

Sygn. akt: KIO 1085/12

**WYROK**  
z dnia 11 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2012 r. przez **Power Engineering S.A., ul. Gdyńska, 62-004 Czerwonak** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Dystrybucja S.A., ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin, Oddział Warszawa, ul. Marsa 95, 04-470 Warszawa**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Power Engineering S.A., ul. Gdyńska, 62-004 Czerwonak** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Power Engineering S.A., ul. Gdyńska, 62-004 Czerwonak** tytułem wpisu od odwołania
  - 2.2 zasądza od wykonawcy **Power Engineering S.A., ul. Gdyńska, 62-004 Czerwonak** na rzecz **PGE Dystrybucja S.A., ul. Garbarska 21A, 20-340, Oddział Warszawa, ul. Marsa 95, 04-470 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Lublinie**.

**Przewodniczący: .....**

---

Sygn. akt: KIO 1085/12

**Uzasadnienie**

PGE Dystrybucja S. A. Oddział Warszawa (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę 2 transformatorów 40 MVA 115kV/16,5kV”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 marca 2012 r. pod nr 2011/S 46-076103.

W postępowaniu tym wykonawca Power Engineering S.A. z siedzibą w Czerwonaku (dalej: „Odwołujący”) w dniu 28 maja 2012 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w dniu 25 maja 2012 r. Odwołanie dotyczyło czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Informacja o dokonaniu tych czynności została przekazana Odwołującemu w dniu 18 maja 2012 r.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący w swoim odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;

- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania;
- 3) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez bezprawne uznanie jego oferty jako odrzuconej;
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez podstawy prawnej;
- 5) art. 5 Kc, art. 58 § 1 i 2 Kc w związku z art. 14 ustawy Pzp, poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście;
- 6) art. 22 w związku z art. 8 ust. 2 Konstytucji RP, które stanowią, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko drogą stawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

2

---

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert, co ma doprowadzić do unieważnienia czynności unieważniania postępowania, unieważnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, unieważnienia decyzji o uznaniu jego oferty jako odrzuconej i wyboru oferty Odwołującego i udzielenia mu niniejszego zamówienia.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał, że domniemanym powodem wykluczenia Odwołującego z postępowania jest nie załączenie do oferty oraz późniejsze nieuzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentu, który zdaniem Zamawiającego wynika z rozdziału V, podrozdział II ust. 2 pkt 2.1 SIWZ. Dokumentem tym jest certyfikat przydatności do stosowania w energetyce polskiej transformatorów energetycznych o mocy znamionowej 40 MVA, przekładni napięciowej 115/16,5 kV produkcji Power Engineering S.A. Odwołujący podkreślił, że w SIWZ z niniejszego postępowania dokument stanowiący podstawę decyzji Zamawiającego nie został określony w katalogu wymaganych dokumentów, co doprowadziło do zobowiązania Odwołującego do złożenia dokumentu, którego Zamawiający nie wymagał ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w SIWZ. Na marginesie Odwołujący także zaznaczył, że przywołany przez Zamawiającego dokument miał potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy wymogów Zamawiającego tymczasem jego rzekomy brak stał się podstawą do wykluczenia wykonawcy, a nie odrzucenia oferty.

W uzasadnieniu swojego interesu we wniesieniu odwołania Odwołujący podkreślił, że Zamawiający może zwiększyć ilość środków na sfinansowanie niniejszego zamówienia.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko w pełnym zakresie.

## II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający do akt sprawy w dniu 6 czerwca 2012 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że nie naruszył w postępowaniu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, bowiem wszyscy wykonawcy byli traktowani przez niego jednakowo z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i na każdym etapie postępowania mieli równy dostęp do informacji. Powołując się na orzecznictwo KIO podkreślił, że dla stwierdzenia naruszenia przywołanego przepisu nie wystarczy jedynie opisanie konkretnego działania, czynności, ale jest także niezbędne wykazanie niezgodności z prawem tego działania, a więc wskazanie przepisu, który został naruszony. Zarzut odwołania zaś nie precyzuje o jaką niezgodność chodzi.

