantna dla sprawy, bowiem uzasadnienia prawnego do twierdzenia, że kwota, którą zamawiający zmierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia powinna tej wartości odpowiadać na próżno poszukiwać, sam Odwołujący również go nie wskazał (art. 180 ust. 3 ustawy Pzp).

Pozostałe dowody, a więc z ogłoszenia o zamówieniu, a także dowody, stanowiące załączniki nr 4 i 5 do odwołania zmierzały do ustalenia okoliczności, które nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Dowody te pozwalają bowiem na ustalenie, że prowadzone były konkretne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jakie ceny zaoferowano, ale okoliczności te pozostają bez związku dla stwierdzenia zaistnienia przesłanek do unieważnienia przedmiotowego postępowania (art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

Dalej, dostrzec należy, że przeprowadzenie rzeczonych dowodów jest niemożliwe z przyczyn formalnych. Zgodnie z przepisem art. 190 ust. 3 ustawy Pzp dowodem w sprawie mogą być w szczególności dokumenty. Dokumentem prywatnym jest każdy dokument, który nie jest dokumentem urzędowym. Pismo stanowiące dokument prywatny musi spełniać ogólne warunki przewidziane dla wszelkich dokumentów jako środków dowodowych, tj. musi

zawierać określoną treść, a także podpis wystawcy. Wymogów tych nie spełnia dokument oznaczony jako załącznik nr 4 do odwołania.

Co do dokumentów stanowiących tzw. „zrzuty ze stron internetowych" to tutaj należałoby powołać dowód z oględzin strony internetowej, na której widnieje przedmiotowy dokument, tym bardziej jeśli jest przedkładany bez potwierdzenia, że dokument o przedkładanej treści istnieje.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W świetle przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie dostrzec należy, że mocą przepisu art. 86 ust. 3 ustawy Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Analiza powołanych przepisów, zdaniem Izby, prowadzi do wniosku, iż zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania co do zasady w sytuacji, w której cena oferty najkorzystniejszej lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Natomiast obowiązek ten może odpaść w sytuacji, w której zamawiający będzie mógł przeznaczyć na realizację zamówienia wyższą kwotę, odpowiadającą cenie oferty najkorzystniejszej lub z najniższą cenę.

W ocenie Izby, zwiększenie kwoty pierwotnie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia stanowi uprawnienie zamawiającego, a nie jego obowiązek. Powyższe wynika z analizy przedmiotowych przepisów. Po pierwsze, dostrzec należy, że obowiązkiem zamawiającego jest podanie bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Rzeczoną kwotę zamawiający zobowiązany jest ustalić, zabezpieczyć i wydatkować na realizację zamówienia (udzielić zamówienia), jeśli cena oferty najkorzystniejszej mieści się w jej ramach.

Zdaniem Izby, obowiązek ten nie ulega modyfikacji w sytuacji, w której cena oferty najkorzystniejszej czy też oferta z najniższą ceną przekracza tę wartość. Gdyby bowiem przyjąć takie stanowisko, przepis art. 86 ust. 3 ustawy Pzp pozostawałby martwy, bowiem w istocie nie miałoby znaczenia, jaką kwotę zamierzał zamawiający przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, gdyż obowiązkiem zamawiającego byłoby w konsekwencji poszukiwanie kwoty odpowiadającej cenie oferty najkorzystniejszej czy też z najniższą ceną i tylko brak środków po stronie zamawiającego mógłby uzasadniać unieważnienie postępowania.

Powyższe konstatacja pokazuje, że istnieje kolejny argument, który nie pozwala na przyjęcie, że zamawiający ma co do zasady obowiązek podwyższyć tę kwotę, chyba że wykaże, iż nie ma takich możliwości. Otóż, gdyby przyjąć przedmiotowy obowiązek zamawiającego oznaczałoby to, że w istocie zamawiający pozostaje ograniczony w wydatkowaniu środków publicznych i kreowaniu strategii własnej działalności, choć to on jest dysponentem tych środków i odpowiada za ich wydatkowanie.

Taka interpretacja jest, zdaniem Izby, nie do przyjęcia, bowiem dochodziłoby do sytuacji, w której zamawiający planując wydatkowanie określonej kwoty na konkretne zamówienie w istocie nie miałby pewności, czy kwoty tej nie musiał będzie zwiększyć w przyszłości i w jaki sposób w efekcie planować działalność. Okazałoby się bowiem, że w dużym stopniu w tej sytuacji wpływ na wydatkowanie środków finansowych mają wykonawcy, którzy oferują cenę na określonym poziomie, a zamawiający zobowiązany jest

do podejmowania wszelkich czynności, żeby tę ofertę przyjąć.

