Sygn. akt: KIO 2926/12

WYROK
z dnia 16 stycznia 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2012 roku przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) WĘGLOKOKS S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) Conbelts Bytom S.A., z siedzibą dla Lidera w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A. z siedzibą w Katowicach**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) WĘGLOKOKS S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) Conbelts Bytom S.A. z siedzibą dla Lidera w Katowicach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) WĘGLOKOKS S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) Conbelts Bytom S.A. z siedzibą dla Lidera w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Katowicach.**

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2926/12

Uzasadnienie

W dniu 31 grudnia 2012 roku (pismem z dnia 28 grudnia 2012 roku) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami) - dalej jako: „ustawą Pzp" oraz art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm - - **Węglokoks S.A. z siedzibą w Katowicach** (Lider Konsorcjum) oraz - **Conbelts Bytom S.A. z siedzibą w Bytomiu** (Członek Konsorcjum).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Dostawa taśm przenośnikowych tkaninowo - gumowych do stosowania w podziemnych wyrobiskach górniczych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2013 roku" w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi **Zamawiający Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach.**

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2012/S 198-326211 z dnia 13 października 2011 roku.

Odwołanie wniesiono wobec czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania w zakresie Zadania nr 1.

Odwołujący zarzuca naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:
1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego;
2) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ich zastosowanie i uznanie, że zachodzi przesłanka do unieważnienia niewłaściwe

postępowania w zakresie Zadania nr 1, gdyż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie Zadania nr 1; nakazanie Zamawiającemu wybór oferty Wykonawcy w zakresie Zadania nr 1; zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zamówienie zostało podzielone na 25 części, przy czym dopuszczona została możliwość składania ofert w odniesieniu do jednej lub większej ilości części. Na dzień 5 listopada 2012 roku został wyznaczony termin

do składania ofert. W dniach 27-30 listopada 2012 roku przeprowadzona została przez Zamawiającego aukcja elektroniczna w zakresie zadań 2-25. W zakresie Zadania nr 1 nie była przeprowadzona aukcja elektroniczna z uwagi na fakt, że ofertę na tę część złożył tylko jeden wykonawca, a mianowicie odwołujące się Konsorcjum. W dniu 20 grudnia 2012 roku Zamawiający, po dokonaniu ocen złożonych w postępowaniu ofert, przesłał informację o wynikach postępowania. Zgodnie z tą informacją Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Cobra Europę sp. z o.o. w Piekarach Śląskich w zakresie Zadania nr 3, unieważnił postępowanie zakresie Zadania nr 1 oraz wybrał oferty wykonawców:
- Cobra Europę sp. z o.o. w Piekarach Śląskich w zakresie zadań 7, 11, 14 i 17;
- Odwołujące się Konsorcjum w zakresie zadań 2, 3 i 5; oraz
- FTT Wolbrom S.A. w Wolbromiu w zakresie zadań nr 4, 6, 8, 9, 10, 12, 13, 15, 16, 18,19,20,21,22, 23, 24 i 25.

Zdaniem Odwołującego, działanie Zamawiającego polegające na unieważnieniu Postępowania w zakresie Zadania nr 1 jest niezgodną z ustawą Pzp oraz ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut nr 1

Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 3 oraz w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż w ramach postępowania nierówno traktuje poszczególnych wykonawców.

Zamawiający unieważnił postępowanie w zakresie Zadania nr 1, na które zamierzał przeznaczyć kwotę 1.438.165 zł brutto. Odwołujący złożył ofertę na to zadanie, która opiewała na kwotę 1.574.400 brutto czyli była wyższa jedynie o 9,47 % (136.235 zł) względem kwoty przeznaczonej na to zadanie.

Wskazać jednak należy, że w przypadku zadania nr 8 Zamawiający zamierzał przeznaczyć na to zdanie kwotę 6.626.059 zł, natomiast najkorzystniejsza oferta FTT Wolbrom S. A. po aukcji elektronicznej wyniosła 7.869.000 zł i była wyższa od kwoty przeznaczonej o 18,69% (1.242.941 zł). Zamawiający nie unieważnił jednak postępowania w zakresie tego zadania.

