

Sygn. akt: KIO 1554/12

WYROK

z dnia 2 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) ASEC S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) On Track Innovations Ltd., adres dla pełnomocnika: ul. Olszańska 5, 31-513 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu, ul. Matejki 59, 60-770 Poznań,**

przy udziale:

- wykonawcy **Bull Polska Sp. z o.o., ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Thales Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Thales Communications & Security S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) ASEC S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) On Track Innovations Ltd., adres dla pełnomocnika: ul. Olszańska 5, 31-513 Kraków** i:

- 2.1. 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) ASEC S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) On Track Innovations Ltd., adres dla pełnomocnika: ul. Olszańska 5, 31-513 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**
(1) ASEC S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) On Track Innovations Ltd., adres dla pełnomocnika: ul. Olszańska 5, 31-513 Kraków na rzecz Zarządu Transportu Miejskiego w Poznaniu, ul. Matejki 59, 60-770 Poznań kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawę, instalację oraz konfigurację systemu do obsługi Poznańskiej Elektronicznej Karty Aglomeracyjnej (PEKA)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 4 stycznia 2011 r., poz. 2012/S 1-001446. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu dialogu konkurencyjnego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 20 lipca 2012 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **ASEC S.A. (lider Konsorcjum) i On Track Innovations Ltd.** (dalej: Odwołujący, Konsorcjum) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na stwierdzeniu, że oferta Konsorcjum nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na stwierdzeniu, że niezgodność oferty Konsorcjum ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia polega na podaniu nierealnych i błędnych terminów realizacji poszczególnych etapów, w sytuacji, gdzie specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie narzucała wykonawcom terminów minimalnych wykonania zamówienia,
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, polegające na zaniechaniu unieważnienia postępowania pomimo, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,
- 4) art. 8 ust. 1 i art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegające na zaniechaniu stwierdzenia przez Zamawiającego nieskuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę Bull Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zakazu ujawniania załącznika 1 i załącznika 2 do oferty Bull Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz certyfikatów wymienionych w tabeli 2 pozycja 18 w rozdziale 4.1 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia załączonych przez Bull Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do oferty tego wykonawcy.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienia: Bull Polska Sp. z o.o. po stronie Zamawiającego, a wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Thales Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum) i Thales Communications & Security S.A. po stronie Odwoływającego.

Odwoływający uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W dniu 10 lipca 2012 r., Zamawiający zawiadomił Konsorcjum o dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Bull Polska sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych ze względu na podanie przez Konsorcjum „błędnych, nierealnych do wykonania terminów Umowy”, a ponadto wyjaśnienia ASEC odnośnie instalacji w pojazdach opierają się na błędnych założeniach. Odwoływający wskazywał, że opisując podstawy odrzucenia oferty, Zamawiający nie przytoczył odpowiednich postanowień SIWZ. Podawał, że ani SIWZ, ani żaden z załączników do SIWZ, nie określa minimalnego terminu do wykonania zamówienia, a w szczególności terminu minimalnego do wykonania instalacji urządzeń w pojazdach. Zgodnie z formularzem ofertowo - cenowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, wykonawca był zobowiązany do podania terminów wykonania poszczególnych etapów w dniach kalendarzowych liczonych od dnia zawarcia Umowy. Zgodnie z SIWZ, dla celów wyboru oferty najkorzystniejszej, termin wykonania każdego z etapów był oceniany oddzielnie, a Zamawiający nie wprowadził dodatkowego kryterium polegającego na terminie końcowego wykonania całego zamówienia.

Konsorcjum podnosiło również, iż Zamawiający w rzeczywistości nie dokonał obowiązku weryfikacji czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do informacji zawartych w ofercie Bull Polska jest skuteczne. Bull Polska zastrzegł, iż następujące informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa: treść załącznika nr 1 do oferty zawierającego ceny jednostkowe wyposażenia pojazdów, treść załącznika nr 2 do oferty zawierającego zestawienie sprzętu i oprogramowania i ceny jednostkowe brutto, oraz certyfikaty wymienione w punkcie 18 tabeli 2 w punkcie 4.1 SOPZ.

Ponadto Zamawiający postąpił w ocenie Odwoływającego sprzecznie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, która nakłada na niego obowiązek unieważnienia postępowania, w przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Ponieważ przed otwarciem ofert, Zamawiający podał do publicznej wiadomości, iż kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie Zamówienia to kwota 32.779.500 złotych brutto, a cena oferty Bull Polska, którą Zamawiający uznał za najkorzystniejszą to kwota

33.702.480,77 złotych brutto, cena najkorzystniejszej oferty przekroczyła kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w szczególności w świetle braku jakiegokolwiek informacji czy to w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty czy też w odrębnym zawiadomieniu, że Zamawiający zwiększył kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie Zamówienia, do ceny oferty Bull Polska.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Konsorcjum,
- 3) nakazanie Zamawiającemu stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia przez Bull Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zakazu ujawniania załącznika 1 i załącznika 2 do oferty Bull Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz certyfikatów wymienionych w tabeli 2 pozycja 18 w rozdziale 4.1 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia i odtajnienie takich załączników oraz certyfikatów,
- 4) w przypadku oddalenia odwołania w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 89 Ustawy, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Zamawiający złożył wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, wskazując, że odwołania nie podpisała osoba uprawniona, bowiem istnieje wada w ciągu pełnomocnictw upoważniających do podpisania odwołania. Izba w tym zakresie ustaliła, co następuje: uczestnik konsorcjum, On Track Innovations Ltd., udzielił pełnomocnictwa ASEC SA, w ramach utworzonego konsorcjum, do m.in. wnoszenia środków ochrony prawnej, z prawem udzielania dalszych pełnomocnictw. Pełnomocnictwo to nie budziło wątpliwości Zamawiającego, odmiennie, jak pełnomocnictwo dalsze – udzielone w dniu 8 czerwca 2012 r. przez ASEC SA, pani Agnieszce Stankiewicz. Zamawiający wskazywał, że z tego pełnomocnictwa wynika, że to ASEC SA we własnym imieniu, nie w imieniu konsorcjum udziela pełnomocnictwa, bowiem tylko jednokrotnie w treści pełnomocnictwa wskazano, że umocowuje ono do reprezentowania ASEC, jako lidera konsorcjum (oba pełnomocnictwa załączone do odwołania).

Izba stwierdziła w związku z treścią obu pełnomocnictw, że podlegają one wykładni, jak każde oświadczenie woli – nie ulegało wątpliwości, że ciąg pełnomocnictw zmierzał do umocowania osoby wnoszącej odwołanie; nie może stać na przeszkodzie takiej interpretacji okoliczność, że w pełnomocnictwie z dnia 8 czerwca br. udzielającym umocowania Pani Stankiewicz był ASEC SA, bowiem posiadał on nie budzące wątpliwości upoważnienie do działania w imieniu Konsorcjum. Izba nie dopatrzyła się obowiązku dodawania w takim wypadku po każdym użyciu nawy spółki informacji, że działa ona jako lider Konsorcjum, zupełnie wystarczające jest jednokrotne wskazanie tego faktu. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się podstaw do odrzucenia odwołania.

Zamawiający zgłosił opozycję wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego Konsorcjum Thales, wskazując na brak interesu zgłaszającego przystąpienie. Izba postanowiła oddalić opozycję, ponieważ zgłaszający przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Thales Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), Thales Communications & Security S.A. wskazywali, że upatrują korzyść w rozstrzygnięciu na korzyść Odwołującego zarzutów odnoszących się do unieważnienia postępowania – licząc na możliwość udziału w przyszłym postępowaniu i uzyskanie zamówienia. Izba stwierdziła, że tak wyrażony interes w rozstrzygnięciu na korzyść Odwołującego jest dość hipotetyczny, niemniej jednak przepis art. 185 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie dookreśla „interesu” w żaden sposób (w przeciwieństwie do ograniczonego interesu z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zawężonego do możliwości uzyskania danego zamówienia), zatem może to być jakikolwiek interes faktyczny, w tym potencjalna możliwość udziału w przyszłym postępowaniu. Wobec powyższego, Izba uznała, że obaj Przystępujący zgłosili przystąpienie w terminie, z powołaniem się na posiadanie interesu w rozstrzygnięciu na korzyść strony po której przystąpili (Bull Polska Sp. z o.o. podnosił, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a rozstrzygnięcie odwołania na korzyść Zamawiającego pozwoli utrzymać ten stan) i stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Odnosnie posiadania przez Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania, Izba stwierdziła co następuje: Odwołujący ma interes, w którym mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w podnoszeniu tylko jednego zarzutu – wobec odrzucenia własnej oferty. Legitymacja do wniesienia odwołania, opisana w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, dla możliwości skutecznego wnoszenia odwołania przewiduje bowiem konieczność równoczesnego zaistnienia dwóch elementów: interesu w uzyskaniu danego zamówienia i poniesienia szkody. Oba te elementy są oczywiste w zakresie podnoszenia zarzutów co do odrzucenia własnej oferty, jednak wątpliwe jest, czy istnieją – i to jednocześnie - przy podnoszeniu zarzutu wobec oferty Bull Sp. z o.o., droższej od oferty

Odwołującego i przy żądaniu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

Niemniej jednak Izba odniosła się do wszystkich zarzutów podnoszonych w odwołaniu.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Długość wykonania każdego z etapów była jednym z kryteriów oceny ofert z wagą 15% (strona 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej: SIWZ - i inne dokumenty wskazane w uzasadnieniu, w aktach sprawy, w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego).
 2. Etap trzeci był etapem końcowym – jego odbiór miał być podstawą do odbioru końcowego (m. in. § 8 ust. 4 wzoru umowy załączonego do SIWZ).
 3. Zgodnie z ofertą Odwołującego, etap 1 zostanie wykonany w 239 dni, etap 2 zostanie wykonany w 119 dni, a etap 3 zostanie wykonany w 179 dni (oferta Odwołującego, strona 7).
 4. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do terminów zaproponowanych w ofercie – Odwołujący wyjaśnił, że są to terminy realne, przyjmuje je za maksymalne i mogą ulegać skróceniu, i podał sposób osiągnięcia takich terminów, opisując m.in. procedurę instalacji w pojazdach.
 5. W dniu 10 lipca 2012 roku, Zamawiający zawiadomił Konsorcjum o dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Bull Polska sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej (informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 10 lipca 2012 r.). Wcześniej została przeprowadzona procedura wyjaśniająca odnośnie podstaw zastrzeżenia w ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa W dniu 18 czerwca 2012 r. Bull Sp. z o.o. udzielił wyjaśnień, wskazując na unikalność zaproponowanych rozwiązań i konieczność zachowania poufności w związku z zaoferowaniem rozwiązań specyficznych dla spółki.
- Kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie Zamówienia to kwota 32.779.500 złotych, a cena oferty Bull Polska Sp. z o.o. to kwota 33.702.480,77 złotych.
6. W tym samym piśmie, Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych ze względu na podanie przez

Konsorcjum „błędnych, nierealnych do wykonania terminów Umowy”, przy czym „problemem nie jest czas rozpoczęcia realizacji poszczególnych etapów ani dopuszczona przez Zamawiającego równoległość ich wykonywania (...), lecz niewykonalne czasy zakończenia etapów 2 i 3 zadeklarowane przez ASEC”. Ponadto Zamawiający podał, że „wyjaśnienia ASEC odnośnie instalacji w pojazdach opierają się na błędnych założeniach.”. W podstawach faktycznych odrzucenia Zamawiający nie powoływał się na konkretne postanowienia SIWZ, jednak wskazał, że SIWZ przewidywała określoną kolejność wykonywania trzech etapów realizacji zamówienia, a etap trzeci można zrealizować po wykonaniu wcześniejszych etapów

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, co następuje:

Odnosnie odrzucenia oferty Odwołującego, Izba stwierdziła, że Odwołujący trafnie wskazywał, iż opisując podstawy odrzucenia oferty, Zamawiający faktycznie nie przytoczył odpowiednich postanowień SIWZ. Niemniej jednak nie może to przesądzać o nieważności czynności odrzucenia oferty: Zamawiający zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, zobowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne; nie jest zobowiązany powoływać się na określone postanowienia SIWZ, chociaż jest oczywiste, że zwiększa to klarowność stanowiska Zamawiającego. W niniejszym postępowaniu Zamawiający podał podstawy faktyczne odrzucenia oferty w sposób opisowy, bez odwołania się do konkretnych postanowień SIWZ, co jednak nie odbiera czynności odrzucenia oferty waloru ważności.

Izba uznała, że Zamawiający słusznie postąpił odrzucając ofertę Odwołującego: o ile było bezsporne, że poszczególne trzy etapy realizacji zamówienia można w dużym stopniu realizować równolegle (co zgodnie Strony oświadczyły na rozprawie), to nie ulegało wątpliwości Izby, że etap trzeci przewidziano jako etap końcowy (skoro zgodnie z § 8 ust. 4 wzoru umowy jego odbiór był odbiorem końcowym przedmiotu umowy), tymczasem Odwołujący w ofercie przeznaczył na niego 179 dni od dnia zawarcia umowy, a na etap pierwszy – 239 dni od dnia zawarcia umowy, na etap drugi – 119 dni od dnia zawarcia umowy. Długość poszczególnych etapów podlegała ocenie, dlatego nie można zaakceptować stanowiska Odwołującego, że do oferty przyjął maksymalne długości, a w rzeczywistości przewiduje ich skrócenie – w taki sposób, że etap pierwszy i drugi zakończyłby się przed końcem etapu trzeciego. Skoro etap trzeci miał być etapem końcowym, a Odwołujący w ofercie, podając terminy realizacji poszczególnych etapów, przewidział jego realizację przed etapem pierwszym, to jego oferta była niezgodna z SIWZ.

Odnosnie sposobu montażu instalacji w pojazdach, Izba nie dopatryła się podstaw

odrzućenia oferty tkwiących w ofercie – Zamawiający podając podstawy odrzućenia oferty w tym zakresie powoływał się jedynie na wyjaśnienia Odwołującego, a nie na jego ofertę, wskazując, że oparł się na błędnych założeniach. Przy czym założenia opisywane przez Zamawiającego trudno było wywieść bezpośrednio z treści SIWZ, opierały się raczej na przeprowadzonej wizji lokalnej (nie przedstawiono żadnych dowodów na podjęte wówczas ustalenia, jasne i wiadome wszystkim wykonawcom). Nie miało to jednak wpływu na rozstrzygnięcie, bowiem już jedna potwierdzona przesłanka odrzućenia oferty (odnośnie niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ w zakresie terminu końcowego realizacji umowy) powoduje skuteczne odrzućenie oferty Odwołującego.

Odwołujący podnosił również, że Zamawiający w rzeczywistości nie dokonał obowiązku weryfikacji czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do informacji zawartych w ofercie Bull Polska Sp. z o.o. jest skuteczne. Izba ustaliła, że Zamawiający przeprowadził w tym zakresie procedurę weryfikacyjną, w konsekwencji uznając zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zatem zarzut był nietrafny.

Podnosząc zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, Odwołujący twierdził, że Zamawiający, sprzecznie z dyspozycją tego przepisu - która nakłada na niego obowiązek unieważnienia postępowania, w przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty – zaniechał unieważnienia postępowania. Przed otwarciem ofert, Zamawiający podał, że kwota, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to kwota 32.779.500 złotych; cena oferty Bull Polska, którą Zamawiający uznał za najkorzystniejszą to kwota 33.702.480,77 złotych.

Izba w niniejszym składzie całkowicie podziela pogląd wyrażony dotychczas w orzecznictwie, że wykonawcy nie mają uprawnień do badania na gruncie Prawa zamówień publicznych, możliwości finansowych Zamawiającego, który zdecydował się przeznaczyć na realizację zamówienia więcej środków, niż początkowo zamierzał. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych ogranicza możliwość unieważnienia postępowania w taki sposób, że Zamawiający nie ma podstaw unieważnienia postępowania, gdy kwota najkorzystniejszej oferty mieści się w puli środków, o której przed otwarciem ofert ogłosił, że zamierza ją przeznaczyć na realizację zamówienia. Możliwość zwiększenia tych środków zależy możliwości finansowych Zamawiającego, i wykonawcy na podstawie Prawa zamówień publicznych nie mogą twierdzić, że Zamawiający w rzeczywistości posiada więcej środków, niż zamierzał początkowo przeznaczyć, ani – jak w przypadku niniejszego odwołania – że

brak było podstaw do zwiększenia środków na realizację danego zamówienia w stosunku do środków początkowo zakładanych. Podobnie stwierdziła Izba w sprawie KIO 1645/11, „Zamawiający jest związany kwotą, którą zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp podał przed otwarciem ofert tylko niejako „od dołu”, tzn. nie może w celu uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp wskazać innej, niższej kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i tym samym zobowiązany jest udzielić zamówienia wykonawcy, który zaoferował cenę mieszczącą się w kwocie pierwotnie podanej. Może natomiast dowolnie, co najwyżej ograniczany przez odrębne przepisy dotyczące jego działalności, podnosić wskazaną przez siebie kwotę i nie unieważniać w takiej sytuacji postępowania. Zastrzeżenie poczynione w ww. przepisie: „chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty”, należy interpretować jak okres warunkowy odnoszący się nie do hipotetycznych możliwości finansowych zamawiającego, ale do jego decyzji w przedmiocie zwiększenia środków, które chce wydać na sfinansowanie zamówienia.”

W konsekwencji Izba nie stwierdziła wskazywanych przez Odwołującego naruszeń Prawa zamówień publicznych i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....