Zdaniem Izby, taka interpretacja nie znajduje uzasadnienia. To zmawiający planuje wydatkowanie środków publicznych i winien to czynić również w ramach kryterium racjonalności i to on, właśnie w ramach tej racjonalności, jest uprawiony do określenia, jaką kwotę zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jeśli uzna, że kwotę tę można podwyższyć, bo jest to racjonalne i ma na ten cel środki, to wtenczas ma taką możliwość, ale jest to uprawnienie zamawiającego, pozostające poza kontrolą wykonawców.

Za zaprezentowaną wykładnią powołanych przepisów przemawia również wykładnia historyczna oraz *ratio legis* przedmiotowych przepisów. Otóż, ustawodawca wprowadzając rzeczone przepisy dążył do zapewnienia wykonawcom gwarancji, wprowadzając obowiązek zamawiającego do podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, że nie będzie dochodziło do dowolnego unieważniania postępowań, bowiem jeśli cena oferty najkorzystniejszej czy oferta z najniższą ceną będzie się mieściła w tej kwocie, to wtenczas zamawiający ma obowiązek udzielenia zamówienia.
Jednocześnie ustawodawca dał możliwość zamawiającym zabezpieczenia się przed unieważnieniem postępowania w przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej czy też z najniższą ceną przekracza kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia poprzez podwyższenie kwoty pierwotnie planowanej na realizację zamówienia.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający nie miał obowiązku podwyższenia kwoty, jaką zmierzał przeznaczyć na

sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, zatem zarzut, iż zaniechał powyższego należy uznać za nieuzasadniony.
Nawet, gdyby przyjąć za poprawne stanowisko Odwołującego, że Zamawiający winien rozważyć, czy posiada możliwość zwiększenia tej kwoty, to uznać należy, że w niniejszej sprawie, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający to uczynił, dał bowiem temu wyraz w piśmie z dnia 18 lipca 2017 r. informując wykonawców, że nie ma możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Natomiast w żadnym razie Zamawiający nie ma obowiązku wykazywania, że istnieje przeszkoda uniemożliwiające mu podwyższenie tej kwoty. To by bowiem oznaczało, o czym była mowa wyżej, że w istocie zamawiający winien sprostać potrzebom finansowym wykonawców, niezależnie od swoich planów i zamierzeń finansowych.
Raz jeszcze należy podkreślić, że to nie do wykonawców należy ocena, czy zamawiający posiada możliwości finansowe, aby sfinansować zamówienie, którego koszt realizacji przekracza kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na jego realizację. Dysponentem i osobą odpowiedzialną za wydatkowanie środków publicznych jest zamawiający i to on powinien w tej mierze podejmować wiążące decyzje, natomiast ustawodawca w tym przedmiocie uprawnień kontrolnych wykonawcom nie przyznał.

Izba nie podziela twierdzeń Odwołującego, że brak możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, niezależnie od tego, że badanie tych możliwości pozostaje poza kontrolą wykonawców, a także Izby, winien być oceniany przez pryzmat porównania kwoty, którą zamawiający dysponuje na realizację zamówienia z ceną odpowiadającą rzeczywistemu kosztowi wykonania zamówienia.
Odwołujący nie wskazał, bo też okoliczność ta nie wynika z żadnych przepisów prawa, aby zamawiający winien kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia ustalić na poziomie odpowiadającym realnej wartości zamówienia. Jakkolwiek wydaje się to racjonale, to na próżno poszukiwać takiego obowiązku.
Ustawodawca uregulował bowiem jedynie kwestię szacowania wartości zamówienia dając narzędzia i wytyczne w tym względzie, natomiast nie uczynił tego w odniesieniu do kwoty, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. To oznacza, że ustawodawca pozostawił w tym względzie swobodę zamawiający. Jakkolwiek częstokroć zamawiający przeznaczają na sfinansowanie zamówienia kwotę odpowiadającą szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, to jednakże podstawy normatywnej do takiego działania nie ma.

Stąd też powszechnie akceptowany jest w orzecznictwie, jak i doktrynie pogląd, że jakkolwiek szacunkowa wartość zamówienia przynajmniej winna realny koszt zamówienia

odzwierciedlać, to brak korelacji pomiędzy tą wartością, a kwotą, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a w konsekwencji jest możliwe, aby kwota przeznaczona na realizację zamówienia była niższa od szacunku.

Zarzut Odwołującego, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia jest rażąco zaniżona względem ceny rynkowej zamówienia w istocie nie poddaje się ocenie. Sam Odwołujący bowiem formułując ten zarzut nie wskazał przepisu prawa, z którego wynikałby nakaz dla zamawiającego, aby kwota przeznaczona na realizację zamówienia odpowiadała warunkom rynkowym i w jaki sposób ewentualne zamawiający ma ustalać te warunki rynkowe.

W istocie z twierdzeń Odwołującego wynika, że warunki rynkowe odpowiadają ofercie z najniższą ceną, ale to by oznaczało, że zamawiający nie może ich ustalić przed otwarciem ofert i w istocie zawsze związany jest ceną dyktowaną przez wykonawcę, co nie znajduje uzasadnienia, biorąc pod uwagę uprawienie i jednocześnie obowiązek zamawiającego do określenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W konsekwencji przyjąć należy, że okoliczności faktyczne nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia naruszenia, skoro brak normatywnego wzorca, w oparciu o który, należałoby ustalać kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. Z tych względów Izba oddaliła wnioski dowodowe zgłoszone przez Odwołującego.

Niezależnie od powyższego, zarzut ten nie podlegałby rozpoznaniu, bowiem należałoby go uznać za spóźniony (art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp). Kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia podał do wiadomości wykonawców w dniu 21 czerwca br., zaś odwołanie zostało wniesione w dniu 20 lipca 2017 r., a więc po upływie 10-dniowego terminu od dnia, w którym powzięto informację o podstawie jego wniesienia.

Nie przekonuje stanowisko Odwołującego, że w niniejszej sprawie Zamawiający w taki sposób ustalił kwotę, jaką chce przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia, aby wykreować przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Twierdzenia te nie wytrzymują konfrontacji ze stanem faktycznym sprawy.

Odwołujący bowiem nie dostrzega, że kwota, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia odpowiada wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT, a więc wartości, która jak się przyjmuje i jak wskazuje sama nazwa, odpowiada warunkom rynkowym i której Odwołujący nie kwestionował.

W tych okolicznościach Izba nie dostrzega takiej intencji, którą przypisuje Zamawiającemu Odwołujący, skoro bowiem Zamawiający wszczął postępowanie, oszacował jego wartość i zamierzał przeznaczyć na jego sfinansowanie kwotę, która z tym szacunkiem jest zbieżna, to z tego płynie wniosek, że Zamawiający dążył do udzielenia zamówienia, a nie do jego unieważnienia.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że wybór oferty najkorzystniejszej winien poprzedzać czynność unieważnienia postępowania. Powyższe nie wynika z przepisów art. 91 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jak twierdzi Odwołujący.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w istocie nakazuje jedynie zbadać, czy oferta najkorzystniejsza (przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów) lub z najniższą ceną przewyższają kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wybór oferty najkorzystniejszej do przeprowadzenia takiego badania nie jest niezbędny i z tych przyczyn ustawodawca takiego obowiązku na zamawiającego nie nałożył. Przeczyłoby to zresztą racjonalności ustawodawcy nakazującego wybór oferty najkorzystniejszej w okolicznościach, w których następnie należałoby unieważnić postępowanie. Z tych przyczyn twierdzenia Odwołującego nie

znajdują uzasadnienia.

Izba nie dostrzega również podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Po pierwsze bowiem, to zmawiający decyduje o kwocie, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie poszczególnych zadań i brak normatywnych wytycznych, w jaki sposób kwota ta powinna być ustalona musi prowadzić do wniosku, że przeznaczenie nawet różnych budżetów dla poszczególnych zadań nie narusza uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Poza tym, wykonawcy składający ofertę na zadanie nr 3 i nr 4 składali oferty w tym samym terminie, a zatem kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia poznali również w tym samym terminie, co oznacza, że konkurowali w tożsamych warunkach. Nadto, kwoty przeznaczone na sfinansowanie zamówienia w obu zadaniach odpowiadały wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT, a zatem naruszenia zasady równego traktowania wykonawców na próżno poszukiwać.

Po drugie, z faktu rozdzielenia terminów składania i otwarcia ofert dla zadań nr 1 i nr 2 oraz dla zadań nr 3 i nr 4, nie sposób wywieść naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Niezależnie od tego, że okoliczność ta nie była kwestionowana na etapie modyfikacji SIWZ, zauważyć należy, że twierdzenia Odwołującego o dostosowaniu cen ofert do kwot przeznaczonych na realizację zamówienia wskazują, że wykonawcy nie kalkulują ceny realnie, a zamierzają do osiągniecia maksymalnego zysku.

Skoro zaś potrafią dostosować cenę do możliwości finansowych zamawiającego, to oznacza to tyle, że kwoty przeznaczone na sfinansowanie zamówienia są realne, powściągają jedynie pewne oczekiwania wykonawców. Okoliczności te jednakowoż bynajmniej nie wskazują na naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Reasumując, Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie zaszły przesłanki do unieważnienia postępowania, w ramach zadania nr 3, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia jest niższa niż cena oferty najkorzystniejszej, a Zamawiający nie zdecydował się na podwyższenie tej kwoty, co więcej wskazując, że nie ma takiej możliwości.

Wobec powyższego orzeczona jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: ……