Także w przypadku zadania nr 20 widać dość dużą dysproporcję pomiędzy kwotą przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia a ofertą najkorzystniejszą. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na to zadanie kwotę 1.268.526 zł, natomiast najkorzystniejsza oferta FTT Wolbrom S. A. po aukcji elektronicznej wyniosła 1.500.000 zł i była wyższa od kwoty przeznaczonej o 18,24% (231.474 zł). Zamawiający nie unieważnił także i tego zadania.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że Zamawiający inaczej traktuje wykonawcę FTT Wolbrom S.A., a inaczej Odwołującego, gdyż pomimo dużo większych dysproporcji

pomiędzy kwotami, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zadań 8 i 20, to nie unieważnił postępowania w tym zakresie, natomiast unieważnił w zakresie zadania, w którym różnica ta była stosunkowo niewielka.

Jak wskazuje Małgorzata Filipek (M. Filipek, Środki finansowe na realizację zamówienia. Teza nr 4, M.Zam.Pub.2011.11.19) „korzystanie z dobrodziejstwa art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp [ustawa z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych], jak również przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może wynikać

z łamania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, która winna być zachowana przez zamawiającego na każdym etapie postępowania."

Zarzut nr 2

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że bezpodstawnie unieważnił postępowanie w zakresie Zadania nr 1. Zgodnie z 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.

Zgodnie zaś z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.

Jak wynika z protokołu postępowania kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia jest wyższa od sumy wszystkich ofert oraz oferty z unieważnionego Zadania nr 1 o prawie 600 tys. zł (590.152,03 zł), czyli nie została spełniona przesłanka do unieważnienia, o której mowa w powyższym przepisie.

Zamawiający podał bezpośrednio przed otwarciem ofert informację, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 58.233.745 zł brutto (tak też wynika z punktu 8 protokołu postępowania). Przy czym wartość wszystkich złożonych ofert już po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej wyniosła 56.069.192,97 zł brutto (tak punkt 13 protokołu z postępowania), zaś po doliczeniu ceny oferty Odwołującego w Zadaniu 1 wynosiłaby 57.643.592.97 zł czyli jest niższa od kwoty przeznaczonej na kompleksowe sfinansowanie zamówienia.

Nie ma przy tym znaczenia fakt, że kwota przeznaczona na sfinansowanie tego konkretnego zamówienia jest niższa od najkorzystniejszej oferty Odwołującego się, gdyż także w innych zadaniach kwoty te znacząco się różniły, a mimo to kwota globalna przeznaczona na wszystkie zadania przewyższa kwoty wszystkich złożonych ofert. Przy czym, stanowczo trzeba podkreślić, że samo zestawienie powyższych kwot, dowodzi, iż możliwe jest zwiększenie kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w odniesieniu do Zadania nr 1, gdyż pozwalała na to wielkość

kwoty całkowitej, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację pełnego zakresu zamówienia.

Powyższe twierdzenia Odwołującego znajdują oparcie w orzecznictwie Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych. W wyroku z dnia z dnia 21 kwietnia 2004 roku, sygn. UZP/ZO/0-733/05, LEX nr 179336, organ ten trafnie stwierdził w niemalże identycznym stanie faktycznym, że „jeżeli Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Oznacza to, że Zamawiający mógł doprowadzić do unieważnienia postępowania na mocy art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych tylko wtedy gdy suma cen najkorzystniejszych ofert złożonych na poszczególne pakiety przewyższa kwotę, którą Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia." Powyższa teza w całości została potwierdzona w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 sierpnia 2010 r., sygn. KIO/UZP 1624/10; KIO/UZP 1625/10, LEX nr 617309, co może stanowić już ugruntowaną linię orzeczniczą w tym zakresie.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej należy również wskazać, że Zamawiający w piśmie z dnia 20 grudnia 2012 roku nie wykazał, że nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty co do zadania nr 1. W piśmie tym, w punkcie II wskazał jedynie, że unieważnia postępowanie w zakresie zadania nr 1 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, nie podając żadnego uzasadnienia dla takiej decyzji.

W szczególności Zamawiający nie wskazał, że nie jest w stanie zwiększyć kwoty finansowania do ceny oferty najkorzystniejszej. Zresztą byłoby to niezmiernie trudne do wykazania z uwagi na fakt, że środkami tymi rzeczywiście dysponuje. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok z dnia 12 sierpnia 2010 r., sygn. KIO/UZP 1624/10; KIO/UZP 1625/10, LEX nr 617309 *„dla skutecznego i prawidłowego dokonania tej czynności* unieważnienia postępowania - przyp. autora odwołania,), *zamawiający winien bowiem wykazać, iż środki, które posiada i może zabezpieczyć na cel realizacji zamówienia, nie pozwalają mu zaciągnąć zobowiązania w wysokości kwoty wynikającej z najkorzystniejszej*

oferty i nie jest w stanie uzyskać ich zwiększenia. Izba stwierdza, iż zamawiający, na którym zgodnie z regułami ustanowionymi art. 6 k.c. w związku z art. 14 ustawy p.z.p., jako na podnoszącym okoliczności, iż nie dysponuje środkami, które może przeznaczyć na wykonanie zamówienia w przypadku dokonania wyboru oferty odwołującego na część pierwszą zamówienia, spoczywał ciężar udowodnienia tego faktu, gdyż z niego wywodził skutki prawne, swoich twierdzeń nie udowodnił."

