

**WYROK**

**z dnia 20 maja 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Marta Słoma  
Marcin Jakóbczyk**

po rozpatrzeniu na posiedzenie i rozprawie w dniach 8 maja 2019 r. oraz 16 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Bibliotekę Śląską z siedzibą w Katowicach**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.
  - 3.1. zasądza od wykonawcy **Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego – **Biblioteki Śląskiej w Katowicach** kwotę **4068 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) tytułem zwrotu poniesionych uzasadnionych kosztów postępowania, na które składają

się: 3 600 zł - wynagrodzenie pełnomocnika, 417 zł – koszty dojazdu na posiedzenie i 51 zł – koszty opłat skarbowych.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Biblioteka Śląska z siedzibą w Katowicach Pl. Rady Europy 1, 40-021 Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa i wdrożenie infrastruktury serwerowej i stanowiskowej do długoterminowego zachowania i prezentacji zdigitalizowanych zbiorów piśmiennictwa i obiektów 3D Biblioteki Śląskiej w Katowicach realizowana w ramach projektu pn.: „Śląskie Digitalium. Digitalizacja i udostępnianie zasobów instytucji kultury województwa śląskiego” (znak postępowania: DDB.201.11.2018). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 9 listopada 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S 216-493478.

Odwołujący: Integrated Solution Sp. z o. o. , ul. Marcina Kasprzaka 18/20 01-211 Warszawa wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 (w odniesieniu do zadania 1 i 2) - przez unieważnienie postępowania ze względu na to, że cena oferty najkorzystniejszej lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, pomimo, iż Zamawiający może zwiększyć kwotę do ceny oferty najkorzystniejszej z uwagi na to, że ma zagwarantowane środki na wykonanie przedmiotowego zamówienia w ramach finansowania projektu, dla realizacji którego niezbędne jest wykonanie przedmiotowego zamówienia, a wysokość zagwarantowanych środków przewyższa cenę oferty najkorzystniejszej,
- 2) art. 7 ust. 1 oraz art. 93 ust. 3 przez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podnosząc wskazane zarzuty Odwołujący żąda nakazania Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania wskazał, co następuje.

Zamawiający dnia 12 kwietnia 2019 r., poinformował o unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie obu części.

W zakresie uzasadnienia prawnego ograniczył się do przytoczenia treści art. 93 ust. 4 ustawy pzp. Uzasadnienie faktyczne sprowadziło się do przytoczenia, podanych na

czynnościach otwarcia ofert, kwot jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia dla poszczególnych części zamówienia, odpowiednio:

zadanie 1 - 13.843.774,92 zł brutto i

zadanie 2 - 498.076,20 zł brutto,

cen oferty dla poszczególnych części zamówienia,

odpowiednio: dla zadania 1 - 16.098.366,35 zł brutto i zadania 2 - 613.104,97 zł netto (kwota jaką faktycznie musi dysponować Zamawiający 754.119,11 zł, a następnie stwierdzeniu, że ceny znacząco przewyższają możliwości finansowe Zamawiającego i Zamawiający nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia.

1. W orzecznictwie i doktrynie zamówień publicznych, często podkreśla się, że zwiększenie kwoty na sfinansowanie zamówienia jest uprawnieniem zamawiającego, a nie jego obowiązkiem, a w związku z tym unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp nie musi być uzależnione od spełnienia szczególnych obowiązków przez Zamawiającego. To zamawiający ponosi odpowiedzialność za gospodarowanie środkami publicznymi w sposób celowy i oszczędny i skoro wg jego oceny nie ma obecnie możliwości zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia, to nie można mu robić z tego powodu wyrzutów.

Jednakże, co szczególnie istotne w przedmiotowej sprawie, aprobując dość szerokie prawo Zamawiającego co do decyzji o kwocie jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podkreśla się również, że prawo to nie jest niczym nieograniczone. Nie mogą podlegać ochronie przypadki, w których zamawiający wykorzystuje obowiązek podania kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i swoje uprawnienie do unieważnienia postępowania, kiedy oferta najkorzystniejsza lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, do zamierzeń sprzecznych z celami tych unormowań ustawowych, w szczególności by w sposób nieuprawniony, wbrew zasadom konkurencji i przejrzystości sterować wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Chodzi tu o przypadki celowego zaniżenia przez Zamawiającego kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i podania jej w sposób nierzetelny, aby potencjalnie móc arbitralnie unieważnić postępowania, choć posiada na realizację danego zadania specjalnie wyznaczone środki. Jak wskazała KIO w wyroku z 22 stycznia 2019 r.: „W ramach zaskarżenia unieważnienia postępowania z art. 93 ust 1 pkt 4 pzp podstawą nakazania przez Izbę unieważnienia czynności unieważnienia postępowania mogłoby być raczej ustalenie, że zamawiający celowo zaniżył i w sposób nierzetelny czy wręcz kłamliwy podał kwotę, o której mowa w art. 86 ust 3 pzp, aby potencjalnie móc arbitralnie unieważnić postępowanie, choć posiada na realizację danego zadania specjalnie wyznaczone środki.”

O ile orzecznictwo Izby pozostawia dyskrejonalnej władzy Zamawiającego kwestię decyzji o nie zwiększaniu kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i o unieważnieniu postępowania, o tyle okoliczności decyzji zamawiającego wskazują na to, iż decyzja ta pozostaje w relacji wyłącznie z wiedzą zamawiającego odnośnie swoich możliwości płatniczych. Jeżeli zatem można wskazać na obiektywne okoliczności, które wskazują, iż Zamawiający dysponuje określoną kwotą specjalnie przeznaczoną na realizację zamówienia („posiada na realizację zamówienia specjalnie wyznaczone środki”), to trzeba przyjąć, że działania polegające na nierzetelnym zaniżaniu kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, nie zwiększaniu jej i unieważnieniu postępowania mają inny cel niż ochrona możliwości płatniczych Zamawiającego. W szczególności mogą służyć wypaczeniu wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego gdy zamawiający z jakichś względów nie akceptuje tego wyniku, co należy ocenić jako sprzeczne z zasadą konkurencji i przejrzystości.

W ocenie Odwołującego, w przedmiotowej Zamawiający wykorzystuje swój obowiązek z art. 86 ust. 3 i prawo z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w sposób sprzeczny z ratio legis tych unormowań. Okoliczności wskazują bowiem, że nie chodzi o możliwości płatnicze Zamawiającego, tylko o doprowadzenie do skutku unieważnienia postępowania z powodu braku akceptacji jego wyników. Narusza to zasadę przejrzystości postępowania i zachowania konkurencji w postępowaniu.

Odnosząc się do okoliczności towarzyszących decyzji Zamawiającego podnieść należy, że zamówienia Zamawiający zamierzał udzielić w celu realizacji projektu „Śląskie Digitalium. Digitalizacja i udostępnianie zasobów instytucji kultury województwa śląskiego” dofinansowanego ze środków finansowych Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014-2020. Zamawiający uczestniczył w procedurze wyboru projektów do dofinansowania, zgodnie z przepisami ustawy z 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz. U. z 2018 r., poz. 1431), w szczególności złożył wniosek o dofinansowanie, a następnie w wyniku wyboru projektu do dofinansowania, podpisał umowę o dofinansowanie.

Jak wynika z wniosku o dofinansowanie, który jest integralną częścią umowy o dofinansowanie, przedmiot zamówienia obu części wpisuje się w wydatki dla Zadania 2 - Zakup sprzętu i oprogramowania do digitalizacji, archiwizacji i udostępniania zbiorów bibliotecznych. Przyporządkowanie elementów przedmiotu zamówienia do elementów Zadania 2 i przewidzianych we wniosku o dofinansowanie wydatków na realizację tego zadania obrazuje zestawienie tabelaryczne.

Wniosek o dofinansowanie, Zadanie 2 - Zakup sprzętu i oprogramowania do digitalizacji, archiwizacji i udostępniania zbiorów bibliotecznych Kwota brutto zł

Opis przedmiotu zamówienia

Lp. 1. Serwerownia główna (PRE1): System wysokiej dostępności (24 serwerów wirtualnych pracujących w klastrze HA utworzonych z 12 serwerów fizycznych), System baz danych NoSQL dla agregatora (6 serwerów fizycznych), Macierz 1 (macierz centralna, blokowa, klaster NAS), Macierz 2 (macierz obiektowa dla archiwum) o pojemności 2,2PB, Switche SAN FC 48 port (16Gbps) - 2 szt., Switche LAN 48 port IGbit/s - 3 szt., Switche LAN 48 port IOGbit/s - 4 szt., System ochrony sieci UTM dla prezentacji danych i agregatora - 2 szt., Szafa dystrybucyjna 19" z modułami PDU - 2 szt., Rozbudowa systemu do wykonywania kopii zapasowych wraz z zasobem dyskowym (150TB) dla serwisów produkcyjnych, Centralny zasilacz awaryjny UPS typu 1 (50kVA), Instalacja i konfiguracja Części 1 od 1 do 11 w tym porządkowanie instalacji sygnałowej w każdej szafie rack w serwerowni głównej.

Kwota brutto 11.245.056,60

Opis przedmiotu zamówienia: Szafa dystrybucyjna 19" z modułami PDU - ilość 4 szt. (Zadanie 1)

Serwer fizyczny systemu wysokiej dostępności - ilość 12 szt. (Zadanie 1)

Serwer fizyczny systemu baz danych NoSQL - ilość 6 szt. (Zadanie 1)

Stanowisko dostępu i zarządzania systemem wysokiej dostępności - ilość 1 szt. (Zadanie 1)

Macierz 1 - centralna macierz dyskowa - ilość 1 szt. (Zadanie 1)

Macierz 2 i Macierz 3 (archiwum obiektowe) - obiektowy system składowania danych - ilość 1 szt. (Zadanie 1)

Instalacja i konfiguracja - ilość 1 szt. (Zadanie 1)

Switche LAN 48 port IOGbit/s - ilość 3 szt. (Zadanie 1)

Switche LAN 48 port 10/40 Gbit/s - ilość 6 szt. (Zadanie 1)

Switche FC 48 port 16 Gbps - ilość 2 szt. (Zadanie 1)

System ochrony sieci UTM w klastrze - ilość 1 szt (Zadanie 1)

System do wykonywania kopii zapasowych - serwer backupu - ilość 2 szt. (Zadanie 1)

UPS typ 1 - ilość 1 szt. (Zadanie 1)

Lp. 2. Oprogramowanie do wirtualizacji zasobów systemu wysokiej dostępności, Oprogramowanie do zarządzania komputerami - na 96 stanowisk, System monitorowania parametrów serwerowni i pomieszczenia UPS (temperatura, wilgotność, najlepiej współpraca z oprogramowaniem do zarządzania komputerami) -2 szt. 322.161,00 Oprogramowanie do wirtualizacji 12 serwerów fizycznych -1 szt. (Zadanie 1) Oprogramowanie do zarządzania komputerami - ilość 96 szt. (96 licencji na urządzenia aktywne) (Zadanie 1) Stanowisko dostępu i zarządzania systemem wysokiej dostępności - ilość 1 szt. (Zadanie 1)

Lp. 3. Szkolenia certyfikowane z oprogramowania 61.500,00 Szkolenia - ilość 1 szt. (Zadanie 1)

Lp. 4. Serwerownia zapasowa (Ligonia 7), Macierz 3 (macierz obiektowa dla kopii zapasowych archiwum) o pojemności 2,2PB, Switche 48 port (1/10Gbit/s) (do połączenia serwerowni zapasowej z pomieszczeniem UPS) - 2 szt., Wykonanie instalacji światłowodowej pomiędzy serwerownią zapasową a pomieszczeniem gdzie znajduje się centralny UPS o długości 20m wraz przyłączem, Rozbudowa systemu do wykonywania kopii zapasowych wraz z zasobem dyskowym (150TB) dla serwisów produkcyjnych, Szafa dystrybucyjna 19" - 2 szt., Centralny zasilacz awaryjny UPS typu 2 (10kVA).

4.503.399,00 Szafa dystrybucyjna 19" z modułami PDU - ilość 4 szt. (Zadanie 1}

Macierz 2 i Macierz 3 (archiwum obiektowe) - obiektowy system składowania danych - ilość 1 szt. (Zadanie 1)

Switche LAN 48 port 10/40 Gbit/s - ilość 6 szt. (Zadanie 1) System do wykonywania kopii zapasowych - serwer backupu - ilość 2 szt. (Zadanie 1) UPS typ 2 - ilość 1 szt. (Zadanie 1)

Lp. 5. Sprzęt komputerowy i oprogramowanie (Pracownia digitalizacji i Dział Informatyczny - PRE1): Stacja robocza dla korektora - 10 szt., Stacja robocza dla redaktora - 4 szt., Serwer kompresji wraz z upgrade oprogramowania do rozpoznania czcionki łaćńskiej i gotyckiej, Upgrade oprogramowania do OCR wraz z licencją na rozpoznania czcionki gotyckiej i pochodnych, Stacja robocza dla administratora - 5 szt. 408.549,42

Serwer kompresji z oprogramowaniem - ilość 1 szt. (Zadanie 1) Stacja robocza dla korektora i redaktora - ilość 14 szt. (Zadanie 2) Komputer dla administratora - ilość 5 szt. (Zadanie 2)

6. Komputer do lokalnej prezentacji danych - 80 szt., 344.400,00 Komputer dla czytelnika - ilość 80 szt. (Zadanie 2)

We wniosku o dofinansowanie Zamawiający złożył oświadczenie, że jest świadomy odpowiedzialności karnej za podanie fałszywych danych lub złożenie fałszywych oświadczeń, wszystkie wydatki przewidziane w projekcie zostały oszacowane na podstawie cen rynkowych, a w treści umowy o dofinansowanie Zamawiający zobowiązał się do:

- 1) realizacji projektu zgodnie z wnioskiem o dofinansowanie oraz zgodnie z umową o dofinansowanie,
- 2) realizacji projektu z należytą starannością,
- 3) realizacji projektu w sposób, który zapewni prawidłową i terminową jego realizację oraz osiągnięcie i utrzymanie celów, w tym wskaźników produktów i rezultatów zakładanych we wniosku o dofinansowanie w trakcie realizacji oraz w trakcie trwałości projektu zgodnie z obowiązującymi regułami, zasadami i postanowieniami wynikającymi z programu, SZOOP, obowiązujących procedur, wytycznych oraz właściwych przepisów prawa.

Jak wynika z przedstawionego zestawienia, łącznie na realizację przedmiotu zamówienia Zamawiający, zgodnie z treścią umowy o dofinansowanie, miał specjalnie wyznaczone środki w wysokości 16.885.066,02 zł. Środki te były specjalnie wyznaczone, gdyż jak wynika ze złożonych przez Zamawiającego oświadczeń we wniosku o dofinansowanie i umowie o dofinansowanie, zaplanowane wydatki objęte były zapewnieniami Zamawiającego co do ich prawdziwości, zgodności z rynkowymi oszacowaniami, a zamawiający zobowiązywał się realizować umowę z należytą starannością, zgodnie z wnioskiem o dofinansowanie (w szczególności § 6 ust. 5-7 Umowy o dofinansowanie (umowy: A/DDB/100/2017 oraz 4022/FR/2017)).

Podanie przez Zamawiającego na czynnościach otwarcia ofert kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości łącznie dla obu części zamówienia 14.341.851,12 zł nie mieści się w kanonach logicznego rozumowania. Po pierwsze, trudno mówić tu o jakichkolwiek oszczędnościach, bowiem jeśli je Zamawiający widział, to powinien je uwzględnić na etapie wniosku o dofinansowanie, skoro zobowiązany był podać prawdziwe kwoty wydatków oszacowane na podstawie cen rynkowych.

Po drugie, nie mógł przeznaczyć tych środków na jakąkolwiek inną swoją działalność, skoro w umowie o dofinansowanie zobowiązał się je wydatkować na cele przewidziane w projekcie, zaś zobowiązanie do zapewnienia wkładu własnego na realizację tych wydatków musiało być zapisane, zgodnie z zasadami prawa finansów publicznych, w planie finansowym Zamawiającego.

Po trzecie, nie dokonano żadnych zmian w treści wniosku o dofinansowanie i zarazem zmian w planie finansowym Zamawiającego, które mogłyby wskazywać, że nie jest możliwe wydatkowanie na realizację projektu kwot, wydatków pierwotnie przewidzianych we wniosku o dofinansowanie.

Zamawiający oświadczył, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia łącznie 14.341.851,12 zł brutto, podczas gdy z wniosku o dofinansowanie wynika, że sama kwota dofinansowania ze środków unijnych wynosi 16 233 984,47 zł brutto (Sek. C.2.5 Wniosku o dofinansowanie, s. 44), co wskazuje na nierzetelność ustalenia wysokości środków jakie zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia i uprawnia do przyjęcia, że mogła zostać podana nierzeczywista kwota w celu unieważnienia postępowania, w kontynuacji, którego Zamawiający nie był już zainteresowany.

W świetle powyższego Zamawiający celowo zaniżył kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i podał ją nierzetelnie, nie odpowiadając jej rzeczywistej wysokości, jaka była dla niego dostępna, a co więcej postąpił wbrew swoim zobowiązaniom zawartym w umowie o dofinansowanie, zgodnie z którymi miał realizować projekt z należytą starannością i w sposób zapewniający prawidłową i terminową jego realizację (niestaranne i



nierzetelne działania Zamawiającego w zakresie ustalenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia mogą prowadzić do unieważnienia istotnego dla projektu postępowania, a co za tym idzie stwarzają zagrożenia dla dotrzymania terminu jego realizacji). W konsekwencji powołując się na to, iż zaoferowana kwota przekracza możliwości finansowe Zamawiającego i brak możliwości jej zwiększenia, a także korzystanie z uprawnienia do unieważnienia postępowania nie służy wcale ochronie możliwości płatniczych Zamawiającego i jest działaniem sprzecznym z ratio legis unormowania art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp i nie może zasługiwać na ochronę.

Gdyby kwota na sfinansowanie zamówienia została rzetelnie podana, postępowanie nie podlegałoby unieważnieniu.

Łączna bowiem cena oferty dla obu części zamówienia zamykała się kwotą 16.852.485,46 zł i była niższa od środków przeznaczonych na ten cel we wniosku o dofinansowanie (16.885.066,02 zł).

W konsekwencji Zamawiający nie może skutecznie powołać się na brak możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia, gdyż okoliczność, iż kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia nie wystarcza na realizację zamówienia nie wynika z możliwości płatniczych Zamawiającego, tylko z jego własnych działań polegających na nierzetelnym podaniu kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. W konsekwencji powinien zwiększyć kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, Odwołującego, sanując swoje wcześniejsze działanie polegające na nierzetelnym podaniu kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Niezależnie od nierzetelnego ustalenia środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, w sposób nieprawidłowy zostały ustalone kwoty przeznaczone na sfinansowanie każdej z części zamówienia. Zamawiający nie ma podstaw do ochrony swoich możliwości płatniczych i nadal należy stwierdzić, że wykorzystuje art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp wbrew jego ratio legis do unieważnienia przedmiotowego postępowania. Jeśli zsumować kwoty wniosku o dofinansowanie przedstawione w zestawieniu poz. od 1 do 4, to kwota będąca wynikiem tej sumy (16.132.116,60 zł brutto) nadal z naddatkiem pozwala sfinansować realizację zamówienia przy cenie oferty za Zadanie 1 na poziomie 16.098.366,35 zł brutto.

Pozostałe środki określone we wniosku o dofinansowanie dla Zadania 2 - Zakup sprzętu i oprogramowania do digitalizacji, archiwizacji i udostępniania zbiorów bibliotecznych, ujęte w przedstawionym zestawieniu, pozwalają z naddatkiem sfinansować realizację zamówienia w części określonej jako Zadanie 2.

W świetle powyższego można powziąć uzasadnione wątpliwości, co do tego, czy kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia Zamawiający podał rzetelnie, zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy.

Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, która nie znajduje oparcia nie tylko w dokumentacji postępowania, lecz także w dokumentacji projektu w ramach którego realizowane jest przedmiotowe zamówienie, można mieć uzasadnione wątpliwości, co do tego, czy kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia ma charakter rzeczywisty. Zamawiający nie tylko był uprawniony do zwiększenia kwoty, która zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, lecz także był do tego zobowiązany, a zgodnie z dokumentacją projektu, miał na to środki, a unieważnienie postępowania było bezpodstawne.

Wiarygodności działaniom Zamawiającego nie dodaje fakt, iż z decyzją o unieważnieniu zwlekał 3 miesiące, skoro tak oczywistym, w świetle uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania było, iż zaoferowana kwota w sposób znaczny przewyższa możliwości finansowe Zamawiającego.

2. Ponadto Zamawiający naruszył przepisy ustawy pzp zaniechawszy podania uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania. Uzasadnienie prawne sprowadza się wyłącznie do przytoczenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, natomiast uzasadnienie faktyczne sprowadza się do przytoczenia podanej przez Zamawiającego kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, przytoczenia ceny oferty i konstatacji, że zaoferowane w ofertach kwoty znacznie przekraczają możliwości Zamawiającego.

Jak wskazała Izba w wyroku z 23 października 2017 r. : „Przepis art. 93 ust 1 pkt 4 pzp nie daje zamawiającemu wyłącznego i arbitralnego uprawnienia do decydowania o tym, czy zwiększyć kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, czy też nie. Przede wszystkim zamawiający obowiązany jest zbadać, czy istnieje obiektywna możliwość zwiększenia tej kwoty i dopiero wówczas, w przypadku, gdy wynik badania okaże się negatywny, podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania.”

Podobnie w wyroku z 28 czerwca 2017 r.: „Zaoferowanie ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia przewyższającej kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie jest jedyną przesłanką do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp. Drugą przesłanką, która musi wystąpić łącznie z pierwszą przesłanką jest wykazanie przez zamawiającego, że zamawiający nie może zwiększyć kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty” KIO 1179/17.

Są i takie poglądy orzecznictwa, które nakazują Zamawiającemu nie tylko odnieść się do możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, ale także aktywnie poszukiwać dodatkowych środków na realizację zamówienia.

W realiach niniejszej sprawy faktyczny brak uzasadnienia decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy środki na jego realizację zostały Zamawiającemu specjalnie zagwarantowane postanowieniami umowy o dofinansowanie, jest fundamentalnym mankamentem. Zamawiający nie musi w realiach niniejszej sprawy szczegółowo odnosić się do wszystkich posiadanych środków i wykazywać dlaczego nie mogą być one użyte do realizacji zamówienia, ale wystarczy, że wskaże jakie to zmiany zaszyły w umowie o dofinansowanie, które nie pozwalają już przeznaczyć na realizację zamówienia pierwotnie zagwarantowanych w niej środków. W przeciwnym razie, biorąc pod uwagę okoliczności towarzyszące unieważnieniu postępowania, a w szczególności zagwarantowanie środków na realizację zamówienia w umowie o dofinansowanie, decyzja Zamawiającego dotycząca wysokości podanej kwoty na sfinansowanie zamówienia i unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest niezrozumiała i nieprzejrzysta.

W odpowiedzi na odwołanie złożonej dnia 8 maja 2019 r. zamawiający oświadczył, iż:

1/ uwzględnia odwołanie w części dotyczącej naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 93 ust. 3 pzp przez zaniechanie uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania. Zamawiający uzupełnił uzasadnienie faktyczne przez jego publikację dnia 7.05.2019 r. na stronie internetowej i przesłał do wiadomości odwołującego;

2/ wnosi oddalenie odwołania w części dotyczącej naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 4 w odniesieniu do zadania 1 i 2, przez unieważnienie postępowania ze względu na to, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, pomimo, iż może zwiększyć kwotę z uwagi na to, iż ma zagwarantowane środki na wykonanie zamówienia w ramach finansowania projektu, dla realizacji którego niezbędne jest wykonanie przedmiotowego zamówienia, a wysokość zagwarantowanych środków przewyższa cenę oferty najkorzystniejszej.

Wskazał na przedstawione w odwołaniu kwoty ogłoszone w dniu otwarcia ofert oraz ceny oferty odwołującego dla obydwu zadań.

Stwierdził, że okoliczności uprawniały go do unieważnienia postępowania na ww. zadania w zakresie obydwu części wobec występowania przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, w których wykonawca zaoferował ceny, które wykraczały poza budżet zamawiającego.

Zauważył, że ewentualne zwiększenie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Stwierdził, że nie

zaniżył celowo kwoty przeznaczanej na finansowanie i nie dążył do unieważnienia postępowania. Odwołał się do wyroku KIO 558/18 zauważając, że przepisy nie nakładają na niego szczególnego ciężaru dowodowego co do przedstawiania dowodów na okoliczność podjęcia prób pozyskania dodatkowych środków czy źródeł finansowania zamówienia, jako warunku skutecznego podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania. Kwotą kluczową (którą zamawiający realnie posiada lub będzie posiadał) dla podejmowanych decyzji jest kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia, podawana przez zamawiającego – stosownie do wymagań art. 86 ust. 3 pzp – bezpośrednio przed publicznym otwarciem ofert. Działanie zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości. Unieważnienie postępowania jest prawem zamawiającego, ale nie jest jego decyzją arbitralną, lecz mającą uzasadnienie w przepisach prawa i musi być wynikiem przeprowadzonych czynności.

Zamawiający stwierdził, że nie istniała i nie istnieje możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej pierwotnie przez niego na sfinansowanie zamówienia po cenie zaoferowanej przez odwołującego, przez co zostały spełnione przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp.

Nie istnieje możliwość zwiększenia kwoty zarówno, jeśli chodzi o zwiększenie całkowitej kwoty przewidzianej na sfinansowanie zamówienia, jak i kwot przewidzianych na część 1 i 2.

Na potwierdzenie powyższego zamawiający przedstawił opis sposobu finansowania zamówienia, które jest wynikiem realizacji Projektu pn. Śląskie Digitalium. Digitalizacja i udostępnianie zasobów instytucji kultury województwa śląskiego, dalej Projekt.

Projekt realizowany jest w formule partnerskiej przez Bibliotekę Śląską jako lidera Projektu oraz partnerów projektu Operę Śląską, Instytucję Filmową „Silesia-film” w Katowicach oraz Regionalny Instytut Kultury w Katowicach. Projekt jest współfinansowany ze środków Unii Europejskiej, wysokość dofinansowania wynosi 85%, pozostałe 15% stanowi wkład własny Biblioteki i pozostałych partnerów Projektu. Biblioteka wkład własny w wysokości 15% wydatków, realizuje w znacznej części poprzez otrzymanie dotacji celowej z Województwa Śląskiego na realizację projektu. Środki na zapewnienie składu własnego Biblioteki przyznawane są corocznie.

Przedmiotowe postępowanie stanowi częściową realizację Zadania 2 Projektu.

Na dzień otwarcia oferty stan faktyczny dotyczący finansowania projektu przedstawiał się następująco.

1/ Projekt został ujęty w Wieloletniej Prognozie Finansowej Województwa w pozycjach pn. RPO WSL 2014-2020, Oś priorytetowa II Cyfrowe Śląskie, Działanie 2.1 Wsparcie rozwoju cyfrowych usług publicznych – projekt pn.: „Śląskie Digitalium. Digitalizacja i udostępnianie zasobów instytucji kultury województwa śląskiego” – Zbudowanie uniwersalnego

subregionalnego zbioru dokumentów cyfrowych stanowiących rdzeń baz danych instytucji kultury jako jednostek samorządowych Województwa Śląskiego.

W uchwale z 20 marca 2017 r. Sejm ustalił łączne nakłady finansowe na realizację projektu oraz limit zobowiązań rozumiany jako wartość zabezpieczonego wkładu własnego w budżecie województwa. (załączono treść)

2/ 4 czerwca 2018 r. zawarto umowę pomiędzy Województwem Śląskim a Biblioteką Śląską, na mocy której został zapewniony wkład własny na realizację projektu w roku 2018 (zał. 2)

3/ Aneksiem do umowy z 25 września 2018 r. zmniejszono wartość wkładu własnego na realizację projektu w 2018 r, przy jednoczesnym zwiększeniu kwoty w roku 2019 (zał. 3). Zgodnie z aneksem kwota zapewniona na finansowanie wkładu własnego projektu dla Bibliotek Śląskiej wynosi:

- dla wydatków majątkowych: 67 987 zł brutto

- dla wydatków bieżących: 11 092 zł brutto.

9/ 9 stycznia 2019 r. złożono w Urzędzie Marszałkowskim rozliczenie ww. dotacji na wkład w wysokości 4 094,55 zł ze środków przeznaczonych na wydatki bieżące. (zał. nr 4).

5/ Umowa na finansowanie wkładu własnego Projektu w 2019 r. nie została zawarta.

Zamawiający w dniu otwarcia ofert miał zabezpieczone jedynie środki wynikające z dotacji z UE, nie miał natomiast zawartej umowy z Urzędem Marszałkowskim zabezpieczającej środki w ramach wkładu własnego. Ponadto podając podczas otwarcia ofert wskazane kwoty zamawiający zakładał, iż złożone oferty będą oscylowały wokół tej kwoty i będą niższe od planowanych w budżecie Projektu złożonym do dofinansowania z RPO jak i też niższe niż wynikały z dokonanego szacunku zgodnie z wymogami pzp, co wynikało z dotychczasowych doświadczeń, gdzie wartość ofert była niższa o 10 – 20%. Ponadto w odpowiedzi na ponad 100 pytań udzielono odpowiedzi modyfikujących OPZ mających istotny wpływ na obniżenie spodziewanej wartości ofert.

W okresie między otwarciem ofert a unieważnieniem postępowania zamawiający podjął szereg kroków celem zwiększenia środków na realizację zamówienia, jednak uzyskane do chwili obecnej środki są niewystarczające do udzielenia zamówienia wykonawcy.

Obecny stan faktyczny dotyczący finansowania projektu przedstawia się następująco:

1/ 14 stycznia 2019 zatwierdzono Uchwałą Wieloletnią Prognozę Finansową Województwa Śląskiego na lata 2019 - 2030; uchwałę podjęto po otwarciu ofert. Wydatki na realizację Projektu przedstawiono w tabeli.

2/ 4 lutego 2019 r. Urząd Marszałkowski zawiadomił o zatwierdzeniu Prognozy. Zgodnie z informacją na rok 2019 zabezpieczono dofinansowanie wkładu własnego dla Projektu w

kwocie 2 899 238 zł (wydatki majątkowe). Zobowiązano Bibliotekę do przedstawienia programu rzeczowo-finansowego realizacji Projektu na wskazaną kwotę.

3/ Zamawiający przesłał do Urzędu Marszałkowskiego dnia 13.02.2019 r. programy rzeczowo-finansowe na kwotę z Prognozy i zwrócił się o umożliwienie wykorzystania nierozliczonych w roku 2018 środków w wysokości 74 175,65 zł (wydatki inwestycyjne: 67 987 zł oraz wydatki bieżące: 6 188,675 zł. (zał. nr 7). Dotychczas nie uzyskał zgody.

4/ Umowa na zapewnienie wkładu własnego na rok 2019 została zawarta 6 maja 2019 r. na kwotę ujętą w Prognozie: 2 899 238 zł (wydatki majątkowe). Zał. nr 8. Załącznik do umowy stanowi program rzeczowo-finansowy na rok 2019 na realizację zadania „Śląskie Digitalium. Digitalizacja i udostępnianie zasobów instytucji kultury województwa śląskiego” (wydatki majątkowe).

Wskazując na przedstawione zestawienia w tabelach zamawiający zauważa, że wartość zabezpieczonego wkładu własnego (z uwzględnieniem kwoty rozliczonej za rok 2018) zmniejszyła się o ponad 168 tys. Zł dla całego Projektu, w tym dla Bibliotek Śląskiej w wysokości ponad 75 tys. Zł, co biorąc pod uwagę, że dofinansowanie ze środków Unii Europejskiej nie może przekroczyć 85% wartości Projektu, powoduje zmniejszenie wartości wydatków Biblioteki Śląskiej w projekcie o kwotę ponad 500 tys. zł.

Przedstawiono zestawienia tabelaryczne z opisanym wkładem własnym rozliczonym w 2018 r. na sumę w wydatkach bieżących 8 674,81, w tym Biblioteka Śląska 4 903,35 i Opera Śląska 3 771,46.

W kolejnej tabeli – Nierozliczone środki w 2018 r. wskazano:

Wydatki bieżące 7 877,19, w tym Biblioteka 6 188,65 i Opera – 1 688,54

Wydatki majątkowe 160 237, w tym Biblioteka 67 987 i IF Silesia-Film – 92 250

Łącznie wydatki bieżące i majątkowe 168 114,19.

W tabeli 5 przedstawiono aktualną na dzień 30.04.2019 kwotę wykorzystaną/pozostałą do wykorzystania ze środków dotacji celowej. Rok 2017 i 2018 /rozliczone/ oraz do wykorzystania na rok 2019, 2020 i 2021.

Zgodnie z Programem rzeczowo-finansowym na 2019 na realizację zadania stanowiącym załącznik do umowy z 6.05.2019 r. na zapewnienie wkładu własnego na realizację Zadania 2 Projektu zabezpieczono środki w wysokości 18 538 404,80 zł, na które składa się 15 795 894,08 zł jako środki wspólnotowe z EFRR i środki z budżetu Województwa Śląskiego w kwocie 2 787 510,72 zł.

Oprócz dostaw objętych przedmiotowym zamówieniem Zadanie 2 Projektu zakłada także zakup skanerów, studiów i zestawów do kalibracji danych. Na zakres rzeczowy Zadania 2 składają się, zgodnie z zapisami wniosku o dofinansowanie wymienione kategorie wydatków: Serwerownia główna, oprogramowanie, serwerownia zapasowa, sprzęt komputerowy i

oprogramowanie (Pracownia digitalizacji i Dział informatyczny – PRE1), skanery, studia i zestaw do kalibracji danych, komputer do lokalnej prezentacji danych, szkolenia certyfikowane z oprogramowania. Łączna kwota z wniosku o dofinansowanie ww to 19 098 805,26 zł.

Zgodnie z przywołanym programem rzeczowo-finansowym zabezpieczony został wkład własny na zadanie nr 2 w odniesieniu do kwoty 18 583 404,80 zł, co powoduje, iż Biblioteka może przeznaczyć na realizację tę kwotę, co stanowi kwotę niższą od pierwotnych założeń poczynionych we wniosku o dofinansowanie o 515 400,46 zł. Powodem zmniejszenia kwoty jest niewykorzystanie przez Bibliotekę Śląską części środków zaplanowanych do wydatkowania w roku 2018. Mimo podjęcia prób zwiększenia zabezpieczenia wkładu własnego na rok 2019 (pismo z 13.02.2019) dotychczas nie wyrażano zgody na zmianę.

Biorąc pod uwagę zmniejszenie kwoty przeznaczonej na realizację zadania nr 2 dokonano proporcjonalnego obniżenia wartości pozycji wchodzących w skład Zadania 2 oraz dokonano podziału kwoty w odniesieniu do poszczególnych części postępowania. Wyniki przedstawiono w tabeli.

Z przedstawionych wyliczeń zamawiający wywodzi, że mógłby udzielić zamówienia maksymalnie na kwoty odpowiednio 15 847 278,51 – część 1 przedmiotowego zamówienia i 570 158,96 zł – część 2 przedmiotowego zamówienia (łącznie na obie części 16 417 437,47), gdyż stan finansów jakimi dysponuje zamawiający w 2019 r. przeznaczonych na działalność statutową nie pozwala na przeznaczenie części tych środków na realizację Projektu.

Kierując się podstawowym celem tj. zrealizowaniem projektu w pełnym zakresie oraz osiągnięciem założonych rezultatów, zamawiający nie miał możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zakupu infrastruktury sprzętowej i serwerowej do kwoty, na jaką opiewa oferta firmy Integrated Solutions sp. z o.o., gdyż tym samym pozbawiłby się możliwości zrealizowania pozostałych wydatków zaplanowanych w ramach Zadania nr 2. Brak zakupu sprzętów wskazanych w pozycji skanery dziełowe..., wiązałby się z brakiem możliwości nie tylko zrealizowania zakresu rzeczowego projektu, ale również nieosiągnięcia założonych wskaźników projektowych, co mogłoby skutkować rozwiązaniem umowy o dofinansowanie lub znaczącym zmniejszeniem przyznanego dofinansowania.

Do odpowiedzi na odwołanie załączono dokumenty na potwierdzenie treści zawartych w piśmie.

Odwołujący odniósł się do stanowiska zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 14 maja 2019 r. złożonym dnia 15 maja 2019 r. Podtrzymał stanowisko i wniósł o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków – pracowników zamawiającego na okoliczność wykazania:

Rzeczywistych przyczyn unieważnienia postępowania,

Faktu, iż na jednym z rachunków bankowych, z których korzysta zamawiający, posiada on faktycznie środki nierozliczone w 2018 r. w wysokości 74.175,65 zł (w tym wydatki inwestycyjne: 67.9878 zł oraz bieżące: 6.188,65 zł),

Niepodjęcia działań w celu uzyskania odpowiedzi na pismo z 13.02.2019 r. w sprawie zgody na umożliwienie wykorzystania nierozliczonych w 2018 r. środków z przyznanej dotacji, która to odpowiedź zdaniem zamawiającego determinuje możliwość wyboru oferty w postępowaniu.

Odwołujący przypomniał wartości kwotowe w postępowaniu, w tym kwotę udzielonego dofinansowania z EFRR w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego województwa na lata 2014-2020 dla części 1 i 2 (19 098 805,26 zł brutto, na którą składają się 16.233.984,47 – 85% środków z EFRR i kwota 2.2864.820,78 – 15% środków z budżetu województwa śląskiego,

cenę oferty odwołującego dla obu części (16.852,485,46 łącznie),

szacunkową wartość zamówienia (16.274.985,55 brutto),

kwotę przeznaczoną na realizację zgodnie z art. 86 ust. 3 pzp (14.341.851,12 zł brutto),

kwotę, jaką zamawiający obecnie deklaruje jako maksymalny budżet, który posiada (16.417.437,47 brutto) dla obu części.

Wskazał na wątpliwości co do kwoty, o której mowa w art. 86 ust. 3 pzp podanej w styczniu 2019 r. jako nie mającej poparcia w wysokości uzyskanego dofinansowania unijnego i dotacji celowej z woj. Śląskiego.

Obecnie zamawiający podaje większe środki finansowe jakimi dysponuje, lecz nadal minimalnie mniejsze niż cena oferty. Zdaniem odwołującego wyliczenie jest dokonane celowo na potwierdzenie stanowiska.

Odwołujący wskazał na cel art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp i przedstawił wybrane orzecznictwo dotyczące obowiązków zamawiającego, w tym podane w odwołaniu. W szczególności przesłanka unieważnienia postępowania winna być niepodważalna.

Zauważył, że zamawiający przyznał, iż posiada środki niewykorzystane w 2018 r. i oczekuje na formalną akceptację możliwości ich użycia.

Przypomniał, że w dacie unieważnienia postępowania, 7 maja 2019 r., zamawiający pominął fakt, że termin realizacji przedmiotowego zamówienia, w szczególności dla zadania 1 wynosi 6 miesięcy, a termin zapłaty 30 dni. Zasadne jest przyjęcie, że realizacji chociażby części 1 może zostać rozliczona dopiero pod koniec 2019 r, a do tego czasu zamawiający z pewnością uzyska formalną zgodę na użycie nierozliczonych środków z 2018 r.

Tym samym stanowisko o niemożności zwiększenia kwoty jest nieprawdziwe, a co najmniej przedwczesne.



Podjęcie 12.04.2019 r. decyzji o unieważnieniu, przy braku odpowiedzi na wniosek dot. nierozliczonych środków jest niezrozumiałe, a fakt posiadania środków na rachunku rzeczywisty.

Odwołujący wskazuje, że pewne jest iż zamawiający ma zagwarantowane dofinansowanie ze środków EFRR w ramach Regionalnego Programu. Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie zamawiający zobowiązał się w umowie o dofinansowanie do uzyskania dotacji.

Zamawiający mógł pozostawić wszystkie pozycje z budżetu projektu w pierwotnym kształcie i realizować projekt, a w razie potrzeby zwiększenia wydatków w przyszłości, możliwe byłoby dokonanie zmian w przyszłych budżetach województwa.

Obecnie zamawiający próbuje wykazać, że nie dysponuje środkami, które zobowiązał się posiadać i wręcz nie wyraża chęci dokonania prostych zabiegów (tzw. przesunięć) pomiędzy środkami w tym zaoszczędzonymi z innych zadań lub uzyskania formalnej zgody jw.

Odwołujący wskazał także na inne, powiązane postępowanie, w którym otwarto oferty 14 maja br. z kwotą przeznaczoną na realizację – 565.800 zł, przy cenie oferty najniższej – 360.467,97 zł, co w efekcie dałoby możliwość oszczędności z samej dotacji celowej. W tym postępowaniu kwota budżetu odpowiada dokładnie wartości z umowy o dofinansowanie tj. 565.800 zł.

Za wyjątkiem przedmiotowego postępowania, zamawiający dotychczas przedstawiał kwotę z art. 86 ust. 3 jako identyczną z kwotami wskazanymi w załączniku do umowy o dofinansowanie (nr A/DDB/100/2017).

W odpowiedzi na odwołanie wskazano, że 4.02.2019 r. otrzymano pismo o zatwierdzenie Wieloletniego Planu Finansowego i budżetu województw.

Zabezpieczono finansowanie wkładu własnego dla projektu w kwocie 2.899.238 zł (wydatki majątkowe) oraz zobowiązano zamawiającego do przedstawienia programu rzecz.fin. Zamawiający mógł w tym momencie, znając cenę oferty w postępowaniu, przydzielić kwotę zabezpieczającą wkład własny do wybranych przez siebie wydatków projektu, tzn. nie musiał obniżać proporcjonalnie akurat zadania nr 2. Co istotne – budżet województw nie jest powiązany z poszczególnymi wydatkami projektu, ale zabezpiecza realizację zadania inwestycyjnego jako całości. Kwota gwarantowanego wkładu własnego jest nawet wyższa niż ta, którą zabezpieczono pierwotnie na rok 2018.

Ponadto dotacja celowa to nie jedyne źródło finansowania mogące zapewnić wkład własny w projekcie (Zamawiający sam przyznał, że wkład własny w wysokości 15% wydatków realizuje w znacznej części z dotacji celowej z województwa śląskiego na realizację Projektu).

Zamawiający nie wykazał także twierdzenia ze strony 11 pisma, że stan finansów nie pozwala na przeniesienie innych środków na realizację projektu.

Projekt realizowany przez zamawiającego obejmuje kilka zadań, a nie tylko nr 2 objęte zakresem rzeczowym postępowania.

Z przyczyn wiadomych tylko zamawiającemu dokonał on obniżenia wartości tylko elementów zadania 2 dla roku 2019 (mimo, iż dla części zadań jeszcze nie wszczęto postępowania przetargowego). Takie obniżenie nie zostało dokonane prawidłowo tj. proporcjonalnie dla wszystkich zadań. W piśmie z 7 maja i odpowiedzi na odwołanie nie wskazano, dlaczego obniżenie wartości dotyczyło wszystkich elementów zadania 2 z pominięciem pozostałych zadań. Nie wskazano też dlaczego obniżenie dotyczy wyłącznie roku 2019.

Gdyby dokonano sprawiedliwego proporcjonalnego obniżenia wartości dla wszystkich zadań (nie tylko zadania 2) i na lata faktycznej realizacji, do zamawiający posiadałby możliwość zwiększenia swojego budżetu (art. 86 ust. 3) do wartości oferty odwołującego (którą i tak dysponuje).

Obniżenie wartości elementów zadania 2, tylko na 2019 r. (objętych, jak i nie objętych zakresem postępowania) nastąpiło bez uwzględnienia aktualnych cen rynkowych, a wyłącznie na potrzeby uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania, bez rozeznania rynkowego, które miało miejsce w listopadzie 2018 r., przy znanym wzroście cen.

W ocenie odwołującego zamawiający zwleka z zawarciem umowy w nadziei na niższe ceny w kolejnym postępowaniu, które to ceny będą niższe od poziomu rynkowego.

Zamawiający wskazując wysokość posiadanych środków i opisując różnice między wartością szacunkową a cenami ofert (s. 8 odpowiedzi) nie uwzględnia ryzyk w realizacji umowy i nie może zakładać, że wartość szacunku zawsze będzie wyższa od cen ofert i oczekiwać obniżenia cen.

Odwołujący podnosi wyjątkowy charakter możliwości unieważnienia postępowania, które nie może być podjęte przy jedynej przesłance, jaką jest chęć powtórzenia procedury i uzyskania niższej ceny.

Wskazuje na znaczną liczbę zmian w budżecie województw, co prowadzi do wniosku że budżet kolejny raz ulegnie zmianie także w związku pismem zamawiającego z dnia 13 lutego 2019 r.

Odnosząc się do argumentów dot. Wieloletniego Planu Finansowego odwołujący wskazuje, że zamawiający nie wykazał, że przyjęte limity zobowiązań nie mogą być zmieniane, ani że wydatki zaplanowane na inne zadania zostały już przesunięte w celu zaspokojenia innych wydatków zamawiającego. Na poparcie wskazano wyrok KIO 1961, 1962/16 o braku dowodów ze strony zamawiającego posiadającego zabezpieczone środki w planie, co do niemożności skorzystania z tych środków na podwyższenie kwoty na sfinansowanie zamówienia np. do ceny najkorzystniejszej oferty.

Zdaniem odwołującego zamawiający miał wiele możliwości przesunięć dotacji między innymi zadaniami, a dokonał jedynie obniżenia wartości zadania 2 (na 2019 r.). Tytułem przykładu: w ramach zadania 6 i 19, na które uzyskano dofinansowanie, zamawiający zawarł już umowy o wartościach znacznie niższych niż wartości dofinansowania i środki z budżetu woj. śląskiego. Zamawiający posiada z tego tytułu oszczędności, a także w innych cz. Projektu. Odwołujący stwierdza, że zamawiający posiada wystarczające środki do zawarcia umowy, a w tym celu musi zastosować tylko inną metodologię kalkulacji kosztów w zakresie pozostałych zadań i na pozostałe lata, na które uzyskano dofinansowanie z EFRR. W tym celu w kalkulacji należy uwzględnić udzielone już zamówienia publiczne oraz plany zamówień na 2019, czego zamawiający zaniechał.

Przez ten „de facto” błąd matematyczny, z wyliczeń zamawiającego wynika, iż obecnie nie może zwiększyć kwoty, o której mowa w art. 86 ust. 3 pzp.

Możliwość zwiększenia kwoty do ceny oferty istniała i stan ten trwa nadal, a zamawiający ma zagwarantowane środki na wykonanie przedmiotowego zamówienia w ramach finansowania projektu.

Wysokość środków, jakie zamawiający zadeklarował się posiadać w zw. z dofinansowaniem z EFRR, przewyższa cenę oferty najkorzystniejszej. Skoro zamawiający dysponuje faktycznymi środkami finansowymi i lada chwila będzie mógł z nich formalnie skorzystać, co sam przyznaje w piśmie z 7 maja 2019 r., to uzasadniony jest zarzut naruszenia przepisów ustawy pzp (art. 7 i 93 ust. 1 pkt 4).

**Krajowa Izba Odwoławcza** po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, w tym w szczególności dokumentacji postępowania obrazującej źródła finansowania zamówienia, wyjaśnień stron, z uwzględnieniem stanowisk stron przedstawionych na piśmie oraz do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Rozpoznając odwołanie, Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, to jest kwestii posiadania legitymacji wykonawcy do wniesienia odwołania. Posiadanie legitymacji czynnej przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej podlega badaniu przez Izbę z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. W sprawie rozpatrywanej odwołujący ma legitymację do wniesienia odwołania stanowiącą przesłankę materialnoprawną uregulowaną w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Jest oczywiste, że niemożność uzyskania zamówienia wskutek unieważnienia postępowania może prowadzić do realnej

szkody po stronie tego wykonawcy, który nie będzie realizował umowy na przewidywanych warunkach.

Zamawiający podjął dnia 12 kwietnia 2019 r. decyzję o unieważnieniu postępowania w zakresie części 1 i 2 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp.

Wskazał, iż przed otwarciem ofert podał kwoty, jakie zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w części pierwszej tj. 13 843 774,92 zł brutto, dla której została złożona jedna oferta z ceną 16 098 366,35 zł brutto, a kwota ta w sposób znaczny przewyższa możliwości finansowe zamawiającego, który nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do ceny złożonej oferty.

Przed otwarciem ofert dla części drugiej zamawiający podał kwotę, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w wysokości 498 076,20 zł brutto. Dla części tej została złożona jedna oferta z ceną 613 104,97 zł brutto netto z zastrzeżeniem, że wartość netto podlegająca odwróconemu obciążeniu VAT wynosi 23 140,22 zł. Biorąc pod uwagę, że oferta w swej treści zawiera pozycje podlegające odwróconemu obciążeniu VAT, zamawiający chcąc udzielić zamówienia musiałby dysponować kwotą 754 119,11 zł.

Zaoferowane kwoty przewyższają możliwości finansowe zamawiającego i zamawiający nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do ceny złożonej oferty.

W toku rozprawy strony przedstawiły, uzupełniając i potwierdzając stanowiska wyrażone w pismach.

Odwołujący podtrzymał stanowisko z odwołania i pisma procesowego. Stwierdził, że w 2017 r., prawidłowo dokonano oszacowania wartości zamówienia, a w dacie wszczęcia postępowania Zamawiający posiadał wystarczające środki na jego sfinansowanie, co wynika z prognozy finansowej (załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie). Stwierdził, że przy licznych zmianach w planach finansowych, jedynie w momencie unieważnienia postępowania tj. w okresie po otwarciu ofert do dnia 12 kwietnia br., Zamawiający nie dysponował wystarczającymi środkami na sfinansowanie zamówienia w relacji do ceny ofertowej. Po otrzymaniu informacji o zabezpieczeniu finansowego wkładu własnego (pismo z 04.02., załącznik nr 6 do odpowiedzi na odwołanie), Zamawiający miał możliwość dokonać podziału wkładu własnego w sposób, który umożliwi sfinansowanie tego przedmiotu zamówienia. Złożył wydruki planu zamówień w roku 2019, zamieszczonego na stronie internetowej Zamawiającego, a także plan z roku 2018 r., na okoliczność zaprzeczenia stanowisku Zamawiającego, że nie ma możliwości dokonania przesunięć kwot na sfinansowanie poszczególnych zamówień w ramach projektu. Stwierdził, iż obniżenie kwoty przedmiotowego zamówienia było niesprawiedliwe i zmierzające do unieważnienia postępowania. Zwrócił także uwagę, iż samo uruchomienie środków niewykorzystanych w

2018 r., o które bezskutecznie zwracał się Zamawiający, zwiększyłoby możliwości finansowe do wielkości ceny ofertowej.

Wskazał na pozostałe zamówienia w planie zamówień o znacznie wyższej wartości niż w trzech pierwszych pozycjach realizowanych w ramach projektu unijnego. Stwierdził że na stronie 11 odpowiedzi Zamawiający przedstawił tabelę z proporcjonalnym obniżeniem wartości pozycji z uwzględnieniem faktu o kwotę niewykorzystanych środków w 2018 obniżono tylko i wyłącznie zadanie 2. Złożył tabelę z analogicznym układem, jak wyżej wskazana, z ujęciem proporcjonalnego obniżenia o wartości zadań ze złożonego planu zamówień, co finalnie wskazuje, że Zamawiający posiada obecnie wyższy budżet niż wskazany na maj 2019 r. Z opisu wynika, że przy takim ujęciu na rok 2019, na chwilę obecną, Zamawiający ma inny budżet, większy, niż deklarowany. Wyliczony łączny niedobór budżetu jest niższy niż obliczony przez Zamawiającego przy założeniu, że wszystkie zamówienia objęte projektem unijnym byłyby rozliczone w 2019 r. W rzeczywistości część zamówień nie będzie finansowana w roku 2019 r., co wynika zarówno z przedmiotu zamówienia, jak i upływu czasu, w tym przeznaczonych na trwanie procedury. Wskazał na orzecznictwo przywołane w pismach, w tym ciężar dowodu spoczywający na Zamawiającym. Stwierdził, że zaniechania Zamawiającego, w tym brak działań dotyczących uruchomienia nierozliczonej kwoty, legły u podstaw niniejszego sporu. Ocenił, że Zamawiający nie powinien podejmować przedwcześnie decyzji o unieważnianiu postępowania. Podkreślił obowiązek wykazania przez Zamawiającego rzeczywistego braku możliwości sfinansowania zamówienia, tj. brak dysponowania środków umożliwiających realizację. Zwrócił uwagę, że Zamawiający ma możliwość, poza wskazaniami uprzednio w odwołaniu i piśmie, pozyskania dodatkowych środków do czego jest uprawniony jako instytucja kultury. Zamawiający nie wykazał przesłanek unieważnienia postępowania i potrzeby dokonania tej czynności już w kwietniu, co było przedwcześnie.

Zamawiający potwierdził otrzymanie informacji o planie, co do środków na wkład własny w 2019 r., i zawarciu umowy o dotację dnia 6 maja br., z załączonym uprzednio i przygotowanym programem rzeczowo-finansowym. Wielkości w tym programie były znane i wzięte pod uwagę w dacie podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania. Planowana kwota dofinansowania w 2019 r., nie uległa zmianie w stosunku do roku 2018 r., tj. roku, w którym zostało wszczęte postępowanie. Nadal brak jest decyzji co do środków niewykorzystanych z 2018 r. Jednocześnie stwierdził, iż na rachunku bankowym Zamawiającego nie ma środków finansowych nierozliczonych w 2018 r. Na potwierdzenie złożył pisemne oświadczenie PO Głównego Księgowego z dnia 15.05.2019 r. Przypomniał, że jest jednostką sektora finansów publicznych i podlega przepisom prawa, ustawowym zasadom gospodarowania środkami publicznymi, łącznie z zasadami odpowiedzialności.

Stwierdził, że jako Zamawiający odpowiada za plan finansowy i środki, którymi gospodaruje, a uczestnicy postępowania, w tym wykonawcy, nie są powołani i nie mają kompetencji do wskazywania Zamawiającemu sposobu gospodarowania środkami finansowymi.

Wskazał na program rzeczowo-finansowy w załączniku nr 7 swojego pisma i wydatki majątkowe w pozycji 3 i 4, na które składają się wydatki poniesione w roku 2019 w ramach programu rzeczowo finansowego na rok 2019, w wysokości 373 855, 91 zł (w wyniku umowy zawartej w 2018 r.) oraz wydatki planowane do realizacji w 2019 r., ujęte w planie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na 2019 r., w pozycjach od 1 do 3. Podkreślił, że zamówienie przewidziane w pozycji 1, 2 i 3 planu zamówień muszą być wykonane w roku 2019, jako niezbędne do realizacji całego projektu. Zamawiający nie zamierzał dokonywać takich podziałów środków, aby pozbawić Odwołującego szansy na uzyskanie tego zamówienia, lecz kierował się dbałością o prawidłową i rzetelną realizację projektu jako całości.

Stwierdził, że Odwołujący dokonując przedstawionych wyliczeń przyjął błędne założenia. Pozycja 6 planu zamówień przewidziana jest do finansowania w roku 2020, stąd nie jest wymieniona w programie rzeczowo-finansowym w roku 2019. Zadanie 5 w planie (poz. 2 programu rzeczowo-finansowego) jest przewidziane częściowo do finansowania w roku 2019 na kwotę 162 777, 53 zł, a pozostała w roku następnym. Odwołujący nie uwzględnił także rzeczywistej kwoty obciążającej Zamawiającego dla części 2 oferty z uwagi na odwrócony VAT tej części - 754 tys. zł. Ponadto Odwołujący nie uwzględnił wyliczenia skutków obniżenia proporcjonalnego dla zadania 1, co powoduje niemożność weryfikacji, czy takie działania, według przyjętej metodologii Odwołującego, pozwoliłyby na zaspokojenie już zaciągniętych zobowiązań Zamawiającego, w tym w szczególności związanych z wydatkowaniem środków na realizację umowy zawartej w 2018 r. Podważył realność oszczędności sygnalizowanych w pkt 6 pisma procesowego i wskazał, że nie jest Zamawiającym w opisanym w piśmie postępowaniu, a jest pełnomocnikiem, natomiast przyszły wybór oferty z najniższą ceną jest w tamtym postępowaniu wątpliwy. Odnosząc się do treści pkt 11 pisma procesowego zanegował twierdzenie o zamiarze zmuszenia wykonawców do składania ofert z cenami poniżej rynkowych. Możliwe jest bowiem ustalanie parametrów przedmiotu zamówienia na poziomie umożliwiającym uzyskanie opłacalnych ofert i spełniających wymagania zgodnych z zakresem rzeczowym i wniosku o dofinansowanie. Wskazał na brak szczegółowych regulacji prawnych co do ustalania kwot z art. 86 ust. 4 ustawy pzp. Zwrócił uwagę, że nie miał intencji unieważnienia postępowania i podejmował działania w celu zwiększenia możliwości finansowej w okresie do otwarcia ofert do dnia unieważnienia postępowania.

Przypomniał, że to on odpowiada za gospodarowanie środkami finansowymi, w tym planowanie i wydatkowanie. Zwrócił uwagę, że ewentualna zgoda na uruchomienie środków wymaga złożonych procedur, w tym także Uchwały Sejmiku Samorządowego. Podkreślił szczupłość środków własnych, rosnące koszty osobowe i rzeczowe, przy corocznym obniżeniu dotacji na działalność bieżącą. Wskazał na konieczność stosowania art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp i zwrócił uwagę, że nie wynikają z przepisu obowiązki sugerowane przez Odwołującego w tym, np. konieczność starania się o zwiększenie możliwości finansowych. Podkreślił swoją własną aktywność podejmowaną w toku postępowania w tym zakresie. Symulację kosztów przedstawioną przez Odwołującego ocenił jako nierealną, nieuwzględniającą szeregu okoliczności.

Zwrócił uwagę, że w postępowaniu miało miejsce częściowe uwzględnienie zarzutów odwołania, tj. zawartych w pkt 2 odwołania i dotyczyło zarzutów podniesionych odnośnie do braku uzasadnienia faktycznego decyzji o unieważnieniu postępowania.

Skład orzekający wskazuje w tym miejscu, że wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu naruszenia art. 93 ust. 3 ustawy pzp, odnoszącego się do braku uzasadnienia faktycznego decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji przedstawienia takiego uzasadnienia w trakcie postępowania odwoławczego, odwołanie w zakresie zarzutu podlega umorzeniu zważywszy na brak podstaw do jego rozpatrywania. Powyższe zostało uwidocznione w pkt 2 sentencji wyroku.

Oceniając zarzut bezpodstawnego unieważnienia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w powiązaniu z zasadą sformułowaną w art. 7 ust. 1 pzp skład orzekający uznaje zarzut za niezasadny. Prima facie stwierdzić można, że niespornie cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co wynika wprost z porównania niespornych kwot przedstawionych przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert z ceną ofertową dla obydwu zadań. Oczywiście jest, że argumentacja odwołującego obejmuje dodatkowe okoliczności mające uzasadnić możliwość zwiększenia kwoty na wykonanie zamówienia w ramach finansowania projektu, dla realizacji którego niezbędne jest wykonanie przedmiotowego zamówienia, a wysokość zagwarantowanych środków przewyższa cenę oferty najkorzystniejszej.

Izba podziela stanowisko, iż co do zasady ewentualne zwiększenie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Brak jest przy tym podstaw do twierdzenia, że zamawiający celowo zaniżył wysokość kwoty przeznaczanej na finansowanie przedmiotowego zamówienia i dążył do unieważnienia

postępowania. Kwotą kluczową, którą zamawiający realnie posiada lub ma zagwarantowaną dla podejmowanych decyzji jest kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia, podawana przez niego – stosownie do wymagań art. 86 ust. 3 pzp – bezpośrednio przed publicznym otwarciem ofert. W tym kontekście przepis służy pozbawieniu w odniesieniu do unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości, co ma zagwarantować kolejność czynności zamawiającego wskazanych w art. 86 ust. 3 pzp. Unieważnienie postępowania musi być decyzją mającą uzasadnienie w przepisach prawa i musi być wynikiem przeprowadzonych czynności. W ocenie Izby podstawa zaistnienia spornej przesłanki unieważnienia postępowania leży właśnie w porównaniu kwoty ogłoszonej z ceną ofert. Ogłoszona kwota, jako zamierzona do wydatkowania nie musi przy tym wyczerpywać wszelkich możliwości finansowych zamawiającego; może być nawet wynikiem ostrożnej, bezpiecznej kalkulacji własnych możliwości. Jednocześnie zauważyć należy, że nie jest uzasadnione przypisywanie zamawiającemu istnienia obowiązku podejmowania szczególnych działań w celu poszukiwania dodatkowych, w stosunku do uprzednio ogłoszonych, środków finansowych w celu zwiększenia kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 w obowiązującym brzmieniu pozwala tym samym zamawiającemu doprowadzić do zawarcia umowy z wybranym wykonawcą także w razie zaferowania ceny przekraczającej kwotę wskazaną, jaka jest możliwa do wydatkowania na realizację zamówienia.

Mając na uwadze przedstawiony w sprawie sposób finansowania zamówienia przedmiotowego, a także pozostałych, oparty na wkładzie własnym stanowiącym w istocie dotację z budżetu organu założycielskiego i dofinansowaniu w przeważającym zakresie z Funduszu Rozwoju Regionalnego, skład orzekający nie uznaje za absolutnie pewne stwierdzenia Zamawiającego, że nie istniała i nie istnieje żadna możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej pierwotnie przez niego na sfinansowanie zamówienia po cenie zaferowanej przez odwołującego. Wydaje się, że przy wielości zmiennych, jakimi są kwoty planowane na poszczególne zadania do realizacji, zarówno w toku, jak i przewidziane do rozpoczęcia w 2019 r., terminy i okresy procedur, usystematyzowanie kolejności realizacji zamówień w zależności od potrzeb, wielość organów decyzyjnych, możliwe jest dokonywanie określonych i dopuszczalnych modyfikacji planów rzeczowych i finansowych. W sprawie rozpatrywanej taka okoliczność miała miejsce ze skutkiem w postaci uznania przez zamawiającego, że dla przedmiotowego zamówienia publicznego zostały spełnione przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp. Stwierdzić jednakże należy, że to zamawiający prowadzi własną gospodarkę finansową na wszystkich etapach, poczynając od planowania, kończąc na rozliczeniu i sprawozdaniu z realizacji zadań/umów. W rozpatrywanej sprawie Izba nie dopatrzyła się celowego działania zamawiającego, jakoby zmierzającego do unieważnienia



postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na szkodę wykonawcy składającego ofertę. Brak jest dowodu, by kwota ogłoszona przed otwarciem ofert była świadomie zaniżona i stanowiła podstawę do późniejszego unieważnienia postępowania. Przeciwnie, zamawiający wykazał, że prowadził działania w celu zwiększenia możliwości wydatkowania środków finansowych. W efekcie w zakresie umożliwienia dysponowania środkami niewydatkowanymi w 2018 r., wynik zależny od podmiotu zewnętrznego, pozostał negatywny, natomiast doszło do sfinalizowania umowy o dofinansowanie kwoty wykazywanej jako wkład własny. Izba stwierdza, że nie ma żadnych podstaw prawnych, by wskazywać zamawiającemu metody, według jakich zasad może lub powinien on przypisywać poszczególne kwoty poszczególnym planowanym zadaniom, w ramach możliwości finansowych, jakkolwiek z punktu widzenia ustawy Prawo zamówień publicznych nie można wykluczyć, jak też wynika to z konstrukcji zarzutów odwołania, oceny wyniku ustalania możliwości finansowych z zamiarem obejścia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4. Jak wyżej wskazano, okoliczności faktyczne sprawy nie dają podstaw do przyjęcia takich intencji zamawiającemu.

Fakt, iż możliwe jest odmienne planowanie zakresu i sposobu redukcji kwot dla poszczególnych realizacji, w tym sugerowane w opracowaniu odwołującego, nie oznacza, że zamawiający taką odmienną metodę jest zobowiązany zastosować niezależnie od jej potencjalnych walorów.

Ponadto za nie mające istotnego znaczenia w sprawie jest ocena, czy zachowaniu zamawiającego w okresie od dnia otwarcia ofert należy przypisać zarzut opieszałości, na co ma wskazywać data decyzji o unieważnieniu postępowania, czy też przedwczesności wobec trwającego nadal braku ewentualnej decyzji o możliwości wydatkowania kwot pozostałych z planu roku 2018 jak i faktu podjęcia decyzji przed zagwarantowaniem dotacji z budżetu województwa. W zakresie ostatniego elementu można jedynie uznać za wiarygodne wyjaśnienie zamawiającego o dokonanych i znanych w dacie unieważnienia postępowania uzgodnieniu co do zawarcia w umowie wielkości przedstawionych w programie rzeczowo-finansowym.

W konsekwencji dokonanych ustaleń, Izba uznaje, że zamawiający wydając decyzję o unieważnieniu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych przez odwołującego, a zaskarżona czynność nie była wynikiem zamiaru działania na szkodę wykonawcy mającego interes w uzyskaniu zamówienia lecz potrzebą realizacji Projektu w szerokim zakresie wykraczającym poza przedmiot zamówienia.

Na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....