

Sygn. akt KIO/UZP 542/08

WYROK

z dnia 18 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

**Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo**

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ALAB Sp. z o.o., ALAB laboratoria Sp. z o.o., Warszawa, ul. Stępińska 22 / 30 lok. 222** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet im. A. Mickiewicza, Poznań, ul. Wieniawskiego 1** protestu z dnia 23 maja 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: ALAB Sp. z o.o., ALAB laboratoria Sp. z o.o., Warszawa, ul. Stępińska 22 / 30 lok. 222**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: ALAB Sp. z o.o., ALAB laboratoria Sp. z o.o., Warszawa, ul. Stępińska 22 / 30 lok. 222,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: ALAB Sp. z o.o., ALAB laboratoria Sp. z o.o., Warszawa, ul. Stępińska 22 / 30 lok. 222.**

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza, ul. H. Wieniawskiego 1 zwanego dalej "Zamawiającym" ukazało się w dniu 22.11.2007r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2007/S 225 – 274521.

Zamówienie udzielane jest w trybie przetargu nieograniczonego o nazwie dostawa i montaż mebli laboratoryjnych dla Wydziału Biologii, znak sprawy ZP3744/I/D/07.

W dniu 19 maja 2008r. pismem z dnia 08.05.2008r. Zamawiający zawiadomił oferentów o unieważnieniu postępowania na podstawie art.93 ust.1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. 2007r. Nr 223 poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp.

Zamawiający w piśmie podał, że cena najkorzystniejszej oferty wynosi 989.002,76 zł. brutto, w sytuacji gdy Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 965.000,00 zł. brutto.

Pismem z dnia 23.05.2008r. , doręczonym do Zamawiającego w dniu 26.05.2008r., Pełnomocnik Konsorcjum "ALAB" Sp. z o.o. z siedzibą 00 - 756 Warszawa zwany dalej "Odwołujący" działający w imieniu konsorcjum wykonawców : "ALAB" Sp. z o.o. z siedzibą 00 - 756 Warszawa oraz ALAB laboratoria Sp. z o.o. ul. Przasnyska 6 A, 01-756 Warszawa, wniósł protest żądając :

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert,
3. dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący składając protest zarzucił Zamawiającemu naruszenie art.7 ust.1 i art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu protestu powołał odwołujący następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Zarzucił brak podania w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania podstawy faktycznej czynności unieważnienia, ponieważ Zamawiający nie wykazał wydzielenia na przedmiotowe postępowanie środków celowych.

Zaznaczył, że Zamawiający określił dolną granicę kosztową w ogłoszeniu o zamówieniu na kwotę 790.983,00zł. netto.

Zamawiający planował wydać na realizację zamówienia wyższą kwotę niż podana w ogłoszeniu, na co wskazuje wybrany tryb i sposób postępowania – przetarg nieograniczony o wartości zamówienia powyżej 211.000 euro skoro ogłoszenie przekazał Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, zgodnie z art. 11 ust.7 ustawy Pzp. Bowiem na dzień ogłoszenia wymóg opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej dotyczył zamówień na dostawy na kwotę co najmniej 925.657,00 zł. netto, czyli 1.129.301,54 zł. brutto.

W związku z tym, że kwota oferty Odwołującego jest niższa od kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na zamówienie, dokonując miejsca publikacji ogłoszenia, unieważnienie postępowania jest bezpodstawne.

Odwołujący uważa, że skoro Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie wskazywał, iż środki na zamówienie są w jakikolwiek sposób wydzielone jako środki celowe lub pochodzą od innego podmiotu, to nie ma podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Przed otwarciem ofert i w druku ZP-1 podał Zamawiający kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Kwota ta jest równa szacunkowej wartości zamówienia opublikowanej w ogłoszeniu. W ocenie Odwołującego w piśmie o unieważnieniu postępowania Zamawiający podając kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na zamówienie, błędnie zinterpretował ją jako kwotę, którą może przeznaczyć na realizację zamówienia.