Mając powyższe na uwadze, nie powinno ulegać wątpliwości, że odwołanie winno zostać uwzględnione, gdyż zostały naruszone przepisy ustawy, co niewątpliwie miało wpływ

na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący upatruje interes w uzyskaniu tego zamówienia (Zadania nr 1) w tym, że poprzez naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący pomimo tego, że jako jedyny złożył ważną ofertę co do zadania nr 1, to poprzez bezzasadne unieważnienie zamówienia w tej części został pozbawiony możliwości realizacji tego zadania, co wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Termin złożenia odwołania i wpis.

Informacja o wynikach oceny ofert została wysłana przez Zamawiającego 20 grudnia 2012 roku, wobec czego termin do złożenia odwołania upływa 31 grudnia 2012 roku.

Wpis od odwołania w odpowiedniej wysokości uiszczony został na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ogłoszenia o zamówieniu, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania dotyczących nieprawidłowego unieważnienia postępowania w zadaniu 1, oferta Odwołującego mogłaby zostać w wyniku ponownego badania i oceny ofert uznana za najkorzystniejszą, gdyby Zamawiający postępowania nie unieważnił. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością podano stan faktyczny sprawy zaistniały w toku postępowania o udzielenie zamówienia i prawidłowo zaprezentowano dokonane przez Zamawiającego czynności w postępowaniu.

Na rozprawie strony podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie w toku postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W przedmiocie postawionego zarzutu osią sporu pomiędzy stronami jest odmienna ocena, czy w realiach rozpoznawanej sprawy Zamawiający był uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Dokonując oceny przedmiotowego zarzutu, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Izba uznała, że Zamawiający unieważnił postępowanie nie dokonując w tym zakresie naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Art. 93 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający jest zobligowany do unieważnienia

prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregokolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w powołanym przepisie ustawy Pzp. Oznacza to, że działanie Zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiejkolwiek uznaniowości. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły, przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było prawidłowe, spoczywa zawsze na Zamawiającym.

Zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Natomiast według 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.

Powyższe regulacje gwarantują wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pewność, co do kwoty podanej przez Zamawiającego przed otwarciem ofert. Chroni to wykonawców przed arbitralnymi decyzjami Zamawiającego w trakcie oceny ofert w zakresie unieważnienia postępowania z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia. Należy przyjąć, iż kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jest przynajmniej kwotą minimalną, gwarantującą przejrzystość i jawność postępowania oraz służącą realizacji zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), znaną wykonawcom od momentu otwarcia ofert.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy trzeba podkreślić, iż cena oferty Odwołującego złożonej w zadaniu 1 (1 574 400,00 zł brutto) przekracza kwotę podaną przez Zamawiającego przed otwarciem ofert (1 438 165,00 zł). Jednocześnie zauważyć należy, iż Zamawiający prowadzi postępowanie, w którym przedmiot zamówienia podzielono na 25 części i dopuszczono składanie ofert częściowych, a w postępowaniu przewidziano

przeprowadzenie aukcji elektronicznej, tam gdzie było to możliwe. Ogólna kwota na wszystkie zadania podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert wynosiła 58 233 745,00 zł. Po przeprowadzonych aukcjach w zadaniach 2 do 25 uzyskano kwotę 56 069 192,97 zł.

Podawana przed otwarciem ofert kwota jest pewną wartością wyrażoną liczbowo w złotówkach. Odnosić należy wartość oferty brutto do podanej przez Zamawiającego kwoty przed otwarciem ofert. Decydujące znaczenie zatem będzie mieć kwota podana bezpośrednio przed otwarciem ofert i tylko do takiego aspektu należało odnieść się rozpatrując możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Czynność ustalania szacunkowej wartości zamówienia jest irrelewantna w odniesieniu do uregulowanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przesłanki unieważnienia postępowania. (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 sierpnia 2011 roku, sygn. akt KIO 1693/11).

Dostrzeżenia również wymaga zmiana brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dokonana nowelizacją ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Obecnie nie istnieje już dyferencja pojęciowa między art. 86 ust. 3 a art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, podkreślana przez orzecznictwo i sprowadzająca się do rozróżnienia sformułowań użytych w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy „zamawiający może przeznaczyć" i w art. 86 ust. 3 ustawy „zamawiający zamierza przeznaczyć" powodująca dopuszczalność zmniejszenia przez Zamawiającego przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia kwoty w okresie między datą otwarcia ofert, a datą unieważnienia postępowania. W obecnym brzmieniu ustawy ustawodawca posługuje się pojęciami tożsamymi, co potwierdza tezę, że przesłankę unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnosić należy do kwoty podanej przez Zamawiającego przed otwarciem ofert, na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający informując wykonawców o unieważnieniu postępowania w zadaniu 1 nie podał szczegółowego uzasadnienia swojej decyzji, ale w toku prowadzonej rozprawy podkreślił, że decyzja o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp podjęta została, ponieważ Oddział, dla którego prowadzone było postępowanie nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Na dowód powyższego Zamawiający przedłożył pismo datowane na 6 grudnia 2012 roku (a więc

sprzed daty o wyniku postępowania) z analizą planowanych dostaw materiałów na rok 2013 na rzecz Kopalni Pokój, z którego wynika, że Oddział przeznaczyć może na zadanie 1 i 6 na zakup materiałów 1 594 056,00 zł netto. W wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania oszczędności w zadaniu 6 po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej wyniosły 14 637,32 zł, co oznacza że w zakresie zadania 1 brakująca kwota w stosunku do złożonej oferty wynosi 136 235,00 brutto, a Oddział taką kwotą nie dysponuje. Złożone dokumenty

uznano za wiarygodne, Odwołujący ich autentyczności i prawidłowości poczynionych wyliczeń nie kwestionował.

Niewątpliwie, Zamawiający prowadząc przedmiotowe postępowania, w innych zadaniach dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych, których cena nie mieściła się w jego pierwotnym budżecie (np. zadanie nr 8). Zachowania takiego nie należy jednak traktować jako reguły. Nie ma obowiązku zwiększania kwoty przeznaczonej na sfinansowanie konkretnego zadania, tak aby obowiązkowo dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Możliwość zwiększenia budżetu warunkowana jest z pewnością wieloma czynnikami, a wykonawca nie ma prawnych możliwości domagać się zwiększenia budżetu, ponieważ takie zachowanie w pewnych przypadkach mogłoby narazić Zamawiającego na zarzuty niegospodarnego zarządzania środkami publicznymi. Z faktu wyboru w innych częściach zamówienia ofert, z ceną przekraczającą budżet Zamawiającego, nie sposób wnioskować o naruszeniu zasady równego traktowania. W związku z powyższym nie dopatrzono się naruszenia art. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 3 oraz w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jednakże w przedmiotowym postępowaniu rozważenia wymaga, czy zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i czy unieważnienia tego dokonano w sposób prawidłowy.

W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający wykazał, iż możliwość taka istnieje. Zamawiający przedstawił wiarygodne dowody potwierdzających, że jego sytuacja finansowa nie pozwala na zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zadania 1. Możliwe również, że skoro w pozostałych zadaniach złożono taką ilość ofert, że istniała możliwości przeprowadzenia aukcji elektronicznej, z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, podobna sytuacja miałaby wpływ na wynik postępowania w zadaniu 1. W przypadku, kiedy możliwe jest przeprowadzenie aukcji, możliwe jest uzyskanie cenowo korzystniejszych warunków realizacji zamówienia, a z powyższego nie można czynić zachowaniu Zamawiającego zarzutu nieprawidłowego prowadzenia postępowania. Celowi uzyskania ofert jako najbardziej korzystnych cenowo służy właśnie korzystanie z narzędzia, jakim jest aukcja elektroniczna. Warto podkreślić również, że Zamawiający nie dokonywał jakichkolwiek zmian co do kwoty w zadaniu 1 więc nie można mówić o celowym działaniu na niekorzyść wykonawcy. A zatem, uznać należało, że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W dopatrzono się także naruszenia art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ w ocenie składu orzekającego Izby dotyczy on czynności Zamawiającego dokonywanych na etapie szacowania wartości zamówienia wykonywanej przed wszczęciem postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego., nie dotyczy natomiast kwoty podanej przed otwarciem ofert przeznaczonej na finansowanie zamówienia.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący nie udowodnił tezy zaprezentowanej w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, zatem że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10

ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: