

Sygn. akt: KIO 2792/23

WYROK
z dnia 9 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2023 r. przez wykonawcę Rogum Kable Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 66, 83000 Pruszcz Gdański w postępowaniu prowadzonym przez: Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. w Bogdance, Bogdanka, 211 013 Puchaczów

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. w Bogdance, Bogdanka, 211 013 Puchaczów unieważnienie czynności z 12.09.2023 r. w zakresie zadania 5 unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) z uwagi na potwierdzenie się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 255 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) poprzez niezasadne unieważnienie postępowania ze względu na rzekomy brak środków na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy ogół okoliczności, które zaistniały w trakcie postępowania (w tym wcześniejszy wybór jako najkorzystniejszej innej dużo droższej oferty niż oferta Odwołującego: Rogum Kable Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 66, 83000 Pruszcz Gdański), jak również lakoniczność uzasadnienia czynności unieważnienia, wskazują jednoznacznie, że jest to czynność pozorna, mająca na celu wyłącznie uniknięcie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. w Bogdance, Bogdanka, 21013 Puchaczów i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Rogum Kable Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 66, 83000 Pruszcz Gdański tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. w Bogdance, Bogdanka, 21013 Puchaczów na rzecz Rogum Kable Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 66, 83000 Pruszcz Gdański kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu oraz wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) 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 2792/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa kabli i przewodów elektroenergetycznych niskiego i średniego napięcia oraz kabli sygnalizacyjnych i teletechnicznych do zastosowania w zakładzie górniczym na powierzchni i w wyrobiskach podziemnych w pomieszczeniach ze stopniem „a”, „b” i „c” niebezpieczeństwa wybuchu metanu oraz klasy „A” i „B” zagrożenia wybuchem pyłu węglowego”, znak sprawy: 5440/HZP/MSO/2022, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.12.2022 r. pod nr 2022/S 233-667807 przez: Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. w Bogdance, Bogdanka, 21013 Puchaczów dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwana dalej: „NPzp” albo „PZP” albo „pzp”.

Dnia 12.09.2023 r. (poprzez platformę zakupową <https://bogdanka.eb2b.com.pl>) Zamawiający unieważnił postępowanie w zakresie zadania 5 na podstawie art. 255 pkt 3 PZP. Stwierdził: „(...) unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nr 5440/HZP/MSO/2022 - na dostawę kabli i przewodów elektroenergetycznych niskiego i średniego napięcia oraz kabli sygnalizacyjnych i teletechnicznych do zastosowania w zakładzie górniczym na powierzchni i w wyrobiskach podziemnych w pomieszczeniach ze stopniem „a”, „b” i „c” niebezpieczeństwa wybuchu metanu oraz klasy „A” i „B” zagrożenia wybuchem pyłu węglowego - w zakresie Zadania nr 5, zgodnie z dyspozycją art. 255 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych, ze względu na fakt, iż 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. (...)”.

Dnia 22.09.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem treści ogłoszenia i postanowień SWZ z 05.09.2023 r. złożyło Rogum Kable Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 66, 83000 Pruszcz Gdański zwany dalej „Rogum Kable Sp. z o.o.” albo „Odwołujący”. Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów: Art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 255 pkt 3 Pzp poprzez niezasadne unieważnienie postępowania ze względu na rzekomy brak środków na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy ogół okoliczności, które zaistniały w trakcie postępowania (w tym wcześniejszy wybór jako najkorzystniejszej innej dużo droższej oferty niż oferta Odwołującego), jak również lakoniczność uzasadnienia czynności unieważnienia, wskazują jednoznacznie, że jest to czynność pozorna, mająca na celu wyłącznie uniknięcie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp,
- 2) dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w wyniku której oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu,
- 3) obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Przedmiotem zamówienia w ZADANIU NR 5, w którym zostaje wniesione niniejsze odwołanie, jest dostawa przewodów oponowych elektroenergetycznych gumowych. Jednocześnie Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania przewodów równoważnych, z czego skorzystał Odwołujący i co zaakceptował Zamawiający. Odwołanie dotyczy ww. Zadania nr 5, stąd przez „postępowanie” Odwołujący rozumie na potrzeby niniejszego odwołania wyłącznie Zadanie nr 5.

Jednocześnie oferta Odwołującego mieści się w budżecie Zamawiającego, który Zamawiający ma zapewniony na sfinansowanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania (jest to począwszy od dnia 12 kwietnia 2023 r. kwota 10.415.455,50 zł brutto, stanowiąca wartość wybranej w dniu 14 kwietnia 2023 r. jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TELE-FONIKA KABLE S.A., dalej „TELE- FONIKA”. W dniu 12 kwietnia 2023 r. Kierownik Zamawiającego (Zarząd) podjął uchwałę nr 416/XI/2023, w której w §1 pkt 3) podwyższył kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (w Odwołaniu zwaną również w skrócie „kwotą na sfinansowanie zamówienia”) wskazaną przed otwarciem ofert w dniu 9 stycznia 2023 r. (9.719.309,94 zł brutto) i to ww. wyższa kwota (10.415.455,50 zł brutto) stanowi nowy punkt odniesienia w kontekście możliwości unieważnienia przez Zamawiającego postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp.

W postępowaniu ofertę z najniższą ceną złożył Odwołujący (9.943.147,80 zł brutto) i jest ona znacznie niższa, niż ww. zwiększona w postępowaniu kwota na sfinansowanie zamówienia (10.415.455,50 zł brutto), tj. o ponad 470 tys. złotych.

Tymczasem Zamawiający unieważnił postępowanie w dniu 12 września 2023 r. powołując się na rzekomy brak możliwości wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego ze względu na brak środków na sfinansowanie zamówienia. Jest to z perspektywy Odwołującego czynność pozorna, mająca na celu uniknięcie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, podczas gdy Zamawiający od dnia 12 kwietnia 2023 r. (data podjęcia uchwały Zarządu nr 416/XI/2023) dysponuje znacznie wyższymi środkami na sfinansowanie zamówienia, co uzewnętrznił w dniu 14 kwietnia 2023 r. wybierając znacznie droższą ofertę TELE-FONIKA (gdyby Zamawiający nie miał możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia nie podjąłby ww. uchwały i nie dokonałby wyboru jako najkorzystniejszej oferty TELE-FONIKA - co ważne, gdyby Odwołujący nie podważył skutecznie tej czynności wnosząc odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający zawarłby umowę na kwotę łączną 10.415.455,50 zł brutto i tyle by mógł wydać w ramach umowy z TELE- FONIKA).

W przypadku uwzględnienia odwołania, czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp zostanie unieważniona, co spowoduje powrót Zamawiającego do oceny ofert i w konsekwencji umożliwi wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

1. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu pozorność czynności unieważnienia postępowania w dniu 12 września 2023 r. na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, podczas gdy:
 - 1.1. Zamawiający dysponuje co najmniej od 12 kwietnia 2023 r. (data podjęcia uchwały Zarządu nr 416/XI/2023) znacznie wyższymi środkami na sfinansowanie zamówienia, wynoszącymi co najmniej* 10.415.455,50 zł brutto (czyli tyle, na ile opiewała wybrana w dniu 14 kwietnia 2023 r. jako najkorzystniejsza oferta TELE-FONIKA).
 - 1.2. Przebieg postępowania, w tym podejmowane przez Zamawiającego czynności, jak również długotrwałość postępowania, jednoznacznie wskazywały na wolę wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy w wyniku postępowania.
 - 1.3. Uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania, a właściwie jego praktyczny brak (całe uzasadnienie faktyczne i prawne ogranicza się do trzech zdań, będących de facto powieleniem brzmienia Pzp) potwierdza, że Zamawiający dysponuje środkami na sfinansowanie zamówienia i nic się nie zmieniło w tym zakresie w trakcie postępowania (gdyby było inaczej, Zamawiający uzasadniając czynność unieważnienia postępowania, przywołałby wszystkie nowo zaistniałe

okoliczności).

2. Aby w pełni zobrazować pozorną czynność unieważnienia postępowania z dnia 12 września 2023 r., Odwołujący poniżej opisze stan faktyczny, jaki zaistniał w trwającym już niemal 10 miesięcy Postępowaniu, jak również przedstawi analizę prawną w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

3. 28.11.2022 r. - Zamawiający wszczyna postępowanie, przekazując ogłoszenie o zamówieniu do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE. Jest to przetarg nieograniczony podzielony na 14 części (zadań). Jedynym kryterium oceny ofert jest cena brutto (100%) - Rozdział XII ust. 1 Instrukcji dla Wykonawców, stanowiącej Część I SWZ.

4. 9.01.2023 r. - Zamawiający publikuje przed otwarciem ofert informację o kwocie na sfinansowanie zamówienia - w zakresie Zadania nr 5 przewidział na sfinansowanie zamówienia kwotę 9.719.309,94 zł brutto.

5. 9.01.2023 r. - następuje otwarcie ofert - w postępowaniu zostały złożone trzy oferty:

5.1. Odwołującego - cena: 9.943.147,80 zł brutto,

5.2. TELE-FONIKA - cena: 10.415.455,50 zł brutto,

5.3. EL-PLATFOTMA Spółka z o.o. Sp.k. z siedzibą w Mikołowie - cena: 10.983.673,68 zł brutto.

6. 12.04.2023 r. - Kierownik Zamawiającego (Zarząd) podejmuje uchwałę nr 416/XI/2023, w której w §1 pkt 3) postanowił podwyższyć kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do kwoty 10.415.455,50 zł brutto (cały §1 Odwołujący przytacza poniżej, natomiast treść uchwały wraz z wnioskiem na Zarząd w tej sprawie znajduje się w dokumentacji postępowania - dla ułatwienia Odwołujący załącza ten plik do Odwołania jako załącznik nr 5). Tym samym w dniu 12 kwietnia 2023 r. Zamawiający korzystając z dyspozycji art. 255 pkt 3 in fine Pzp zwiększył kwotę na sfinansowanie zamówienia.

Zauważył, że na stronie 14 i 15 wniosku na zarząd, na podstawie którego podjęto ww. uchwałę, w rubryce pn. „Budżet: wskazać właściwy plan, pozycję oraz wartość zamówienia” znajduje się szczegółowe uzasadnienie w zakresie kosztów, jakie musi ponieść Zamawiający i źródła ich finansowania (poniżej wycinek w tym zakresie). Co ważne, już wtedy Zamawiający miał świadomość konieczności sfinansowania zakupu poza przyjętym na 2023 r. budżetem (rozumianym jako plan finansowy) Zamawiającego, gdyż zgodnie z treścią ww. rubryki, brakowało mu na ten cel 1.252.076,31 zł netto. Zamawiający wygospodarował jednak na ten cel środki finansowe, a Zarząd Spółki zaakceptował ten fakt i podjął uchwałę wyrażającą zgodę na podwyższenie kwoty w postępowaniu o treści §1 jak pokazał Odwołujący powyżej.

Co ciekawe, w ww. wniosku na zarząd na potrzeby uzasadnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty TELE-FONIKA wskazano w rubryce „Wskazanie ryzyk” (strona 13), że „Brak zakupu kabli i przewodów powoduje postój zakładu górniczego”. Tym bardziej zastanawiające, wobec tak newralgicznego charakteru zakupu dla bieżącej działalności Zamawiającego, są późniejsze czynności Zamawiającego w postępowaniu, w tym unieważnienie po blisko 10 miesiącach postępowania ze względu na rzekomy brak środków finansowych.

7. 14.04.2023 r. - Zamawiający wybiera jako najkorzystniejszą ofertę TELE-FONIKA. Wybierając w dniu 14 kwietnia 2023 r. ofertę TELE-FONIKA jako najkorzystniejszą w postępowaniu Zamawiający dysponował kwotą 10.415.455,50 zł brutto i na taką kwotę zawarłby umowę z TELE-FONIKA, gdyby Odwołujący skutecznie nie zanegował tej czynności przed KIO w pierwszym postępowaniu odwoławczym.

8. 14.04.2023 r. - wraz z ww. czynnością, Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, tj. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

9. 24.04.2023 r. - Odwołujący wnosi odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na ww. czynności Zamawiającego z dnia 14 kwietnia 2023 r.

10. 8.05.2023 r. - Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) wyrokiem o sygn. akt KIO 1131/23 uwzględniła ww. odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie ww. czynności (w ocenie KIO oferta Odwołującego była zgodna z warunkami zamówienia) i nakazała Zamawiającego ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

11. 16.06.2023 r. - Zamawiający wykonując ww. wyrok KIO 1131/23 unieważnia swoje czynności z dnia 14 kwietnia 2023 r. i powraca do etapu badania i oceny ofert. Należy zauważyć, że Zamawiający dokonał tej czynności po długim okresie bezczynności w postępowaniu.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że ww. czynność została dokonana na podstawie uchwały Zarządu nr 697/XI/2023 z dnia 14 czerwca 2023 r. (cały § 1 Odwołujący przytacza poniżej, natomiast treść uchwały wraz z wnioskiem na Zarząd w tej sprawie znajduje się w dokumentacji postępowania - dla ułatwienia Odwołujący załącza ten plik do Odwołania jako załącznik nr 6). Warto zauważyć, że uchwała ta w żaden sposób nie modyfikowała §1 pkt 3) wcześniejszej uchwały Zarządu nr 416/XI/2023 z dnia 12 kwietnia 2023 r. (a zatem nawet z perspektywy przepisów prawa korporacyjnego - niezależnie od art. 255 pkt 3 Pzp i jego prawidłowej wykładni, o czym w dalszej* części Odwołania - Zamawiający w dalszym ciągu jest związany podjętą przez Zarząd wcześniejszą uchwałą zwiększającą kwotę na sfinansowanie zamówienia).

Warto zauważyć, że na stronie 3 wniosku na zarząd, na podstawie którego podjęto ww. uchwałę, w rubryce pn. „Budżet: wskazać właściwy plan, pozycję oraz wartość zamówienia” znajduje się tylko adnotacja „Nie dotyczy” (nie ma ani zdania na temat zasadności obniżenia już zapewnionych w dniu 12 kwietnia 2023 r. środków na sfinansowanie zamówienia, co potwierdza wolę Zamawiającego, by utrzymać dotychczasową podwyższoną w dniu 12 kwietnia 2023 r.

kwotę na sfinansowanie zamówienia).

12. 27.06.2023 r. i 7.07.2023 r. - Zamawiający kontynuując badanie ofert, zaprasza Odwołującego do przeprowadzenia próby zastosowania technologii napraw/łączenia „na gorąco” złożonej wraz z ofertą jako przedmiotowy środek dowodowy - wykonanie próby jest elementem etapu badania ofert, przewidzianym w pkt 14 Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) stanowiącego Część III SWZ. Zamawiający musiał dwukrotnie zapraszać Odwołującego, ponieważ zniósł pierwszy termin próby, tuż przed pierwotnie wyznaczonym terminem jej przeprowadzenia.

13. 19-21.07.2023 r. - Odwołujący przeprowadził próbę w siedzibie Zamawiającego. Próbowi ocenie Odwołującego przebiegał pozytywnie, niemniej Zamawiający nie przekazuje (i nie przekazał do momentu wniesienia Odwołania) oficjalnego protokołu z przeprowadzenia próby zawierającego ocenę próby przez służby ruchome Zamawiającego (co sam przewidział Zamawiający w ust. 14 pkt 3 lit. f) OPZ jako oficjalny sposób oceny próby).

Zauważył, że udział w próbie wiązał się z dużym zaangażowaniem po stronie Odwołującego. Próba odbyła się w środku okresu urlopowego, trwała wbrew rozsądnym założeniom uczestników postępowania aż trzy dni robocze (od środy do piątku, co wiązało się z koniecznością zapewnienia przez Odwołującego ad hoc noclegów), odbywała się w siedzibie Zamawiającego (a zatem około 600 km od siedziby Odwołującego), rozpoczynała się o godzinie 8:00 (co oznaczało, że Odwołujący musiał wyjechać około godziny 2:30 żeby zdążyć), zakończyła się około godz. 14:00 w piątek (czyli powrót odbywał się de facto po godzinach pracy w weekend) uczestniczyło w niej kilku kluczowych pracowników Odwołującego (którzy byli wyłączeni z bieżącej pracy), jak również podwykonawcy Odwołującego (za co Odwołujący musiał podwykonawcy zapłacić).

Jednocześnie Zamawiający wykazywał duże zaangażowanie w trakcie próby (nic nie wskazywało na to, że nie stać go na sfinansowanie Zadania nr 5 - wręcz przeciwnie, organizacja i przebieg próby potwierdzały, że jeszcze w drugiej połowie lipca 2023 r. Zamawiający dążył do wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego). Niestety, jak się okazało potem, Zamawiający przeszedł obojętnie obok wszystkich ww. kwestii, co jest z perspektywy Odwołującego szczególnie krzywdzące. Z niewytłumaczalnych dla Odwołującego powodów po pozytywnym zakończeniu próby następuje kolejny okres braku wykonywania jakichkolwiek czynności przez Zamawiającego w postępowaniu.

14. 12.09.2023 r. - Zamawiający przekazał informację o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp - jednocześnie uzasadnienie tej czynności nie wskazuje na jakąkolwiek zmianę możliwości finansowych po jego stronie, która zaistniała w trakcie postępowania (a precyzyjniej, po dniu zakończenia próby, bo do tego dnia Zamawiający podejmował kolejne czynności w postępowaniu, dążąc niewątpliwie do wyboru jako najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy).

Powyższe potwierdza również treść wniosku na zarząd, w oparciu o który została podjęta Uchwała Zarządu nr 1039/XI/2023 z dnia 31 sierpnia 2023 r. stanowiąca podstawę do unieważnienia postępowania (treść uchwały wraz z wnioskiem na zarząd w tej sprawie znajduje się w dokumentacji postępowania - dla ułatwienia Odwołujący załącza ten plik do Odwołania jako załącznik nr 7).

Na stronie 5 wniosku na zarząd, na podstawie którego podjęto ww. uchwałę, w rubryce pn. „Budżet: wskazać właściwy plan, pozycję oraz wartość zamówienia” znajduje się tylko adnotacja „Nie dotyczy”.

Jednocześnie treść wniosku na zarząd nie zawiera praktycznie żadnego uzasadnienia w zakresie przyczyn braku możliwości sfinansowania zamówienia przez Zamawiającego - w tym zakresie Zamawiający ograniczył się tylko do przywołania (na stronie 3) przekazanej przed otwarciem ofert kwoty na sfinansowanie zamówienia (przechodząc obojętnie obok wcześniejszej i wciąż go wiążącej - zarówno z perspektywy przepisów Pzp, jak i prawa korporacyjnego - decyzji o zwiększeniu kwoty na sfinansowanie z dnia 12 kwietnia 2023 r.).

Odwołujący wskazał także, że po przeczytaniu uzasadnienia ww. wniosku na zarząd (otrzymał go w dniu 19 września 2023 r. w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami) Odwołujący zidentyfikował najbardziej prawdopodobną, prawdziwą, przyczynę unieważnienia postępowania, którą miała niejako „maskować” pozorna czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. Tą prawdziwą przyczyną była - niewytłumaczalna z perspektywy Odwołującego - niechęć potwierdzenia przez służby ruchome Zamawiającego, że próba przeprowadzona w dniach 19-21 lipca 2023 r. przebiegała pozytywnie. Potwierdzeniem tego jest poniższy fragment ww. wniosku na zarząd (ze strony 3):

Komisja przetargowa na 4 posiedzeniach w dniach 25 lipca, 31 lipca, 2 sierpnia i 4 sierpnia - dokonała analizy dokumentów powstałych po wykonaniu próby łączenia / naprawy „na gorąco” oraz analizy ekonomicznej danego postępowania i postanowiła nie odnosić się do niejednoznacznych wyników próby (w ocenie rzeczoznawcy wynik próby był negatywny), ze względu na to, iż postępowanie podlegać będzie unieważnieniu, zgodnie z poniższą analizą:

Odwołujący uważa, że próba przebiegała pozytywnie (jest w stanie to wykazać) i Zamawiający powinien to oficjalnie potwierdzić, a następnie wybrać jako najkorzystniejszą ofertę Odwołującego w postępowaniu, a nie pod pozorem braku środków na sfinansowanie zamówienia unieważniać postępowanie (zapewne w obawie przed kolejnym sporem z Odwołującym w zakresie prawidłowości oceny próby, być może również zakończonym przed Krajową Izbą Odwoławczą).

Odwołujący jednoznacznie wskazał, że czynność unieważnienia postępowania, w tym na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, nigdy nie może być czynnością pozorną, dokonywaną w celu swoistej „ucieczki” Zamawiającego (i komisji

przetargowej) przed koniecznością podjęcia i obronienia jakiejś decyzji w postępowaniu. Unieważnienie postępowania jest narzędziem służącym innemu celowi i nigdy nie może być nadużywane.

15. 1.06.2023 r. i 4.08.2023 r. - Odwołujący w ww. okresach bezczynności Zamawiającego w postępowaniu kierował do Zamawiającego pisma, wyrażając zaniepokojenie przedłużającym się postępowaniem i nieuzasadnionym z perspektywy Odwołującego milczeniem Zamawiającego, jak również deklarując wolę jak najszybszego zakończenia postępowania.

16. Mając na uwadze powyższy przebieg zdarzeń, ze strony Zamawiającego nie było żadnych sygnałów, jakoby nie dysponował środkami na sfinansowanie zamówienia - wręcz przeciwnie, wszystkie wykonywane przez niego czynności w postępowaniu, jak również wewnętrzne dokumenty o charakterze korporacyjnym potwierdzały i potwierdzają, że dysponuje budżetem w wymaganej wysokości do udzielenia zamówienia. Takimi czynnościami i dokumentami były przede wszystkim: uchwała Zarządu nr 416/XI/2023 z dnia 12 kwietnia 2023 r., czynność wyboru jako najkorzystniejszej w dniu 14 kwietnia 2023 r. oferty TELE-FONIKA (znacząco droższej niż oferta Odwołującego, bo o ponad 470 tys. zł brutto) oraz czynność przeprowadzenia próby w dniach 19-21 lipca 2023 r.

17. Zauważył, że Zamawiający w dniu 14 kwietnia 2023 r. rozstrzygnął łącznie 11 z 14 zadań (części) w trwającym przetargu (pozostałe zadania unieważnił ze względu na brak ofert). Aby tego dokonać, musiał zwiększyć kwotę na sfinansowanie zamówienia aż w 7 z 11 zadań (części), łącznie o blisko 5 mln złotych, tj. o ponad 20% względem budżetu ogłoszonego przed otwarciem ofert (!). Dokładne dane w tym zakresie obrazuje poniższa tabela.

Mając na uwadze powyższy opis stanu faktycznego, z perspektywy Odwołującego czynność unieważnienia postępowania w dniu 12 września 2023 r. jest czynnością pozorną.

Zamawiający dysponuje bowiem środkami finansowymi i chciał zawrzeć umowę w postępowaniu, ponieważ:

18.1. W dniu 14 kwietnia 2023 r. wybrał w postępowaniu jako najkorzystniejszą ofertę TELE- FONIKA, zwiększając wcześniej (w dniu 12 kwietnia 2023 r.) kwotę na sfinansowanie zamówienia o 696 145,56 zł brutto (jak pokazuje ww. tabela, w trzech innych zadaniach musiał jeszcze bardziej zwiększyć kwotę na sfinansowanie zamówienia, łącznie natomiast musiał „dolożyć” niemal 5 mln złotych brutto, co stanowi ponad 20% więcej, niż Zamawiający zakładał przed otwarciem ofert).

18.2. Dzięki wyrokowi KIO 1131/23 z dnia 8 maja 2023 r. nakazującemu Zamawiającemu przywrócić ofertę Odwołującego do postępowania, Zamawiający mógł rozstrzygnąć postępowanie wyborem jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego oszczędzając dodatkowe 472 307,10 zł brutto względem tego, co zapewnił na sfinansowanie Zadania nr 5 już w dniu 12 kwietnia 2023 r., aby móc dwa dni później wybrać dużo droższą ofertę TELE-FONIKA.

18.3. Gdyby Zamawiający chciał unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, dokonałby tego niezwłocznie po otwarciu ofert (upoważnia go do tego ww. przepis, a wręcz zobowiązuje), a nie prowadził postępowanie przez kolejne 9 miesięcy, tracąc czas swój i wykonawców, którzy złożyli oferty, na bezproduktywne i kosztowne czynności (przedmiotowe badanie wszystkich trzech złożonych ofert, podmiotowe badanie oferty TELE-FONIKA, kilkukrotna organizacja próby w siedzibie Zamawiającego, w tym ostatniej udanej próby trwającej aż 3 dni robocze i to w okresie wakacji). Co równie ważne, w ciągu ww. 9 miesięcy Zamawiający zdążyłby przeprowadzić zgodnie z Pzp kolejny przetarg (a nawet dwa) i zapewnić sobie niezbędny, z perspektywy prawidłowej eksploatacji, asortyment objęty przedmiotem postępowania (brak którego powoduje postój zakładu górniczego, jak zostało napisane we wniosku na zarząd, cytowanym powyżej). Racjonalny zamawiający, niedysponujący niezbędnym budżetem, z całą pewnością nie kontynuowałby postępowania, wiedząc, że nie będzie mógł sfinansować zakupu. Takie działanie byłoby sprzeczne z zasadami zdrowego rozsądku, logiki i doświadczenia życiowego.

18.4. Wskazuje na to brzmienie, a właściwie praktyczny brak, uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania, które zostało przekazane wykonawcom w dniu 12 września 2023 r. Całe uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp sprowadza się wyłącznie do trzech zdań, jednego w zakresie uzasadnienia prawnego, dwóch w zakresie uzasadnienia faktycznego. Jednocześnie zarówno uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania, jak również dokumentacja postępowania (protokół z postępowania i załączniki do protokołu, w tym dokumenty wewnętrzne o charakterze korporacyjnym) nie wskazują na konkretne powody, które aktualnie uniemożliwiają Zamawiającemu rozstrzygnięcie postępowania wyborem najkorzystniejszej oferty, w oparciu o budżet, którym Zamawiający dysponował wybierając jako najkorzystniejszą ofertę TELE-FONIKA w dniu 14 kwietnia 2023 r.

18.5. Zamawiający zastrzegł sobie prawo do zrealizowania wyłącznie 30% maksymalnej wartości umowy netto (§ 4 ust. 3 Projektu umowy stanowiącego Część II SWZ). Stąd sam Zamawiający ma możliwości kontraktowe, aby ograniczyć (maksymalnie o 70%) wydatkowanie środków finansowych na przedmiot zamówienia w postępowaniu, jeśli z jakichkolwiek względów przedmiot zamówienia nie będzie z perspektywy Zamawiającego potrzebny (co jest mało prawdopodobne, ponieważ przedmiot zamówienia ma kluczowe znaczenie z perspektywy bieżącej działalności Zamawiającego).

19. Mając na uwadze pozorną czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, czynność ta jest niezgodna z przepisami Pzp i jako taka wymaga interwencji Krajowej Izby Odwoławczej, polegającej na nakazaniu Zamawiającemu unieważnienia tej czynności. Niezgodność tę Odwołujący uzasadnia następującymi argumentami o charakterze prawnym.

ANALIZA PRAWNA

20. Zgodnie z art. 254 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia

publicznego albo unieważnieniem postępowania.

21. Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia, będące rodzajem przyrzeczenia publicznego, oznacza, że Zamawiający jest zobowiązany kontynuować postępowanie aż do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zawarcie umowy jest zasadą.

22. Wyjątkiem od ww. zasady jest czynność unieważnienia postępowania. W takim wypadku niezbędne jest wykazanie przez zamawiającego, że zaistniała konieczność unieważnienia postępowania, z przywołaniem konkretnej podstawy prawnej z Pzp oraz szczegółowym uzasadnieniem tej czynności. Unieważnienie postępowania jest wyjątkiem.

23. Mając na uwadze fakt, że unieważnienie postępowania jest wyjątkiem, każdy przypadek badania zasadności jego dokonania, wymaga interpretacji zawężającej (zgodnie z zasadą, że wyjątki interpretuje się zawężająco, łac. „*exceptiones non sunt extendendae*”). Przy czym konieczność zawężającej interpretacji dotyczy zarówno wykładni przepisów (w tym przypadku np. każdej z przesłanek unieważnienia postępowania z art. 255 Pzp), jak również wszelkich wątpliwości dotyczących stanu faktycznego (w razie wątpliwości czy zaistniała dana okoliczność uzasadniająca unieważnienie postępowania, należy uznać, że nie zaistniała - każdą taką okoliczność interpretuje się na niekorzyść zamawiającego).

24. Wyrazem powyższego, jest zamknięty ustawowy katalog przesłanek umożliwiających unieważnienia postępowania. Jedną z takich przesłanek jest ta zawarta w art. 255 pkt 3 Pzp, z której skorzystał Zamawiający w postępowaniu.

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

26. Ww. przepis spełnia funkcje gwarancyjne dla obu stron postępowania:

26.1. Dla zamawiającego.

Ww. przepis daje zamawiającemu prawo unieważnienia postępowania, jeżeli sfinansowanie danego zamówienia przekracza jego rzeczywiste możliwości finansowe i poinformuje o tym wykonawców.

26.2. Dla wykonawcy.

Ww. przepis daje wykonawcy ochronę, że zamawiający nie będzie arbitralnie unieważniać postępowania, z powołaniem się na rzekomy brak środków finansowych, w zależności od tego który z wykonawców złożył najkorzystniejszą ofertę lub ofertę z najniższą ceną w danym postępowaniu. Stąd właśnie ustawodawca wymaga, aby Zamawiający udostępnił najpóźniej przed otwarciem ofert kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 222 ust. 4 Pzp).

27. Jednocześnie ustawodawca dał zamawiającemu prawo zwiększenia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 255 pkt 3 in fine Pzp). Niemniej jest to prawo, z którego zamawiający musi korzystać odpowiedzialnie, właśnie ze względu na ww. dwustronnie gwarancyjny charakter przesłanki unieważnienia postępowania.

28. Zauważył, że zamawiający zwiększając kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, korzysta z rozwiązania wpisującego się w zasadę, jaką jest dążenie do zawarcia umowy. Innymi słowy, zamawiający korzysta w świetle zasad logiki i brzmienia Pzp z wyjątku od wyjątku (wyjątkiem jest możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, natomiast wyjątkiem od tego wyjątku jest możliwość zwiększenia kwoty). Natomiast każdy przypadek wyjątku od wyjątku, jest działaniem w ramach ustawowej zasady, którą jest zakończenie postępowania zawarciem umowy.

29. Powyższe rozważania mają znaczenie z perspektywy tego, jak zamawiający powinien podchodzić do sytuacji, w której decyduje się w postępowaniu na zwiększenie kwoty zgodnie z dyspozycją art. 255 pkt 3 in fine Pzp.

30. Mając na uwadze fakt, że art. 255 pkt 3 ma charakter dwustronnie gwarancyjny (w tym dla wykonawców), jak również okoliczność, że każde skorzystanie przez zamawiającego z tego rozwiązania, wpisuje się w zasadę, którą jest zakończenie postępowania zawarciem umowy, należy zdecydowanie opowiedzieć się za brakiem możliwości dowolnego obniżania przez zamawiającego kwoty na sfinansowanie zamówienia (czy swoistego „powrotu” do kwoty ogłoszonej przed otwarciem ofert), jeżeli już skorzystał z uprawnienia do podwyższenia kwoty z art. 255 pkt 3 in fine Pzp w danym postępowaniu.

31. W takim przypadku prawidłowo stosując art. 255 pkt 3 Pzp, zamawiający musi brać pod uwagę nową wyższą kwotę przekazaną wykonawcom w trakcie postępowania. Tego wymagają nie tylko podstawowe zasady udzielania zamówień (zwłaszcza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości), ale również konstytucyjna zasada ochrony praw nabytych, w tym przypadku dotycząca wykonawców uczestniczących w postępowaniu. W tym przypadku, takim prawem jest właśnie prawo wykonawcy do tego, że zamawiający zawrze z nim umowę, jeżeli jego oferta będzie prawidłowa i będzie zawierać niższą cenę, niż podwyższona kwota na sfinansowanie zamówienia.

32. Dopuszczenie możliwości swobodnego obniżania podwyższonej już wcześniej kwoty na sfinansowanie zamówienia, prowadziłoby do niczym nieuzasadnionej arbitralności w poczynaniach zamawiającego. W sytuacjach skrajnych - tak jak to ma miejsce właśnie w postępowaniu - prowadziłoby to do swoistego sterowania wynikiem przetargu, w zależności od tego oferta którego z wykonawców mogłaby być wybrana jako najkorzystniejsza. Takie działanie zamawiającego niweczyłoby w całości funkcję gwarancyjną kwoty na sfinansowanie zamówienia dla wykonawców, dając ogromne uprawnienie, niewynikające z Pzp, zamawiającemu.

33. Warto zauważyć, że dopuszczenie możliwości obniżenia przez zamawiającego już podwyższonej kwoty na sfinansowanie zamówienia oznaczałoby de facto wypaczenie celu korzystania ze środków ochrony prawnej* przewidzianych w Pzp w przypadkach odrzucenia tańszych (ale przekraczających pierwotną kwotę na sfinansowanie zamówienia) ofert, przez wykonawców którzy je złożyli. W sytuacji bowiem takiej, w której wynik sporu przed KIO będzie niekorzystny dla Zamawiającego i KIO stwierdzi, że tańsza oferta jest jednak ofertą prawidłową, zamawiający mógłby dowolnie stwierdzić, że nie wiąże go już wcześniejsza deklaracja co do możliwości wyboru jako najkorzystniejszej oferty droższej i nie stać go na ofertę tańszą. Takie działanie jest sprzeczne nie tylko z Pzp, ale i z zasadami zdrowego rozsądku, logiką i doświadczeniem życiowym (sprzeczne z zasadą, że „skoro stać mnie na ofertę droższą, tym bardziej stać mnie na ofertę tańszą”).

34. W przedmiotowym postępowaniu w ocenie Odwołującego Zamawiający w swoich działaniach dopuścił się właśnie takiej arbitralności, o jakiej pisze Odwołujący powyżej:

34.1. Najpierw (w dniu 9 stycznia 2023 r.) Zamawiający zadeklarował, że na sfinansowanie zamówienia w postępowaniu ma kwotę 9.719.309,94 zł brutto.

34.2. Następnie po otwarciu ofert (w dniu 9 stycznia 2023 r.) okazało się, że ceny wszystkich złożonych w postępowaniu ofert przekraczają ww. kwotę (najniższą cenę zaoferował Odwołujący). Niemniej Zamawiający nie skorzystał z możliwości unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 3 Pzp, ale kontynuował postępowanie.

34.3. W dniu 12 kwietnia 2023 r. Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze jako najkorzystniejszej dużo droższej oferty TELE-FONIKA, przeznaczając na ten cel budżet w wysokości 10.415.455,50 zł brutto, co uzewnętrznili wykonawcom w postępowaniu w dniu 14 kwietnia 2023 r.

34.4. W dniu 8 maja 2023 r. KIO wyrokiem o sygn. akt KIO 1131/23 uznała, że Zamawiający nieprawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego, w wyniku czego Zamawiający w dniu 16 czerwca 2023 r. powrócił do badania ofert, z uwzględnieniem najtańszej oferty Odwołującego.

34.5. Następnie w dniu 12 września 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, ponieważ rzekomo nie stać go na wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego z ceną 9.943.147,80 zł brutto.

34.6. Jednocześnie Zamawiający nie przedstawił w uzasadnieniu unieważnienia postępowania żadnych informacji, z których wynikałaby jakakolwiek zmiana w sytuacji finansowej Zamawiającego, która zaistniała w trakcie postępowania. Zamiast tego Zamawiający zdaje się po raz kolejny odnosić do kwoty na sfinansowanie zamówienia ogłoszonej przed otwarciem ofert (Zamawiający nie wskazał żadnej konkretnej kwoty w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania, ale wskazuje na to cytowane wcześniej uzasadnienie wniosku na zarząd), całkowicie przy tym pomijając fakt, że w dniu 12 kwietnia 2023 r. dysponował kwotą zdecydowanie wyższą (o ponad 470 tys. złotych brutto), co umożliwiło mu wybór w dniu 14 kwietnia 2023 r. jako najkorzystniejszej oferty TELE-FONIKA.

35. Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego Zamawiający nadużył uprawnień - arbitralnie korzystając z niego, wypaczając cel jego wprowadzenia do Pzp - które dał zamawiającym ustawodawca w art. 255 pkt 3 in fine Pzp.

36. Zamawiający nie może pod pozorem braku środków finansowych de facto sterować wynikiem postępowania i w zależności od tego, która oferta miałaby wygrać, uznawać czy zwiększyć środki i zawrzeć umowę (TELE-FONIKA) czy jednak musi unieważnić postępowanie ze względu na brak środków (Odwołujący). Zamawiający w postępowaniu już pokazał, że dysponuje znacznie wyższymi niż wymagane środkami finansowymi umożliwiającymi wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego i tak też powinien uczynić.

37. Mając na uwadze nieprawidłowe zastosowanie przez Zamawiającego art. 255 pkt 3 Pzp, doszło do nieprawidłowego unieważnienia postępowania, które w świetle zaistniałych okoliczności, powinno być kontynuowane i zakończyć się zawarciem umowy z Odwołującym. Tym samym Zamawiający naruszył swoim działaniem podstawowe zasady udzielania zamówień wyrażone w art. 16 pkt 1 i 2 PZP.

Zamawiający w dniu 25.09.2023 r. (poprzez platformę zakupową <https://bogdanka.eb2b.com.pl>) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Nikt nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 04.10.2023 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan faktyczny dotyczący przebiegu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest między Stronami bezsporny - różnią się one jednak w ocenie zasadności podjętej przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania w trybie art. 255 pkt 3 PZP, zgodnie z treścią którego 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. Informacją z otwarcia ofert z dnia 9 stycznia 2023 r. Zamawiający przekazał, iż w ramach zadania nr 5 zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 7 901 878,00 zł netto, tj. 9 719 309,94 zł brutto.

W postępowaniu wpłynęły 3 oferty:

1) ROGUM KABLE Spółka z o.o.

cena oferty: 8 083 860,00 zł netto / 9 943 147,80 zł brutto

2) TELE-FONIKA KABLE S.A.

cena oferty: 8 467 850,00 zł netto / 10 415 455,50 zł brutto

3) EL-PLATFORMA Sp. z o. o. Spółka komandytowa

8 929 816,00 zł netto / 10 983 673,68 zł brutto

Niewątpliwie oferta z najniższą ceną (pkt 1) przekraczała o 181 982,00 zł netto kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Informacją z dnia 14 kwietnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej (celem dokonania wyboru doszło do podwyższenia kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - do wartości najkorzystniejszej oferty/oferty z najniższą ceną, która nie podlegała odrzuceniu). W wyniku wniesionego odwołania na ww. czynność Zamawiającego i rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1131/23 Zamawiający zawiadomieniem z dnia 16 czerwca 2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Spółki Rogum Sp. z o.o. oraz przystąpił do ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Pismem z dnia 12 września 2023 r., czyli wystosowanym niemal 5 miesięcy od dnia pierwszego zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania (zakwestionowanym przez Krajową Izbę Odwoławczą), Zamawiający zawiadomił Wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 PZP.

Na powyższe rozstrzygnięcie odwołanie wniosła Spółka Rogum Sp. z o.o. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 255 pkt 3 PZP, poprzez niezasadne unieważnienie postępowania z uwagi na „rzekomy” brak środków na sfinansowanie zamówienia, a w konsekwencji kwalifikując unieważnienie postępowania jako czynność „pozorną” Zamawiającego, wobec analizy całości dotychczasowego przebiegu przetargu. Na wstępie Zamawiający potwierdził, że uchwałą z dnia 12 kwietnia 2023 r. Zarząd Spółki Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. wyraził zgodę na podwyższenie kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty najkorzystniejszej (oferty nieodrzuconej, z najniższą ceną), jaką - na tamten moment - była oferta Wykonawcy TELE-FONIKA KABLE S.A. (podwyższenie do kwoty 10 415 455,50 zł brutto). Jednakże rozstrzygnięcie postępowania, w wyniku którego oferta ww. Wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą, zostało unieważnione przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokiem z dnia 8 maja 2023 r. Tym samym, celem realizacji powyższego orzeczenia, Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego, przystępując do ponownego badania ofert (vide: zawiadomienie Zamawiającego z dnia 16 czerwca 2023 r.).

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, przyjętym w zasadzie za podstawę sformułowanego zarzutu, punktem odniesienia do kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie mogła być kwota podana w piśmie o rozstrzygnięciu z dnia 14 kwietnia 2023 r., ponieważ Zamawiającego wiązała tylko i wyłącznie kwota podana na otwarciu ofert w dniu 9 stycznia 2023 r., stanowiąca minimalny, gwarantowany poziom finansowania zamówienia.

Istotnie, na dzień zawiadomienia Wykonawców o wyborze oferty w dniu 14 kwietnia 2023 r., przeanalizowana uprzednio sytuacja finansowa Zamawiającego umożliwiała mu rzeczywiste podwyższenie kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty najkorzystniejszej, jednak dokonując rozstrzygnięcia postępowania we wrześniu 2023 r. stan ten uległ diametralnej zmianie, o czym mowa w dalszej części uzasadnienia.

W pierwszej kolejności podkreślił, że wyłącznie Zamawiający - jako dysponent budżetu Spółki - posiada wiedzę na temat możliwości sfinansowania danego zamówienia w kontekście całokształtu jej funkcjonowania, ale także uwarunkowań gospodarczych, które w sposób bezpośredni na tę działalność rzutują. Tym samym nieuprawnione są twierdzenia Odwołującego, jakoby Zamawiający od dnia 12 kwietnia 2023 r., tj. od dnia podjęcia uchwały o podwyższeniu kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, aż do dnia 12 września 2023 r. (data zawiadomienia o unieważnieniu postępowania) w sposób permanentny i niezachwiany dysponował znacznie wyższymi środkami na sfinansowanie zamówienia.

Co więcej, przepisy ustawy PZP nie wskazują na żaden obligatoryjny moment unieważnienia przez Zamawiającego postępowania w przypadku wystąpienia przesłanek, o których mowa w art. 255 pkt 3 PZP - tym samym, nie nakazuje się Zamawiającemu unieważnienia postępowania niezwłocznie po otwarciu ofert. Wobec powyższego, Zamawiający był uprawniony (ale i zobowiązany na mocy orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2023 r.) do ponownego procesu badania ofert, który był kontynuowany do momentu podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania.

Uzasadniając zawiadomienie o unieważnieniu postępowania Zamawiający wskazał zarówno podstawę prawną rozstrzygnięcia, jak i jego faktyczne uzasadnienie - zgodne z dyspozycją art. 255 pkt 3 PZP. Żaden przepis nie obliguje Zamawiającego do wskazywania na konkretne okoliczności w treści takiego zawiadomienia. Sam Odwołujący zaś, poprzez złożenie środka odwoławczego potwierdził również, że możliwa jest następcza kontrola czynności Zamawiającego polegających na wydaniu konkretnego rozstrzygnięcia, bowiem zidentyfikował i sformułował konkretny zarzut.

W treści zawiadomienia z dnia 12 września 2023 r. Zamawiający odniósł się do braku możliwości zwiększenia

kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Podkreślił, że zwiększenie kwoty (uwzględniającej bieżącą sytuację finansową Zamawiającego) jest prawem, nie zaś obowiązkiem Zamawiającego, z kolei domaganie się przez Wykonawcę zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia (bez wiedzy na temat budżetu Zamawiającego), nosi znamiona narażenia Zamawiającego na zarzuty niegospodarnego zarządzania środkami.

Istotne jest bowiem ustalenie, że kwotą kluczową dla podejmowanych przez Zamawiającego decyzji jest kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia podawana bezpośrednio przed otwarciem ofert, którą Zamawiający realnie posiada lub będzie posiadał - i to tylko do takiej kwoty Zamawiający może odnosić swoje ustalenia, nie zaś do kwoty oferty wybranej jako najkorzystniejsza w ramach pierwotnego rozstrzygnięcia postępowania / wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 czerwca 2021 r. (sygn. akt: KIO 1250/21)/, które (wobec wzruszenia decyzji Zamawiającego o wyborze oferty, ale także zmianie jego sytuacji budżetowej i aktualnie braku rzeczywistej możliwości poniesienia tego wydatku) stało się nieaktualne.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 sierpnia 2019 r. (sygn. akt: KIO 1593/19) wyraźnie zaznaczyła, że w ramach analizowania przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 PZP (na gruncie ustawy PZP z 2004 r. - art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP), Zamawiający jest związany kwotą pierwotną, tzn. podaną przed otwarciem ofert - zatem zobowiązany jest udzielić zamówienia Wykonawcy, którego oferta cenowa mieści się w kwocie pierwotnie podanej (oczywiście z możliwością zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, gdyby cena oferty najkorzystniejszej/oferta z najniższą ceną była droższa, niż wartość pierwotnie zakładana). Zasadą jest zatem, że Zamawiający jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia tylko do kwoty, jaką podał na otwarciu ofert jako tą, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia" /wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2017 r. (sygn. akt: KIO 2032/17)/.

Krajowa Izba Odwoławcza niejednokrotnie orzekła także, iż unieważniając postępowanie w omawianym trybie Zamawiający nie jest zobowiązany do przedstawiania dowodów na okoliczność podjęcia prób pozyskania dodatkowych środków, czy dodatkowych źródeł finansowania, jako warunku skutecznego podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania w tym trybie. Przykładowo, w wyroku z dnia 6 grudnia 2017 r., sygn. akt: KIO 2451/17. Nadto - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 kwietnia 2018 r. (sygn. akt: KIO 558/18), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2018 r. (sygn. akt: KIO 351/18), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 czerwca 2021 r. (sygn. akt: KIO 1250/21).

Podkreślił, że również sądy powszechne przyjmują tożsamą wykładnię przepisów podnosząc, że zwiększenie kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia należy do jego arbitralnej decyzji, która jednocześnie nie przerzuca na Zamawiającego ciężaru dowodu wykazywania jego możliwości budżetowych. Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi w wyroku z dnia 18 sierpnia 2016 r., sygn. akt: X GC 937/15.

Odwołujący argumentując zasadność swojego stanowiska, powołuje się także m.in. na treść wniosków kierowanych przez Komisję Przetargową na Zarząd. Należy jednak mieć na uwadze, iż są to dokumenty, które sporządzane są wg. wewnętrznej procedury, zaś ich uzasadnienie nie podlega szczególnym rygorom i nie stanowi przejawu oświadczenia woli Zamawiającego (Kierownika Zamawiającego). Co również istotne, każdorazowo wnioski na Zarząd referowane i dyskutowane są na posiedzeniach Zarządu przez wnioskodawcę, który - w razie zaistnienia takiej potrzeby - doprecyzowuje bądź wyjaśnia Zarządowi przedmiot wniosku.

Ponadto stanowisko Odwołującego, który wskazuje na brak uchylenia przez Zarząd uchwały z dnia 12 kwietnia 2023 r., w zakresie dotyczącym podwyższenia kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia również jest bezzasadne. Z uwagi na okoliczność, że podwyższenie kwoty dotyczyło wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę TELE-FONIKA KABLE S.A. (wg. możliwości finansowych Zamawiającego na dzień 12 kwietnia 2023 r.), a następnie uchwałą z dnia 14 czerwca 2023 r. Zarząd unieważnił wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez tego Wykonawcę, przedmiotowe podwyższenie należało uznać za niebyłe.

Niezależnie od tego Zamawiający wyjaśnia, że Kodeks Spółek Handlowych zawiera regulacje dotyczące procedury uchylania uchwał podejmowanych przez wspólników lub walne zgromadzenie spółki i tylko w enumeratywnie wymienionych przypadkach. Tym samym, Zarząd Zamawiającego na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów nie był zobowiązany do podejmowania odrębnej uchwały uchylającej treść uchwały z dnia 12 kwietnia 2023 r. (taki wymóg nie wynika także z wewnętrznych regulacji w Spółce) - wystarczające było w tym przedmiocie oświadczenie woli w zakresie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej dokonane skutecznie uchwałą Zarządu z dnia 14 czerwca 2023 r.

W ocenie Zamawiającego bezzasadne, ale i nieudowodnione są również twierdzenia zawarte w treści odwołania, jakoby czynność unieważnienia postępowania miała charakter pozorny. Przyjmując hipotezę Odwołującego, który wskazuje, że unieważnienie postępowania miało na celu uniknięcie wyboru jego oferty, Odwołujący w zasadzie stawia sprzeczne wnioski. Jeżeli uznać je bowiem za prawdziwe, to Zamawiający powinien unieważnić postępowanie zaraz po otwarciu ofert, względnie po wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2023 r., a nie procedować dalej z uwzględnieniem badania oferty Odwołującego. Z całą stanowczością trzeba zaznaczyć, że kwestia przebiegu próby łączenia/naprawy kabli i ostatecznej oceny oferty Odwołującego nie jest przedmiotem tego postępowania, bowiem Zamawiający nie dokonał finalnej oceny ofert w przetargu. Z uwagi na powyższe, istotą oceny przez Krajową Izbę

Odwoławczą może być na ten moment jedynie zasadność unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 PZP i z uwagi na unormowane w tym przepisie przesłanki.

Krajowa Izba Odwoławcza wypracowała spójną i jednolitą linię orzecniczą potwierdzającą, że zwiększenie kwoty na realizację zamówienia stanowi uprawnienie, a nie obowiązek po stronie Zamawiającego. Przykładowo - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2019 r., sygn. akt: KIO 1676/19.

Niepodważalnie intencją Zamawiającego było przeprowadzenie postępowania zakończonego finalnie zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, lecz należy mieć na względzie, że procedura udzielenia zamówienia publicznego podlega szczególnemu reżimowi ustawy. Dodatkowo, z racji prowadzonej przez Zamawiającego działalności w zakresie wydobycia węgla, sytuacja rynkowa ma znaczący wpływ na osiągnięte przez Spółkę wyniki finansowe, a co za tym idzie - na możliwości wydatkowania środków, które na chwilę podjęcia uchwały w przedmiocie unieważnienia postępowania były, ale i są obecnie ograniczone.

I tak, powszechnie dostępną informacją w sprawie wstępnych wyników finansowych za 2022 r. (datowaną na 19 stycznia 2023 r. i zamieszczoną m.in. na stronie internetowej Spółki Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A.) Zamawiający przekazał wiadomość o planie produkcyjnym na 2023 r. na poziomie ok. 8,3 mln ton węgla handlowego.

Następnie, informacją z dnia 18 kwietnia 2023 r. (czyli, już po podwyższeniu kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w związku z wyborem oferty złożonej przez Spółkę TELE-FONIKA KABLE S.A.), Spółka podtrzymała przyjęty na 2023 r. plan produkcyjny na poziomie ok 8,3 mln ton.

Kolejnymi pismami z dnia 17 lipca 2023 r. oraz 25 lipca 2023 r. (omyłkowo datowanym na 2022 r.), Zamawiający poinformował o aktualizacji celu produkcyjnego na 2023 r. (ustalając go na poziomie ok. 7 mln ton węgla handlowego) w związku z koniecznością dostosowania go do zaistniałych okoliczności, w tym m.in. wobec zmniejszenia zapotrzebowania na węgiel ze strony elektrowni należących do GK Enea o ok. 1,05 mln ton +/- 15% w stosunku do wartości wynikających z obowiązujących na ten rok wolumenów.

Dowód:

- 1) Informacja w sprawie wstępnych wyników finansowych za 2023 r. (raport bieżący 2/2023),
- 2) Informacja w sprawie wstępnych wyników finansowych za pierwszy kwartał 2023 r. (raport bieżący 8/2023),
- 3) Otrzymanie zawiadomienia od kluczowego kontrahenta o zmniejszeniu zapotrzebowania na węgiel w 2023 r. (raport bieżący 17/2023),
- 4) Aktualizacja celu produkcyjnego na 2023 r. (raport bieżący 19/2023)

Z powyższego wynika, że na skutek spadku popytu na węgiel handlowy, Zamawiający był zmuszony do ograniczenia wydatków w ramach prowadzonej bieżącej działalności.

W związku z tym, zmiana sytuacji na przestrzeni ostatnich 5 miesięcy trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykluczyła możliwość zwiększenia przez Zamawiającego kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co też uzasadniało unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 PZP. Okoliczność, że Zamawiający w innych postępowaniach, czy też w tym samym postępowaniu, ale w ramach innych zadań, zwiększył kwotę na realizację zamówienia, nie oznacza automatycznie, że jest zobligowany do zwiększenia takiej kwoty również w przedmiotowym postępowaniu, w zakresie zadania nr 5.

Zauważył, iż przedmiotowe postępowanie nie było jedynym unieważnionym przez Zamawiającego we wrześniu 2023 r. w trybie art. 255 pkt 3 PZP - przykładowo, Zamawiający zawiadomieniem z dnia 18 września 2023 r. poinformował Wykonawców o unieważnieniu postępowania na „Dostawę spagowych lokomotyw dołowych, akumulatorowych wraz z urządzeniami pomocniczymi (Etap 1 zamówienia) oraz obsługę serwisową (Etap 2 zamówienia)” nr postępowania 2547/HZP/MMA/2023.

Dowód: Informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 18 września 2023 r.

Na koniec podkreślił, że pozbawiony uzasadnienia jest także wniosek Odwołującego, jakoby uwzględnienie odwołania w niniejszej sprawie miało doprowadzić finalnie do umożliwienia wyboru oferty Wykonawcy Spółki Rogum jako najkorzystniejszej - sam fakt uwzględnienia odwołania nie może bowiem wpłynąć na sytuację finansową Zamawiającego i wygospodarowanie dodatkowych środków na zwiększenie kwoty przeznaczonej do sfinansowania zamówienia.

Decyzja w tym zakresie należy wyłącznie do kompetencji Zamawiającego, zaś przepis art. 255 pkt 3 PZP stanowi bezwzględny podstawę do unieważnienia postępowania w podanych okolicznościach, nie zezwalając na jakąkolwiek uznaniowość, czy też jego rozszerzającą interpretację. Przykładowo - Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1375/15.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia.

Odwołujący, którego oferta jest najkorzystniejszą w wypadku potwierdzenia się zarzutów niezasadności unieważnienia postępowania ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności informacji o unieważnieniu postępowania z 12.09.2023 r.

Nadto, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone przez Odwołującego do odwołania na potwierdzenie okoliczności w nim wskazanych:

1. Uchwała nr 416/XI/2023 Kierownika Zamawiającego (Zarządu) z 12.04.2023 r. wraz wnioskiem na zarząd w tej sprawie,
2. Uchwała nr 697/XI/2023 Kierownika Zamawiającego (Zarządu) z 14.06.2023 r. wraz wnioskiem na zarząd w tej sprawie,
3. Uchwała nr 1039/XI/2023 Kierownika Zamawiającego (Zarządu) z 31.08.2023 r. wraz wnioskiem na zarząd w tej sprawie.

Poza tym, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie na potwierdzenie okoliczności w niej wskazanych:

- 1) Informacje w sprawie wstępnych wyników finansowych za 2023 r. (raport bieżący 2/2023),
- 2) Informacje w sprawie wstępnych wyników finansowych za pierwszy kwartał 2023 r. (raport bieżący 8/2023),
- 3) Otrzymanie zawiadomienia od kluczowego kontrahenta o zmniejszeniu zapotrzebowania na węgiel w 2023 r. (raport bieżący 17/2023),
- 4) Aktualizacje celu produkcyjnego na 2023 r. (raport bieżący 19/2023),
- 5) Informacje o unieważnieniu postępowania z 18.09.2023 r.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego złożone na posiedzeniu przez Odwołującego:

• Śródroczny Skrócone Sprawozdanie finansowe (za okres od 01.01.2023 r. do 30.06.2023 r.), które zostało opublikowane 13.09.2023 r. i do dnia dzisiejszego dalej jest dostępne na stronie internetowej wskazanej na ostatniej stronie załączonego dokumentu na okoliczność dobrej sytuacji finansowej Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę treść odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, jak i stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

Art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 255 pkt 3 Pzp poprzez niezasadne unieważnienie postępowania ze względu na rzekomy brak środków na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy ogół okoliczności, które zaistniały w trakcie postępowania (w tym wcześniejszy wybór jako najkorzystniejszej innej dużo droższej oferty niż oferta Odwołującego), jak również lakoniczność uzasadnienia czynności unieważnienia, wskazują jednoznacznie, że jest to czynność pozorna, mająca na celu wyłącznie uniknięcie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego w postępowaniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Izba przywołuje wskazane w pismach procesowych daty i dokonane w nich czynności Zamawiającego, jak i działania Odwołującego. W ramach odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zaakcentował stanowisko, zgodnie z którym podwyższenie kwoty przewidzianej na sfinansowanie zamówienia dotyczyło pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej, a wraz z unieważnieniem tego wyboru kwota przewidziana na sfinansowanie zamówienia powróciła do kwoty z otwarcia ofert, czyli kwoty początkowej. Inaczej mówiąc podzieliła „los” pierwotnego wyboru. Następnie stwierdził, że z uwagi na spadek wydobycia węgla nie było możliwości zwiększenia kwoty przewidzianej na sfinansowanie zamówienia. Przedstawił także orzecznictwo na tą okoliczność.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust. 1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutów odwołania, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba podtrzymuje i zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego oraz przytoczonym orzecznictwem KIO, że podwyższenie kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia stanowi uprawnienie, a nie obowiązek Zamawiającego. Nadto, że nie musi na tą okoliczność przedstawiać jakichś szczególnych dowodów lub też opisywać szczegółowo dlaczego nie zwiększył kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednakże, okoliczności w przedmiotowej sprawie są zgoła odmienne. Inny jest też stan faktyczny, gdyż

Zamawiający kwotę za jaką zamierza sfinansować zamówienie już podwyższył. Po prostu uznał, że to podwyższenie przestało go wiązać.

W następnej kolejności Izba wskazuje, że unieważnienie pierwotnego wyboru 14.04.2023 r., wyrokiem KIO z dnia 08.05.2023 r. o sygn. akt: KIO 1131/23, a następnie czynnością Zamawiającego stanowiącą jego wykonanie, tj. czynnością 16.06.2023 r. nie skutkowało automatycznie obniżeniem kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia albowiem zgodnie z art. 255 pkt 3 Pzp: „chyba, że Zamawiający może zwiększyć tę kwotę” stanowi o tym że de facto czynność podwyższenia a więc i obniżenia stanowi oddzielną czynność Zamawiającego w postępowaniu. Zamawiający miał tego świadomość gdyż podwyższył pierwotną kwotę jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z pierwotnej podanej przed otwarciem ofert 09.01.2023 r. w dniu 12.04.2023 r., czyli na 2 (dwa) dni przed pierwotnym wyborem. Należy też przypomnieć, że kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia ogłasza się raz podczas otwarcia: art. 222 ust. 4 Pzp: „(...) najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie (...)”. Wybór nie obejmuje tej czynności. Skoro więc przy pierwotnym wyborze z 14.04.2023 r. Zamawiający podwyższając kwotę jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dokonał zapewnienia publicznego, że oferty do tej kwoty przyjmie, to był tym zapewnieniem związany.

Inne podejście stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania, skoro bowiem Zamawiający podwyższył kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do oferty pierwotnie wybranej o wartości wyższej niż wartość oferty Odwołującego, która była znacznie niższa (o 472 307,10 zł brutto), to niejako zapewnił, że przyjmie oferty do tej kwoty. Odwołujący działa z kolei w zaufaniu do działania Zamawiającego i w sposób karny przystąpił do udziału w przeprowadzanych próbach (w ramach ponownego badania i oceny ofert) przez Zamawiającego w dniach 19-21.07.2023 r. na zaproszenie z 27.06.2023 r. i 07.07.2023 r. po unieważnieniu w dniu 16.06.2023 r. pierwotnego wyboru z 14.04.2023 r.

Z kolei Zamawiający nie wykazał, chociażby w postępowaniu odwoławczym przed Izbą zmianę okoliczności od kwietnia do września 2023 r. Nie zaprzeczał co do zasady argumentom i dowodowi Odwołującego (Śródrocznemu Skróconemu Sprawozdaniu finansowemu za okres od 01.01.2023 r. do 30.06.2023 r.), co do dobrej kondycji finansowej Zamawiającego, jedynie stwierdził na rozprawie, że ma inne wydatki, w tym wydatki pracownicze oraz w przyszłym roku wydatki inwestycyjne. Stwierdził także że środki zostały przeniesione na przyszły rok do nowego postępowania.

Kwestia zmiany skali, tj. wielkości wydobycia była po pierwsze nową okolicznością, o której nie wiedział Odwołujący z informacji o unieważnieniu postępowania z 12.09.2023 r. Zgodnie, zaś z zasadą, że tak jak na rozprawie nie można formułować nowych zarzutów, tak Zamawiający nie może formułować nowych okoliczności faktycznych, które nie były w informacji przekazanej Odwołującemu, w tym wypadku w unieważnieniu. Po drugie, nie wykazał na rozprawie, że w wypadku spadku wydobycia brak jest celowości kontynuowania postępowania. Nie można bowiem wywieść, że przedmiot zamówienia jest zbędny, skoro przy zwiększeniu kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – oddzielną czynnością z 12.04.2023 r. uchwałą nr 416/XI/2023 wprost argumentował we wniosku do tej uchwały – w rubryce /Wskazanie ryzyk/ - że: „Brak zakupu kabli i przewodów powoduje postój zakładu górniczego” jest więc niezbędny do bieżącej pracy niezależnie od skali wydobycia. Na potwierdzenie powyższej argumentacji należy też wskazać, że w 7 z 11 zadań w tym postępowaniu (odwołanie dotyczy zadania 5) zwiększył kwoty na sfinansowanie zamówienia, łącznie o blisko 5 mln złotych (zgodnie z treścią odwołania, czemu nie przeczył Zamawiający).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika, czyli łącznie 18 600 zł 00 gr - na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonego rachunku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....