Odwołujący w proteście twierdzi, że Zamawiający prowadząc całościowo gospodarkę finansową, posiada środki niezbędne do zawarcia umowy z Odwołującym.

Potwierdzeniem na to, że Zamawiający posiada odpowiednie środki do zawarcia umowy z Odwołującym, jest wybór trybu i sposobu prowadzenia postępowania, a także zamiar udzielenia zamówienia uzupełniającego.

O bezpodstawności decyzji Zamawiającego świadczy także fakt, że już w SIWZ wskazał, że przeznaczył na realizację zamówienia więcej środków niż wskazał w ogłoszeniu o wszczęciu zamówienia, wskazując w pkt 4 SIWZ, że przewiduje zamówienie uzupełniające w wysokości 20% wartości przedmiotu zamówienia. Uwzględniając zamówienia uzupełniające, Odwołujący wylicza, że łączna kwota po dodaniu do wartości szacunkowej 20 % wyniesie kwotę netto 949.180,32 czyli brutto kwotę 1.157.999,99 zł co daje kwotę wyższą niż oferta Odwołującego.

Reasumując Odwołujący w proteście stwierdza, Zamawiający nie ma podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4, ponieważ z powyższych wywodów wynika, że przewidywał wydać na przedmiotowe zamówienie kwotę wyższą od ceny najkorzystniejszej oferty, którą złożył Odwołujący.

Zamawiający pismem z dnia 03.06.2008r., doręczonym w dniu 04.06.2008r. oddalił protest .

W uzasadnieniu podał następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Zamawiający wskazał, że na otwarciu ofert podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia określając ją na 965.000,00zł brutto.

Zamawiający w odczytanej na otwarciu ofert kwocie uwzględnił zamówienia uzupełniające w wysokości 20% zamówienia podstawowego.

Zamawiający uważa, że odczytana na otwarciu ofert kwota była zawyżona o 20% w stosunku do jego możliwości finansowych.

Zgodnie z art.32 ust.3 ustawy Pzp podając wartość szacunkową (790.983,00zł. netto)w ogłoszeniu o zamówieniu uwzględnił 20 % przewidywanych zamówień uzupełniających.

Co do podanej kwoty w ogłoszeniu o zamówieniu to wyjaśnia, że stosuje ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pomimo że podana w nim kwota szacunkowa, jest niższa od wymogu publikacji w tymże Dzienniku, ponieważ zamówienia na meble laboratoryjne traktuje Zamawiający w ciągu roku łącznie, ale w osobnych przetargach. Natomiast łączna kwota planowana na meble laboratoryjne przekracza rocznie kwotę 211.000 Euro, od której istnieje obowiązek publikacji w Dzienniku Wspólnot pomimo, że poszczególne zamówienia nie przekraczają kwoty 211 tys. EURO.

Dlatego nieuzasadnione w ocenie Zamawiającego, jest twierdzenie Odwołującego wskazujące na to, że Zamawiający zamierza przeznaczyć kwotę sięgającą tzw. progu unijnego to jest co najmniej 1.129.301,54 zł.

Dalej Zamawiający wyjaśnia, że w przedmiotowym postępowaniu nie może przeznaczyć więcej środków niż zamierzał, przywołując szereg orzeczeń zespołów arbitrów przy Prezesie UZP, wskazujących na suwerenność decyzji Zamawiających w tym zakresie.

Co do udzielenia zamówienia uzupełniającego to Zamawiający wskazuje na jego fakultatywność i konieczność zawarcia odrębnej umowy.

Z powyższych względów Zamawiający nie uwzględnił odwołania.

Pismem z dnia 09.06.2008r. Odwołujący wniósł odwołanie wnosząc i wywodząc jak w proteście.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego zawartego w rozstrzygnięciu protestu stwierdził co następuje.

Ponownie jak w proteście zarzucił brak wykazania podstawy faktycznej do unieważnienia postępowania z powodu braku środków jako, że nie wykazano, iż środki na zamówienie zostały w jednoznaczny sposób wydzielone w środkach finansowych Zamawiającego.

Zarzucił także, że Zamawiający podał nieprawdę twierząc, iż ogłaszając kwotę na otwarciu ofert podał środki jakie zamierza przeznaczyć również na zamówienie uzupełniające, ponieważ rozszerzenie zamówienia jest czynnością przyszłą i niepewną oraz realizowaną na podstawie odrębnej umowy. Odwołujący z czynności dokonanych przez Zamawiającego wyciąga wniosek, że Zamawiający przeznaczył kwotę, która umożliwia zawarcie umowy z jego firmą.

Ważnym elementem do rozstrzygnięcia oceny postępowania Zamawiającego jest forma dokonanego ogłoszenia o zamówieniu i fakt, że oferta Odwołującego mieści się w kwocie 211.000 euro.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Przedmiotem rozstrzygnięcia jest zasadność unieważnienia postępowania przez Zamawiającego z powodu braku środków na realizację zamówienia, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z brzmieniem tegoż przepisu Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący kwestionuje decyzję Zamawiającego, ponieważ ogłoszenie o zamówieniu ukazało się nie w Biuletynie Zamówień Publicznych tylko w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej co dla Odwołującego oznacza, że Zamawiający przewidział w związku z tym stosowne środki na realizację zamówienia to jest na poziomie co najmniej tzw. progów unijnych.

Bowiem zgodnie z art.11 ust.1 ustawy Pzp "Ogłoszenia, o których mowa w ustawie :

1. zamieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych udostępnianych na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej "Urzędem";
2. publikuje się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jeżeli są przekazywane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich."

Z kolei zgodnie z ust. 8 tegoż artykułu "Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia kwoty wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, mając na względzie obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa Unii Europejskiej."

Z uwagi na okoliczność, że ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w dniu 22.11.2007r. obowiązywało Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. z 2006r. Nr 87, poz. 604 ze zm. Dz. U. 2007r. Nr 36, poz. 228). Obowiązujące w tym zakresie aktualne Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007r. opublikowane w Dz. U. 2007r. Nr 241 poz. 1762 obowiązuje zgodnie z brzmieniem jego § 5 od dnia 1 stycznia 2008r.

W dacie przekazywania ogłoszenia o zamówieniu do publikacji, obowiązywało Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r., które przewidywało obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń dotyczących zamówień, jeżeli wartość zamówień udzielanych przez zamawiających z grupy uczelni publicznych dla dostaw wynosiło 211.000,00 euro (§ 1 pkt 2 lit.a w związku z pkt 1 tegoż paragrafu).

Zamawiającemu nadano jako Uniwersytetowi Poznańskiemu nazwę "Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu" uchwałą Rady Ministrów po zasięgnięciu opinii Rady Głównej Szkolnictwa Wyższego uchwałą z 1955r.12.31 (M.P. 1956 r. Nr 1 poz.1) na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 1951 r. o szkolnictwie wyższym i o pracownikach nauki (Dz. U. 1952 r. Nr 6 poz. 38). W myśl ustawy z dnia 12 września 1990 r. o szkolnictwie wyższym (Dz.U.1990r. Nr 65 poz.385) szkoły wyższe posiadają osobowość prawną. Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r .Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz.U.2005r. Nr 164 poz. 1365 z późn. zm.) określa, iż uczelnią publiczną jest uczelnia utworzona przez państwo reprezentowane przez właściwy organ władzy lub administracji publicznej (art.2 ust.1 pkt 2 ustawy). Powyższe ustalenia kwalifikują Zamawiającego do kategorii zamawiających p.n. uczelnie publiczne.

Zgodnie z opisem zamówienia zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż mebli laboratoryjnych dla Wydziału Biologii przy ul. Umultowskiej 89 w Poznaniu.

W dacie ogłoszenia o zamówieniu (22.11.2007r.) obowiązywało Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 maja 2006r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczenia wartości zamówień publicznych (Dz.U. z 2006r. Nr 87, poz. 610) zgodnie z którym średni kurs wynosi 4,3870 . Bowiem aktualnie obowiązujące w tym zakresie Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.12.2007r. (Dz.U. 2007r. Nr 241, poz. 1763) obowiązuje w myśl jego § 4 od dnia 1 stycznia 2008r.

W myśl art.32 ust 1 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Przy czym należy wskazać, że w art.11 ust.8 ustawy Pzp używa się również określenia " wartość zamówienia".

Na podstawie powyżej dokonanych ustaleń faktycznych i prawnych należy stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu opublikowanie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dotyczy zamówienia na dostawy od kwoty 211.000,00 euro to jest 925.657,00 zł. włącznie. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji II Przedmiot zamówienia II.2 Wielkość lub zakres zamówienia podał : szacunkowa wartość zamówienia bez VAT : 790.983 PLN (zł). Bezspornym jest, że kwota podana w ogłoszeniu o zamówieniu jest niższa od kwoty, od której powstaje obowiązek zamawiających publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Z kolei Zamawiający na otwarciu ofert podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia określając ją na 965.000,00zł brutto. Zgodnie z brzmieniem art. 86 ust.3 ustawy Pzp. bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Z cytowanego powyżej art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. wynika, że zamawiający unieważnia postępowanie , jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zgodnie z poglądem doktryny, przedstawionym w komentarzu do Prawa zamówień publicznych, wydanym pod redakcją Tomasza Czajkowskiego wydanie trzecie Urząd Zamówień Publicznych Warszawa 2007r., regulacja zawarta w art. 86 ust.3... “ Jest to rozwiązanie o istotnych skutkach natury prawnej, na co wskazuje wykładnia funkcjonalna tego przepisu. Podkreślając zwiększenie jawności oraz uniemożliwienie zamawiającym arbitralnego unieważnienia postępowania na podstawie art.93 ust.1 pkt 4 ustawodawca przesądził, że zamawiający nie mogą unieważniać postępowania z powołaniem na to, iż cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą mogą przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Chociaż posłużono się tu zwrotem “kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć”, a w art.93 ust.1 pkt 4 występuje zwrot “ kwota, którą zamawiający może przeznaczyć” należy przyjąć, że chodzi o tę samą kwotę. Pogląd ten może budzić wątpliwości, bowiem zwroty “zamierza przeznaczyć” i “może przeznaczyć” nie są znaczeniowo tożsame. Bliższy intencjom ustawodawcy wydaje się zwrot ”może przeznaczyć” pozwalający na jednoznaczną interpretację. De lege ferenda należałoby przyjąć, że zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podaje konkretną kwotę, która jest kwotą wiążącą w postępowaniu o przedmiotowe zamówienie, bez możliwości jej zmiany. Niemniej w orzecznictwie arbitrażowym utrwalił się pogląd, iż w toku postępowania może się okazać, że zamawiający będzie w stanie przeznaczyć na realizację zamówienia wyższą kwotę od podanej przed otwarciem ofert, wobec czego podaną kwotę należy uznać za kwotę minimalną, a nie maksymalną.” str. 296 pkt 5 komentarza. W dalszej części tegoż komentarza..... “ Przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 4 zachodzi wówczas, gdy cena

najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę“ którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” Z przesłanką tą wiąże się szeroko pojęte zagadnienie finansowania zamówień publicznych. Obowiązki w tym względzie obciążają zamawiającego. Z punktu widzenia wykonawcy istotny jest przepis art.86 ust.3, wprowadzony dopiero w Pzp. którym nałożono na zamawiającego obowiązek podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.” str 321 pkt 5 komentarza. Z kolei inny komentator Jerzy Pieróg komentarz wydawnictwo Beck, 8 wydanie Warszawa 2007 stwierdza” Przepis art. 93 ust 1 pkt 4 nakazuje zamawiającemu unieważnić postępowanie w przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nie musi być to taka sama kwota, jak ustalona podczas przygotowania postępowania wartość zamówienia. Co ważniejsze jednak, nie musi to być też taka sama kwota , jak podana bezpośrednio przed otwarciem ofert kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zasadą wynikającą z tych zapisów jest to, że zamawiający nie może unieważnić postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 , jeżeli cena najkorzystniejszej oferty jest niższa niż kwota podana podczas otwarcia ofert. Natomiast jeżeli jest wyższa, zamawiający może unieważnić postępowanie, albo postarać się o zwiększenie tej kwoty do wysokości umożliwiającej sfinansowanie zamówienia (...). Dopiero w sytuacji, gdy dokonanie takich przeniesień nie jest możliwe lub celowe, a kwota którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 (opinia Nr 23 www.uzp.gov.pl)” - str. 315 -316 pkt 5 komentarza.

Obaj komentatorzy przyznają, że decydującym argumentem za obligatoryjnością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, jest kwota wynikająca z chwili otwarcia ofert. Chociaż komentarz UZP nie akceptuje rozbieżności pojęć z art. 86 ust. 3 (kwota jaką zamierza przeznaczyć) i art. 93 ust. 1 pkt 4 (kwota jaką może przeznaczyć) to przychyliła się do orzecznictwa zespołów arbitrów, które sanuje prawo zamawiającego do zwiększenia kwoty podanej na otwarciu ofert. Natomiast obaj komentatorzy honorują prawo zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie kwoty podanej na otwarciu ofert. Wręcz stwierdza się, że prawo roszczenia wykonawcy do pozytywnego zakończenia postępowania zatrzymuje się na kwocie podanej na otwarciu ofert przez zamawiającego. Decyzja zamawiającego o zwiększeniu środków jest decyzją suwerenną i wykonawcy w tym zakresie nie przysługuje żaden prawnie skuteczny środek. Regulacja ustawowa jest tak skonstruowana, że zamawiający nie znając oferowanych kwot, określa przed otwarciem ofert jakimi środkami dysponuje.

Natomiast z żadnej regulacji prawnej nie wynika, że wykonawca z okoliczności zamieszczenia ogłoszenia czy to w Biuletynie Zamówień Publicznych, czy to w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ma skuteczne prawo żądania przeznaczenia przez Zamawiającego ściśle określonych środków zgodnie z dyspozycją kwot wynikających z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów wydanego na podstawie upoważnienia z art. 11. ust.8 ustawy Pzp. Wyjaśnienia Zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu wskazują na to, że zamieszczenie ogłoszenia w dzienniku Wspólnoty Europejskiej wynika z faktu, iż przedmiotowe postępowanie jest częścią zamówienia na dostawę mebli laboratoryjnych dla Zamawiającego realizowaną odrębnymi przetargami, a ich łączna wartość przekracza progi unijne to jest w tym przypadku 211 .000 euro. Wyjaśnienia zamawiającego znajdują uzasadnienie w treści art. 32 ust.3 ustawy Pzp zgodnie z którym “ 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.” W tym stanie rzeczy uwzględniając wyjaśnienia Zamawiającego należy uznać za zasadne opublikowanie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pomimo podania w ogłoszeniu kwoty 790.983 PLN (netto) w sytuacji gdy próg dla dostaw dla uczelni publicznych ustalony został na poziomie 925.657,00 zł. netto (wartość zamówienia). Nawet gdyby łączna wartość zamówienia nie osiągnęła pułapu progów unijnych to i tak zgodnie z art. 12 ust. 5 ustawy Pzp “Zamawiający może przekazać Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie, którego publikacja ze względu na wartość zamówienia lub konkursu nie jest obowiązkowa.”

Skład orzekający Izby nie kwestionuje prawa Odwołującego do wykazania, że Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia wyższą kwotę niż kwota podana przez Zamawiającego na otwarciu ofert. Niemniej w toku przeprowadzonego postępowania odwoławczego Odwołujący takiej okoliczności nie wykazał. Zgodnie z art. 6 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp. ten kto wywodzi skutki prawne ze swego twierdzenia powinien okoliczności potwierdzające jego twierdzenia wykazać.

Z przedstawionych na rozprawie dokumentów przez Odwołującego, przyjętych w poczet dowodów to jest :

1. Uchwała nr 14/2005r. Senatu Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu z dnia 19 grudnia 2005r. w sprawie przeznaczenia środków własnych UAM na inwestycje w roku 2005,

2. rachunek zysków i strat Zamawiającego za okres od dnia 01.01.2007 do 31.12.2007r. i za okres od dnia 01.01.2006 do 31.12.2006
3. sprawozdanie F- 01/s Zamawiającego za rok 2006 i za rok 2007r.
4. bilans Zamawiającego na dzień 31.12.2007r.,

nie wynika, że Zamawiający może przeznaczyć kwotę na zamówienie wyższą niż podał przed otwarciem ofert. Również obecny na rozprawie Prodziekan Wydziału Biologii oświadczył, że nie może przeznaczyć więcej środków niż podano przed otwarciem ofert, a wskazywane na rozprawie przez Odwołującego kwoty są kwotami ogólnymi jakimi dysponuje Zamawiający na pokrycie całej działalności statutowej, której co najwyżej jednym z elementów jest przedmiotowe zamówienie. Na potwierdzenie kwoty jaką może przeznaczyć Zamawiający na realizację zamówienia wskazał znajdujący się w dokumentacji przetargowej wniosek o udzielenie zamówienia ZP/3744/D/07 pn. dostawa i montaż mebli laboratoryjnych dla Wydziału Biologii UAM zatwierdzony w dniu 24.08.2007r. przez Rektora Zamawiającego. Zgodnie z zatwierdzonym wnioskiem szacunkową wartość zamówienia określono na kwotę 965.000,00zł. brutto z odrębną adnotacją Dziekana Wydziału Biologii, że powyższa kwota zawiera 20 % na zamówienia dodatkowe (uzupełniające).

Natomiast oceniając całość sprawy nie można zgodzić się z poglądem Odwołującego, że Zamawiający nie wykazał podstawy faktycznej do unieważnienia postępowania z powodu braku środków skoro nie wykazał, że środki na zamówienie zostały w jednoznaczny sposób wydzielone w środkach finansowych Zamawiającego i nie mogą być zmienione. Bowiem w ocenie składu orzekającego Izby, twierdzenie Odwołującego, że skoro Zamawiający nie wykazał, iż środki zostały w jednoznaczny sposób wydzielone, to Zamawiający jako podmiot otrzymujący dotacje od Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego na działalność statutową oraz jako podmiot wykazujący zysk, może przeznaczyć większą kwotę niż kwota ogłoszona przed otwarciem ofert, nie znajduje uzasadnienia w zgromadzonym materiale dowodowym sprawy i w obowiązujących przepisach prawa.

W ocenie składu orzekającego Izby wystarczającą przesłanką do unieważnienia postępowania na podstawie art.93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp jest fakt, że cena najkorzystniejszej oferty jest wyższa od kwoty podanej przez Zamawiającego przed otwarciem ofert, a co w przedmiotowej sprawie jest bezsporne.

Również w ocenie składu orzekającego Izby zbyt daleko idącym wnioskowaniem Odwołującego jest rozstrzygnięcie przez Izbę o żądaniach w sprawie unieważnienia decyzji o unieważnieniu postępowania, na podstawie miejsca publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

Reasumując Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 7 ust.1 i 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, przy podjęciu decyzji przez Zamawiającego o unieważnieniu postępowania. W związku z tym odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art.191 ust.6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*