Zamawiający przywołał przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz

3

---

forma, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), a konkretnie § 5 ust. 1 pkt 3 tego rozporządzenia, zgodnie z którym zamawiający może żądać w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w szczególności zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym. Przywołał także art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wskazujący na wezwanie wykonawcy do uzupełniania także przedmiotowych dokumentów. Mając na uwadze powyższe wezwał on Odwołującego do uzupełnienia dokumentów – jak podkreślił – o których to

mowa w rozdziale V podrozdział II ust. 2 pkt 2.1. SIWZ. Na skutek tego wezwania Odwołujący przedłożył mu dokumentację techniczno-ruchową i wzór treści tabliczki znamionowej. Wśród uzupełnionych dokumentów zabrakło natomiast certyfikatu potwierdzającego wykonanie badań typu za zgodność z normami, wydanego przez jednostkę badawczą posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji. Wskazał również, że z treści załączonego do uzupełnionych dokumentów pisma Zakładu Pomiarowo-Badawczego Energetyki Energopomiar-Elektryka Sp. z o.o. wynikało, że wydanie stosowanego certyfikatu dla Odwołującego powinno zakończyć się w dniu 31 maja 2012 r. Zamawiający podkreślił również, że Odwołujący w dniu 5 czerwca 2012 r. przesłał do niego skan certyfikatu EM-1T/60/12 wydanego w dniu 30 maja 2012 r. potwierdzającego, że transformatory energetyczne olejowe typu TORc 40000/110 o mocy znamionowej 40 MVA i napięciu znamionowym strony GN 115 kV wyprodukowane przez Odwołującego spełniają warunki stosownych norm oraz warunków technicznych i według opinii jednostki certyfikującej (Energopomiar-Elektryka) mogą być stosowane w energetyce polskiej. Według Zamawiającego uzupełniane przez wykonawcę oświadczenia i dokumenty muszą potwierdzać spełnianie warunków najpóźniej na dzień ustalony jako termin składania ofert. Zgodnie z postanowieniami SIWZ termin składania ofert został w niniejszym postępowaniu ustalony na dzień: 16 kwietnia 2012 r., tymczasem wystawiony certyfikat nosi datę 30 maja 2012 r., co – według Zamawiającego – prowadzi do wniosku, że uzupełniony przez Odwołującego certyfikat nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego. Powyższe uprawniało Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Podkreślił też, że mając na uwadze argumenty natury technicznej czynność odrzucenia oferty Odwołującego przedstawiającej produkt niespełniający podstawowych kryteriów jakościowo-technicznych należało uznać za zasadną.

Odnosząc się do argumentów związanych z unieważnieniem postępowania Zamawiający wskazał, że na otwarciu ofert podał kwotę na sfinansowanie zamówienia jaką określił i wynosiła ona 3 690 000 zł brutto, tymczasem dwie ofert złożone w postępowaniu (Polimex – Mostostal – 4 280 400 zł i Odwołującego – 3 862 200 zł) przekraczały tę kwotę. Wskazał, że nie ma on możliwości podwyższenia wskazanej kwoty i to do niego należy ocena,

4

---

czy dokonanie ewentualnych przeniesienie wydatków jest możliwe lub celowe, na potwierdzenie czego powołał się na orzecznictwo KIO.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu go z udziału z postępowania oraz unieważnieniu tego postępowania. Wskazane czynności Zamawiającego pozbawiły tego wykonawcy możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, narażając go tym samym na poniesienie wymiernej szkody.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający w SIWZ (rozdział V podrozdział II ust. 2 pkt 2.1 SIWZ) określił swoje wymagania dotyczące złożenia przez wykonawców wymaganych w postępowaniu oświadczeń lub dokumentów. Wskazał tam na wymóg dołączenia dokumentów przedmiotowych - potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymogom określonym przez Zamawiającego dla przedmiotu zamówienia. Wymagał tutaj przedłożenia dokumentacji transformatorów zawierającej m.in. dokumentację techniczno-

ruchowe (DTR), atesty i certyfikaty aparatów i urządzeń uwzględnionych w przedstawionej ofercie. Jednocześnie też w załączniku nr 2.1. do SIWZ pod tabelarycznym zastawieniem wymogów odnoszących się do oferowanego przedmiotu zamówienia, Zamawiający wskazał, że do tego oświadczenia wykonawca dołącza: atesty, certyfikaty i deklaracje zgodności na oferowane urządzenia, potwierdzające wykonanie badań typu zgodności z normami, wydanymi przez jednostkę badawczą posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji, wystawione przez upoważnione do wydania takich zaświadczeń instytucje,

5

---

dołączone w formie kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez uprawnione osoby.

Termin składania i otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływał z dniem 16 kwietnia 2012 r.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości: 3 690 000,00 zł brutto.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty – Odwołującego z ceną 3 862 200,00 zł brutto i Polimex – Mostostal z ceną 4 280 400,00 zł brutto.

W ofercie Odwołującego na str. 37-39 zamieszczone zostały certyfikaty (EM-1T/197/11, EM-1T/108/10 i EM-1T/81/11) dotyczące transformatorów energetycznych olejowych typu: TORc 16000/110, TORc 31500/110 i TORc 10000/110 o mocy znamionowej odpowiednio 16 MVA, 31,5/20/20 MVA i 10 MVA i napięciu znamionowym: GN 115 kV, wyprodukowane przez Odwołującego.

W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 24 kwietnia 2012 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełniania dokumentacji DTR, atestów, certyfikatów aparatów i urządzeń uwzględnionych w przedstawionej ofercie Odwołującego, a także wzoru treści tabliczki znamionowej w skali 1;1. Ponadto wskazał, że w ofercie Odwołującego znajdują się dokumenty - certyfikaty przydatności się do stosowania w polskiej energetyce transformatorów olejowych dla transformatorów o mocach: 16 MVA, 25 MVA, 10 MVA oraz 31,5/20/20 MVA, tymczasem przedmiotem postępowania jest dostawa transformatorów 40 MVA, w związku z tym wykonawca powinien był dołączyć certyfikat dla transformatora 40 MVA. W związku z powyższym Zamawiający wezwał do uzupełnienia przez Odwołującego :

- aktualnego certyfikatu przydatności do stosowania w polskiej energetyce wydanego dla oferowanego transformatora 40 MVA
- dokumentacji techniczno-ruchowej (DTR)m, atesty i certyfikaty aparatów i urządzeń uwzględnionych w ofercie; wzoru tabliczki znamionowej w skali 1;1. Zamawiający wyznaczył Odwołującemu czas do 27 kwietnia 2011 r.

Odwołujący, wykonując wskazane wezwanie przy piśmie z dnia 26 kwietnia 2012 r. przedłożył Zamawiającemu dokumentację techniczno-ruchową według dostarczonego Zamawiającemu transformatora 40 MVA oraz wzór tabliczki znamionowej. Jednocześnie też wykonawca ten wyjaśnił, że dostarczenie DTR wraz z atestami i certyfikatami urządzeń jakie zostaną zamontowane na bieżącej produkcji tego roku, jest niemożliwe. Podkreślił, że znaczna część z tych rzeczy zostanie dopiero zakupiona więc niemożliwe jest wykonanie DTR z atestami i certyfikatami dla przedmiotowych transformatorów. Dołączone zostało także pismo Energopomiar-Elektryka Sp. z o.o. z dnia 15 kwietnia 2012 r. dotyczące wydania dla Odwołującego certyfikatu przydatności do stosowania w energetyce polskiej

6

---

transformatorów energetycznych o mocy znamionowej 40 MVA, przekładni napięciowej 115/16,5 kV produkcji Odwołującego. Firma ta poinformowała Odwołującego, że proces kontrolny jakości produkowanych u Odwołującego transformatorów o wskazanej mocy znamionowej i przekładni napięciowej jest na ostatnim etapie. Podkreślił, że zakładając uzgodniony harmonogram prac, proces kontrolny oraz wydanie stosownego certyfikatu powinno zakończyć się w dniu 31 maja 2012 r.

Zamawiający pismem z dnia 31 maja 2012 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania, tj. o wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu nieuzupełnienia dokumentów, o które wykonawca ten został wezwany oraz - w związku z powyższym - o odrzuceniu jego oferty. Jednocześnie też Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, iż Zamawiający prawidłowo nie uwzględnił uzupełniania przez Odwołującego dokumentów przedmiotowych, i że prawidłowo unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba w pierwszej kolejności odniosła się do głównego zarzutu odwołania jakoby postanowienia SIWZ, jak również ogłoszenia o zamówieniu, nie wskazywały na żądanie przez Zamawiającego certyfikatów. W toku rozprawy Odwołujący wskazywał, że żądanie zamieszczone w rozdziale V podpunkt II pkt 2 ppkt 2.1 SIWZ nie zostało sprecyzowane przez Zamawiającego co do żądania konkretnego certyfikatu, zatem brak takiego dokumentu nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Izba nie mogła zgodzić się z takim stanowiskiem Odwołującego. Stosownie do wskazanych postanowień SIWZ do oferty należało dołączyć określone dokumenty przedmiotowe w tym certyfikaty aparatów i urządzeń uwzględnionych w przedstawionej ofercie. W załączniku nr 2.1 do SIWZ w pkt 5 Zamawiający wskazywał, że do oświadczenia określonego tym załącznikiem wykonawca dołącza atesty, certyfikaty i deklaracje zgodności na oferowane urządzenia potwierdzające wykonanie badań typu na zgodność z normami, wydanymi przez jednostkę badawczą posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji, wystawione przez upoważnione do wydawania takich świadectw instytucje. Oczywistym zatem było, że żądane przez Zamawiającego dokumenty, w tym certyfikaty, mają potwierdzać wykonanie badań odnoszących się do oferowanych w postępowaniu o zamówienie publiczne urządzeń, które to badania będą dotyczyły zgodności z normami. Odwołujący w taki też sposób zrozumiał sformułowany wymóg, dołączając do oferty certyfikaty przydatności do stosowania w polskiej

7

---

energetyce, które potwierdzały jakość urządzeń według określonej normy. Problem jednak zrodził się w tym, że przedłożone w ofercie certyfikaty dotyczyły innych niż będące przedmiotem zamówienia urządzeń (transformatory o innej mocy). Dlatego też słuszne było skierowanie w tym zakresie przez Zamawiającego do Odwołującego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia właściwych dokumentów. Bezspeczne jest także to, że certyfikaty odnoszące się do oferowanych w postępowaniu transformatorów w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów nie zostały przez Odwołującego złożone. Potwierdził to w sposób pośredni sam Odwołujący, załączając do odpowiedzi na wezwanie do uzupełniania dokumentów pismo z jednostki badawczej o będącej w toku procedurze kontroli jakości produkowanych przez Odwołującego urządzeń – transformatorów o mocy 40 MVA. Zresztą uzupełniony przez Odwołującego Zamawiającemu w dniu 5 czerwca 2012 r. certyfikat odnoszący się do oferowanego urządzenia realnie był możliwy do pozyskania. Uzupełnienie tego dokumentu po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego w wezwaniu nie może jednak skutkować przywróceniem Odwołującego do tego postępowania, ponieważ prowadziłoby to do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Ponadto uzupełniony Zamawiającemu z własnej inicjatywy wykonawcy dokument w toku postępowania odwoławczego, dodatkowo w sytuacji gdy nie potwierdza on, że oferowane urządzenia spełniały wymogi SIWZ na dzień składania ofert tylko po tym terminie (certyfikat wystawiony w dniu 31 maja 2012 a termin składania ofert w postępowaniu ustalony na dzień 16 kwietnia 2012 r.), nie może zostać przyjęty do oceny ofert jako prawidłowy dokument przedmiotowy.

Odwołujący zatem w wyniku tego wezwania nie przedłożył wymaganych certyfikatów stąd też jego oferta powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona jako niespełniająca wymogów merytorycznych SIWZ co do oferowanego przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Zamawiający tymczasem, biorąc pod uwagę treść informacji o wynikach postępowania, wykluczył wykonawcę z postępowania z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp) i z tego też powodu w konsekwencji odrzucił ofertę Odwołującego. Zgodzić tutaj należy się z Odwołującym, że Zamawiający w tym zakresie popełnił formalny błąd korzystając przy ocenie merytorycznej treści oferty (badania zgodności oferowanych urządzeń z wymogami dotyczącymi przeprowadzanych w odniesieniu do oferowanych urządzeń badań jakościowych) z przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania odnoszącej się do weryfikacji

podmiotowej wykonawcy (niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, które odnoszą się do wiarygodności ekonomicznej i finansowej, kadrowej, doświadczenia wykonawcy itd.). Wskazany błąd formalny (przywołanie innej podstawy prawnej czynności Zamawiającego) nie może jednak dyskwalifikować dokonania czynności Zamawiającego jako takiej prawidłowej. Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji (informacja o wynikach

8

postępowania) poinformował Odwołującego o faktycznych podstawach nie oceniania merytorycznie jego oferty i w efekcie jej odrzucenia. Powyższe dało Odwołującemu szansę na prawidłowe odczytanie woli Zamawiającego co do jego oferty i w efekcie na postawienie Zamawiającemu w tym zakresie zarzutów odwołania, które podlegały merytorycznej kontroli Izby. Tym samym - w ocenie Izby – nieprawidłowa kwalifikacja prawna dokonanej przez Zamawiającego czynności przy właściwych faktycznych podstawach jej dokonania nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Co najwyżej nieścisłość formalna w tym zakresie może skutkować uznaniem przez Izbę, że to formalne naruszenie przepisów ustawy Pzp – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – tj. na czynność unieważnienia postępowania przez Zamawiającego.

W drugiej kolejności Izba odniosła się do zarzutu nieuprawnionego unieważnienia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uznając ten zarzut za oczywiście bezzasadny. Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje na konieczność unieważnienia postępowania, jeśli 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 oceny najkorzystniejszej oferty. Podkreślić należy, że obydwie oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przekraczały możliwości finansowe Zamawiającego, tj. wysokość kwoty, którą Zamawiający podał na otwarciu ofert. Tym samym niezależnie od tego, czy oferta Odwołującego byłaby uznana za najkorzystniejszą, czy też nie, postępowanie podlegałoby unieważnieniu. Podwyższenie kwoty na finansowe zamówienia po otwarciu ofert jest prawem, a nie obowiązkiem Zamawiającego. Decyzja w tym zakresie należy do podmiotu Zamawiającego. Warto jednak podkreślić, że niezależnie od powyższego Odwołujący w żaden sposób nie wykazywał w odwołaniu ani w toku rozprawy na jakiegokolwiek możliwości podwyższenia tej kwoty po stronie Zamawiającego, twierdząc tylko głośno o istnieniu takiej możliwości. Z tych też względów zarzut okazał się bezzasadny.

Uwzględniając powyższe Izba nie stwierdziła naruszenia przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. stosowanie do wyniku postępowania, obciążając nimi Odwołującego.

9

Izba uwzględniła w ramach orzeczonych kosztów postępowania odwoławczego – stosownie do § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) – kwotę wpisu uiszczonego od odwołania oraz – stosownie do § 3 pkt 2 lit. b wskazanego rozporządzenia - wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, stosownie do rachunku złożonego do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....

10