

WYROK
z dnia 14 lipca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2015 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2015 roku przez wykonawcę **Gastro Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez **Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Łodzi**,

przy udziale wykonawcy **"GREK RTC" S.A z siedzibą w Zgierzu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Gastro Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Gastro Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Gastro Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** na rzecz **Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Łodzi** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Łodzi**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

W dniu 3 lipca 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca **GASTRO SERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie kompleksowej usługi gastronomicznej w zakresie przygotowania i dystrybucji posiłków dla pacjentów Spec. Psych ZOZ (numer ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej -164003-2015) prowadzi Zamawiający: **Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Łodzi**.

Odwołanie dotyczy następujących czynności i zaniechań czynności przez Zamawiającego:

- 1) rażącego zaniżenia kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w stosunku do realnej jego wartości, w celu stworzenia sytuacji, w której przesłanka unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, praktycznie zawsze się ziści, a Zamawiający ma możliwość dowolnego unieważniania postępowania

o udzielenie zamówienia, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 86 ust. 3 ustawy Pzp,
2) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na skutek
rażącego zaniżenia kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie
zamówienia, co stanowi naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,
3) zaniechania dokonania czynności oceny ofert i dokonania wyboru oferty
najkorzystniejszej zgodnie z wymogami art. 91 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w związku z pkt XIII
Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”).

Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych zasad udzielania zamówień
powoduje, że uszczerbku doznał interes prawny Odwołującego. Przejawia się to w tym, że
Odwołujący, który jest uczestnikiem postępowania ma interes prawny w tym aby
postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp i nie mogło
być wzruszone na skutek wniesienia środków odwoławczych, a także aby jego oferta została
uznana przez Zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą, co umożliwiłoby zawarcie umowy
o wykonanie zamówienia publicznego przez Odwołującego z Zamawiającym.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o:

1) uznanie kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie
zamówienia, za rażąco zaniżoną w stosunku do realnej wartości zamówienia,

3

2) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu
postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
3) nakazanie dokonania czynności oceny ofert i dokonania wyboru oferty
najkorzystniejszej zgodnie z wymogami art. 91 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w dniu 23 czerwca 2015r. nastąpiło otwarcie
ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Bezpośrednio przed
otwarceniem ofert Zamawiający podał, zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, kwotę, jaką
zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 4.900.000,00 zł brutto.
W związku z tym, że wszystkie oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu znacznie
przewyższały kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie
zamówienia, Zamawiający zaniechał czynności oceny ofert i dokonania wyboru oferty
najkorzystniejszej zgodnie z wymogami art. 91 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w związku z pkt XIII
SIWZ. Oferta Odwołującego miała wartość 6.840.994,32 zł brutto; oferta GREKRTC S.A.
miała wartość 7.010.044,56 zł brutto; oferta CATERMED S.A. miała wartość 6.881.351,76 zł
brutto.

W związku z powyższym, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Zamawiający
unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 24 czerwca 2015r.
Ogłoszenie o unieważnieniu postępowania doręczono Odwołującemu dnia 25 czerwca
2015r.

W związku z powyższym Odwołujący podniósł, co następuje:

W SIWZ (pkt X ppkt 9) oraz w załączniku nr 3 do SIWZ (lit. A) Zamawiający wskazał,
że wymaga zaoferowania nie tylko cen jednostkowych netto poszczególnych posiłków, ale
także „średniego dziennego kosztu surowców, z których będą przyrządzane posiłki”
(tzw. „wsad do kotła”), przy czym koszt ten nie może być niższy niż 7,20 zł brutto. Sama
wartość średniego dziennego kosztu surowców, z których będą przyrządzane posiłki (tzw.
„wsad do kotła”), równa 7,20 zł brutto, pomnożona przez liczbę osobodni miesięcznie oraz
liczbę miesięcy trwania umowy objętych przedmiotowym zamówieniem, daje nam wartość
równą 6.544.800,00 zł brutto $[(21.000 + 1.800 + 2.450) \times 7,20\text{zł} \times 36 = 6.544.800,0 \text{ zł}]$.

Dopiero nadwyżka ponad wartość sumy kosztu surowców, z których będą
przyrządzane posiłki (tzw. „wsad do kotła”), oraz innych kosztów świadczenia przez
oferentów usług objętych przedmiotowym zamówieniem (m.in. koszt transportu, mediów oraz
koszty pracownicze), będzie generować zysk po stronie oferenta z tytułu świadczonych usług
gastronomicznych w zakresie przygotowania i dystrybucji posiłków dla pacjentów
Zamawiającego. Z powyższego wprost wynika wniosek, że średnia wartość oferty w zakresie
jednego osobodnia jakiegokolwiek oferenta musi przekraczać wartość 7,20 zł brutto,
tj. kosztów ponoszonych przez oferentów na zakup surowców, a zważywszy na ilość

4

osobodni określonych przedmiotowym zamówieniem oraz czas trwania umowy, wartość łączna oferty jakiegokolwiek oferenta musi przekraczać 6.544.800,00 zł brutto.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający, zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, równą 4.900.000,00 zł brutto, co daje 5,39 zł brutto za jeden osobodzień. Wartość ta była ustalona w wysokości rażąco zaniżonej w stosunku do realnej, rynkowej wartości zamówienia, chociażby uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację w zakresie wartości „średniego dziennego kosztu surowców, z których będą przyrządzane posiłki” (tzw. „wsad do kotła”), czy porównując wartość, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, z wartością rynkową tego typu usług gastronomicznych. Jednocześnie wartość ta jest sprzeczna z wymaganiami SIWZ co do „średniego dziennego kosztu surowców”. Rażąco zaniżenie przez Zamawiającego wartości kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, stanowi czynność niezgodną z przepisami ustawy Pzp podjętą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jak stanowi orzecznictwo: „Zaniżenie kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, Odwołujący mógł i powinien kwestionować w stosownych terminach przewidywanych na wnoszenie środków ochrony prawnej w art. 182 ZamPublU” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2015r., KIO 2729/14).

Powołując się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2011r., KIO 1645/11, należy wskazać, że „wykonawcy mogą ewentualnie, w stosownych terminach zakwestionować jedynie kwotę, którą zamawiający podał przed otwarciem ofert jako rażąco zaniżoną w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Kwota taka co prawda nie musi być identyczna z wartością szacunkową zamówienia, którą zamawiający przed wszczęciem postępowania ustalił (plus VAT) - zamawiający może spodziewać się, iż na skutek działania rynkowych mechanizmów konkurencyjnych uzyska zamówienie za kwotę niższą. (...) Jednakże 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. 1 pkt 4 ZamPublU praktycznie zawsze się ziszcza, a zamawiający będzie miał możliwość dowolnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Tego typu działanie zamawiającego praktycznie uniemożliwiałoby i przekreślałoby opisany wyżej cel podawania kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i jako takie na zasadzie art. 5 KC nie mogłoby być uznane za korzystanie z przysługującego prawa i nie korzystałoby z ochrony.”

Akceptację powyższego stanowiska znajdziemy w aktualnych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z 14 marca 2014r., KIO 392/14, oraz z dnia 12 stycznia 2015r., KIO 2729/14. Celem wzmocnienia uzasadnienia zarzutu rażącego zaniżenia przez Zamawiającego kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, dodatkowo należy podnieść, że

5

Zamawiający odpowiadając pismem z dnia 9 czerwca 2015r. na pytania (odpowieź na pytanie nr 5) wskazał, że obecne stawki za posiłki zgodnie z obowiązującą umową wynoszą dla jednej diety pełnej (3 posiłki) - 7,71 zł brutto; dla jednej diety niepełnej (2 posiłki) - 5,72 zł brutto; a dla jednej diety pięcioposiłkowej (5 posiłków) - 8,64 zł brutto, co zważywszy na ilość osobodni określonych przedmiotowym zamówieniem oraz czas trwania umowy, doprowadziłoby do określenia wartości zamówienia na poziomie 6.894.396,00 zł brutto. Jednak należy mieć na uwadze, że średni dzienny koszt surowców, z których są przyrządzane posiłki (tzw. „wsad do kotła”) wynosi obecnie jedynie 6,00 zł brutto, a zatem znacznie mniej niż przyjęto w SIWZ dla zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, gdzie wartość tę zwiększono do 7,20 zł brutto. Tak określona w oparciu o obecnie obowiązujące u Zamawiającego stawki za posiłki, szacunkowa wartość zamówienia, przewyższa wartość 2 z 3 ofert złożonych w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia pomimo, iż w ramach złożonych ofert zapewniono średni dzienny koszt surowców, z których będą przyrządzane posiłki (tzw. „wsad do kotła”), w wartości znacznie wyższej niż obowiązująca u Zamawiającego obecnie, tj. w kwocie 7,20 zł brutto.

Tylko na marginesie warto nadmienić, że termin „kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” należy rozumieć jako konkretną wartość pieniężną, uwzględniającą ewentualne zmiany mikro- i makroekonomiczne, które mogą zajść lub zaszły w okresie pomiędzy ogłoszeniem i otwarciem ofert, wynikające np. z wahań kursów walut lub zmiany koniunktury. Logika nakazuje jednak, aby kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie była niższa niż szacunkowa

wartość zamówienia ani wyższa niż kwota wynikająca z planu lub budżetu" (F. Łapecki, Funkcje i metody szacowania wartości zamówienia, „Prawo zamówień publicznych” 2010, nr 2).

Oczywiście Odwołujący zdaje sobie sprawę z okoliczności, że sam „fakt, iż zamawiający przewiduje wydatkowanie na realizację zamówienia kwoty niższej od wynagrodzenia świadczonego dotychczas za analogiczny przedmiot zamówienia nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych” (wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2010r., KIO 2726/10). Jednakże powyższe porównanie wartości szacunkowej zamówienia wyliczonego w oparciu o ceny obecnie świadczone na rzecz Zamawiającego usług gastronomicznych, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług oraz okresu trwania umowy, z kwotą jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, potwierdza zarzut Odwołującego w zakresie rażącego zaniżenia przez Zamawiającego tej kwoty.

Podsumowując, przekroczenie przez oferentów kwoty, jaką zamierza Zamawiający przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest wynikiem tylko i wyłącznie rażącego zaniżenia przez Zamawiającego kwoty podanej zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, co

6

stanowi naruszenie tegoż przepisu, a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Na skutek rażącego zaniżenia kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Zamawiający bezpodstawnie unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie dokonał czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z wymogami art. 91 ust 1 i ust. 2 ustawy Pzp w związku z pkt XIII SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe racje, Odwołujący uważa wniesienie odwołania za konieczne i uzasadnione i wnosi jak w petitum odwołania.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Wpis w wymaganej wysokości został uiszczony na rachunek UZP.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca **"GREK RTC" S.A. z siedzibą w Zgierzu**. Przystąpienie uznano za skuteczne. Wykonawca wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, gdzie wnosił o jego oddalenie w całości.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania wraz z załącznikami, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, się, postanowienia ofertę wykonawcy Odwołującego zawiadomienie o unieważnieniu postępowania, zeznania świadka, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustalono, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oferta Odwołującego, w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert, była ofertą z najniższą ceną. Odwołujący kwestionował czynność unieważnienia postępowania. Ewentualne ustalenie, że Zamawiający niezasadnie unieważnił postępowanie bez wyboru oferty najkorzystniejszej, prowadziłoby do konieczności nakazania unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, czego efektem może być uzyskanie przez Odwołującego zamówienia publicznego. Natomiast szkoda jaką może on ponieść wyraża się w utracie korzyści, jakie może on uzyskać w razie uzyskania zamówienia

7

publicznego i pozostaje w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami ustawy Pzp. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak wynika z wniosku o rozpoczęcie postępowania wartość szacunkową zamówienia ustalono w dniu 4 maja 2015 roku na poziomie 4 553 000,00 zł netto, co odpowiadało kwocie 4 900 000,00 zł brutto. Podstawą do dokonania wyceny szacunkowej była ilość oszacowanych na podstawie wyliczonych średnich ilości osobodni z trzech miesięcy i faktur za grudzień 2014 roku, styczeń i luty 2015 roku, przy założeniu zaokrąglenia ilości do pełnych wartości w górę oraz telefoniczne i internetowe rozeznanie cenowe postępowań przetargowych zakończonych w 2014 i 2015 roku w szpitalach i placówkach podobnych.

Do upływu terminu składania ofert, zamówienia swe oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Odwołujący wartość oferty 6.840.994,32 zł brutto;
- 2) GREK RTC S.A. wartość oferty 7.010.044,56 zł brutto;
- 3) CATERMED S.A. wartość oferty 6.881.351,76 zł brutto.

Jak wynika z notatki służbowej z posiedzenia komisji przetargowej z 24 czerwca 2015r., komisja po zapoznaniu się z ofertami, stwierdziła, że w postępowaniu dostrzeżono błąd w SIWZ w opisie ilości średniomiesięcznych osobodni w danych dietach. Przy szacowaniu wartości wyliczono, że szacunkowe średniomiesięczne zapotrzebowanie dla nowego zamówienia wynosić będzie:

- a) 3 posiłki – 15 000 osobodni x 36 mc= 540 000
- b) 5 posiłków – 1 300 osobodni x 36 mc=46 800
- c) 2 posiłki – 2 300 osobodni x 36 mc=82 800

Co pomnożone przez szacowaną stawkę za osobodzień dawało kwotę 4 900 000,00 zł. W załącznikach do SIWZ omyłkowo wpisano inne wartości, odpowiednio dla poszczególnych diet: 21 000 osobodni, 1 800 osobodni i 2 450 osobodni. Pomyłka spowodowana jest błędnym sposobem wyliczenia, gdyż sumą ilości posiłków wyliczoną dla 3 lat podzielono przez 2 lata. Wykonawcy do oszacowania wartości ofert otrzymali inne wartości, tj.: 756 000, 64 800; 88 200. Pomnożenie przez ofertowaną najniższą stawkę za osobodzień daje kwotę brutto około 6 840 994,32 zł. Różnica w wartości szacowanej zamówienia, a wartości najniższej ceny ofertowej wynika więc z podstawienia innych danych do wyliczenia tych wartości. Błąd wiąże się faktem, że do wyliczenia ceny oferty Szpital przyjął średnią miesięczną ilość posiłków do przygotowania, a nie łączną ilość zamawianych posiłków w okresie realizacji umowy.

Komisja przetargowa zaproponowała unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Pod notatką komisji widnieje podpis Kierownika Działu Zamówień

8

Publicznych i Zaopatrzenia oraz podpis Dyrektora Szpitala. Rekomendacja komisji została zaakceptowana przez dyrekcję szpitala i przekazana wykonawcom w dniu 25 czerwca 2015 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego ustalono, że Zamawiający nie zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia więcej, aniżeli kwota podana na otwarciu ofert, tj. 4 900 000,00 zł.

Jak wynikało z notatki służbowej z posiedzenia komisji przetargowej, ceny wszystkich ofert są wyższe od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Komisja zwróciła się o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Skoro ustalenia komisji zostały zatwierdzone przez upoważnioną do podejmowania wiążących decyzji osobę, to należało stwierdzić, że Zamawiający nie zamierzał przeznaczyć na finansowanie zamówienia wyższej kwoty, aniżeli 4 900 000,00 zł widniejącej w protokole postępowania i podanej wykonawcom na otwarciu ofert.

Biorąc powyższe pod uwagę należało stwierdzić, że oświadczenie kierownika zamawiającego należało traktować z pełną powagą jako w pełni miarodajne i wyrażające zamiar i możliwości Zamawiającego. Podkreślenia bowiem wymaga, że kwota podawana na otwarciu ofert jako ta, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wyraża maksymalny poziom, do jakiego Zamawiający jest zobligowany wobec wykonawców podejmować działania zmierzające do wyboru najkorzystniejszej oferty. Celem postępowania o zamówienie publiczne nie jest nabycie przez jednostkę przedmiotu postępowania

„za wszelką cenę”, ale nabycie go w warunkach własnej kalkulacji i założonego budżetu na dany cel, co mieści się w autonomii jednostki dokonującej nabycia określonych rzeczy lub praw. Decyzja, wyrażająca zamiar nabycia określonego przedmiotu, tak jak każda decyzja podejmowana w warunkach rynkowych przez podmioty komercyjne, zawiera w sobie wyznaczone przez nabywcę granice, w jakich będzie się poruszał, w tym granice finansowe, do jakich jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia. Nie sposób więc obligować Zamawiającego do poddawania każdorazowo, gdy cena oferty przekroczy tak wyznaczony próg, analizie swoich możliwości finansowych, ponad wolę nabycia przedmiotu zamówienia za określoną cenę. Zwiększenie tak założonego budżetu jest każdorazowo odstępstwem od pierwotnego zamiaru, a nie zasadą. Zasadą jest zatem, że Zamawiający jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia tylko do kwoty, jaką podał na otwarciu ofert jako ta, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Do sfery uprawnień Zamawiającego

9

należy decyzja co do zmiany wcześniejszego zamiaru, będącego wynikiem złożonego i sformalizowanego procesu decyzyjnego, wyrażonego na etapie przygotowania postępowania i zwykle – w gospodarce finansowej jednostek wchodzących w skład sektora publicznego – ściśle osadzony w planach finansowych opracowanych w perspektywie długookresowej, podlegających zatwierdzeniu przez jednostki nadrzędne. Trzeba przy tym pamiętać, że Zamawiający – jednostka sektora finansów publicznych działa pod presją nie tylko postulatu działania celowego ale także działania gospodarnego. Oznacza to tyle, że jeśli w postępowaniu złożono oferty z cenami nie mieszczącymi się w założonym budżecie, zaś Zamawiający nie działa w warunkach pilnej potrzeby nabycia przedmiotu zamówienia, nie jest zobligowany do skorzystania z każdej oferty dostępnej na rynku, w tym droższej od zamierzonego poziomu cenowego.

Skoro zatem Zamawiający nie zwiększył kwoty finansowania wobec pierwotnego zamiaru, czego wyrazem byłby wybór oferty najkorzystniejszej, to oznacza, że nie odstąpił od swego pierwotnego zamiaru. W tej sytuacji okoliczność, iż w decyzji o unieważnieniu postępowania brak było wzmianki o braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty najkorzystniejszej lub najniższej oznaczała tylko tyle, że Zamawiający takiej możliwości nie widział i ze swego uprawnienia nie skorzystał.

Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego znacząca dysproporcja między kwotą podaną na otwarciu ofert, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia a wartością oferty najkorzystniejszej jest wynikiem błędu popełnionego w postępowaniu przy konstruowaniu zapisów SIWZ, który dostrzeżony został przez Zamawiającego po otwarciu ofert. Słusznie argumentował na rozprawie Zamawiający, że na obecnym etapie postępowania błąd ten nie może zostać naprawiony, a jednocześnie skoro Zamawiający nie może zwiększyć środków pieniężnych na sfinansowanie zamówienia, a musiałby popisać umowę, w której wyceniono ilości posiłków znacznie przewyższającą jego potrzeby, to jedyną racjonalną decyzją pozostawała decyzja o unieważnieniu postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że skoro Zamawiający przyjął w postępowaniu sposób rozliczenia za ilość posiłków rzeczywiście dostarczonych pacjentom Zamawiającego po określonej przez wykonawców cenie jednostkowej, to Zamawiający może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach zwiększenia kwoty do wysokości 5 001 639,84 zł (przemnożenie prawidłowej ilości posiłków dla poszczególnych diet przez stawkę jednostkową z oferty wykonawcy) i zwiększyć swój budżet jedynie o 101 639,84 zł. Po pierwsze, przyjęty sposób rozliczenia przy wykonywaniu umowy ma charakter wtórny do wyboru oferty najkorzystniejszej. Ustalone w postępowaniu kryterium oceny ofert nie odnosiło się do stawki jednostkowej ale do ceny całkowitej oferty brutto i to ta cena (kwota) zadecydować miała, która oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Rozważając więc swoje możliwości

10

budżetowe, Zamawiający musiałby rozważać zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia w kontekście ceny całkowitej oferty najkorzystniejszej, nie zaś ustalonej w niej stawki jednostkowej. W takim ujęciu od początku Zamawiający przedstawiał stanowisko, że nie stać go na zwiększenie kwoty o ponad 2 000 000,00 zł. Po drugie zaś, wykonawca wybrany, z którym podpisano by umowę, miałby roszczenie w stosunku do Zamawiającego o zrealizowanie zobowiązania umownego do wysokości wynikającej z oferty,

tak w przypadku kwoty oraz w przypadku ilości posiłków.

Reasumując Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz pozostałych przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, że jego działania miały charakter świadomy i celowy. A skoro Zamawiający nie miał możliwości zwiększenia kwoty finansowania do wartości oferty najtańszej, to zaktualizowała się przesłanka obligująca go do zakończenia postępowania czynnością unieważnienia.

Oddalenie wszystkich zarzutów skutkowało koniecznością uznania za chybiony również zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Kwestionowane przez Odwołującego czynności Zamawiającego znajdowały oparcie w przepisach ustawy Pzp, co prowadziło do wniosku, iż przeprowadził on postępowanie zgodnie z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący: