

Sygn. akt: KIO 1822 /13

WYROK
z dnia 7 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 sierpnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2013 r. przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - Qumak S.A., M..... L..... Multimedia Art. & Education Al. Jerozolimskie 136 02-305 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. ul. Na Grobli 14/16 50-421 Wrocław

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum - Qumak S.A., M..... L..... Multimedia Art. & Education i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - Qumak S.A., M..... L..... Multimedia Art. & Education Al. Jerozolimskie 136 02-305 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - Qumak S.A., M..... L..... Multimedia Art. & Education Al. Jerozolimskie 136 02-305 Warszawa, na rzecz **Zamawiającego** - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. ul. Na Grobli 14/16 50-421 Wrocław., 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 (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 Apelacyjnego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie i wykonanie ekspozycji: Centrum Edukacji Ekologicznej we Wrocławiu” Zdaniem Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum - Qumak S.A., M..... L..... Multimedia Art. & Education z Warszawy, w tym postępowaniu Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. z Wrocławia niezgodnie z przepisami ustawy Pzp unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust 1 pkt. 4 Pzp oraz niewystarczająco wskazał podstawy unieważnienia postępowania, albowiem nie zostały dookreślone prawne i faktyczne podstawy dla podjęcia czynności unieważnienia, a mianowicie nie wykazano braku możliwości zwiększenia środków na realizację zamówienia. Wykonawca wskazał również na naruszenie art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców, polegające na uniemożliwieniu Odwołującemu skorzystania z art. 93 ust 4 ustawy Pzp i unieważnienia postępowania, pomimo, iż Zamawiający posiada środki na sfinansowanie zamówienia. Wskazano również na naruszenie art. 86 ust 3 poprzez nieprawidłową ocenę wartości, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia oraz art. 93 ust 4 tej ustawy z uwagi na nie wskazanie prawdziwych, faktycznych i dokładnych podstaw unieważnienia postępowania powodując tym samym niemożność skorzystania przez Odwołującego ze skierowania roszczenia o zwrot uzasadnionych kosztów przygotowania oferty. Zdaniem wykonawcy również w tym postępowaniu naruszony został § 2 ust 1 pkt. 3 rozporządzenie w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na nieprawidłowe, zdaniem wykonawcy, wypełnienie protokołu z otwarcia ofert w odniesieniu do kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący stwierdził również, że (...) Czynności podjęte przez Zamawiającego w toku niniejszego postępowania przetargowego bezpośrednio naruszają interes Odwołującego. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, jako najkorzystniejsza wybrana zostałaby oferta Konsorcjum Qumak, bowiem spełnia wymogi SIWZ oraz zawiera najniższą cenę z ofert niepodlegających odrzuceniu a nadto pomimo tego, co twierdzi Zamawiający środki, w jakich posiadaniu jest Zamawiający, są wystarczające na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający pozbawiając Odwołującego możliwości pozyskania tego zamówienia powoduje u niego powstanie szkody polegającej na niemożności osiągnięcia przychodu i zysku z tego zamówienia”. Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i

unieważnienie decyzji o unieważnieniu postępowania w trybie art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp i nakazanie Zamawiającemu przedstawienia dowodów i/lub dokładnych przesłanek formalno-prawnych, potwierdzających brak posiadania środków na sfinansowanie zamówienia oraz dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w niniejszym postępowaniu oferty Konsorcjum Qumak S.A. Odwołujący ponadto wniósł o dopuszczenie, jako dowodów dokumentów załączonych do niniejszego odwołania tj. wyciągu z protokołu postępowania oraz powiadomienia skierowanego do wykonawcy o unieważnieniu postępowania [pismo z dnia 15 lipca 2013 r.] oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów niniejszego postępowania. W uzasadnieniu odwołania podał, że zgodnie z brzmieniem art. 93 ust.1 pkt 4 Ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli „cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba, że Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty”. Zdaniem wykonawcy, z tej przesłanki można było skorzystać, ale po uprzednim wykazaniu, że Zamawiający rzeczywiście nie może zwiększyć kwoty, jaką wskazał w protokole z otwarcia ofert do kwoty równej wartości, jaką Odwołujący wskazał w ofercie. Jego zdaniem Zamawiający takie środki posiada, a doprowadzenie do unieważnienia postępowania nie było pokierowane rzeczywistym brakiem środków finansowych, a jedynie tym, że Zamawiający nie chciał, aby to właśnie z Odwołującym została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał na art. 86 ust 3 ustawy Pzp, podnosząc, że Zamawiający przed otwarciem ofert zobowiązany jest do wskazania kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wskazanie tej kwoty jest pewną formą zabezpieczenia dla oferentów, która ma stanowić gwarancję bezpodstawnego unieważniania postępowania z powołaniem na brak środków. Dalej podał, że (...) nie jest możliwe w żadnej sytuacji, aby na podstawie komentowanej przesłanki zawartej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp unieważnić postępowanie, np. udowadniając, że od momentu podania podczas otwarcia ofert kwoty zamierzonej do wyboru najkorzystniejszej oferty zaszły nieprzewidywalne okoliczności, które zasadniczo ograniczyły możliwości finansowe Zamawiającego. Tym samym Zamawiający, nie mając pieniędzy wskutek zdarzeń nieprzewidywalnych, nie ma podstaw do unieważnienia postępowania i jest obowiązany udzielić zamówienia, chyba, że jednocześnie wystąpią okoliczności opisane w art. 93 ust. 1 pkt 6, dając tym samym podstawy do skorzystania z innej przesłanki unieważnienia. Jednakże w decyzji o unieważnieniu postępowania Zamawiający nie wskazał przesłanki z art. 93 ust 1 pkt, 6 a jedynie 93 ust 1 pkt 4”. Dalej wykonawca podał, że (...) W protokole z otwarcia ofert z dnia w pkt 2 ust. 2 Zamawiający wskazuje, iż kwotą, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 22.709.043,30 zł.” Zdaniem wykonawcy (...) Zamawiający już w samym protokole popełnił błąd, bowiem określona przez Zamawiającego kwota na sfinansowanie zamówienia

nie może obejmować od razu kwoty, jaką Zamawiający ma na zamówienia dodatkowe. Takiemu wnioskowaniu dowodzi fakt, iż jeśli by tak było, to żadna z ofert nie mieściłaby się w budżecie. Można to zauważyć na podstawie faktu, iż oferta ART. FM opiewała na wartość 21.978 595,71 zł a oferta TRIAS na 22.078.500,00 - co za tym idzie, gdyby kwotę podana przez Zamawiającego pomniejszyć o 20% uznać należałoby, iż żadna oferta nie mieści się w budżecie, a postępowanie powinno zostać unieważnione wcześniej. Za wnioskowaniem Odwołującego przemawia również fakt, iż w rozdziale III pkt. 10 SIWZ, Zamawiający wskazuje, iż „Zamawiający przewiduje możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt. 7 Ustawy stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego i polegających na rozszerzeniu dostawy” - zatem wartość ta jest przyszła i niepewna. Skoro wartość zamówień uzupełniających nie przekroczy 20%, to może ona być różna, bliżej niedookreślona, a z uwagi na zabezpieczający charakter kwoty podawanej przez Zamawiającego w chwili otwarcia ofert, nie jest możliwe uznanie, iż kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia może być niepewna. Gdyby uznać, że Zamawiający już w chwili otwarcia ofert chce podać wartość w rozbiciu na zamówienie podstawowe i uzupełniające, to konieczne byłoby wprost wskazanie wartości sztywnej na zamówienie podstawowe i przyszłej niepewnej określonej maksymalną wartością na roboty uzupełniające. Wykonawca stwierdził, że Zamawiający przewidział wartość 22 709 043, 30 zł na pokrycie kosztów wynikających z realizacji zamówienia podstawowego objętego przedmiotem zamówienia wskazanym w SIWZ, a nadto przewidział kwotę 3.784 840,55 zł na zamówienia uzupełniające - co daje łączną wartość w wysokości - 26.493.883,85 zł. Zatem nieprawdą jest oświadczenie Zamawiającego zawarte w decyzji o unieważnieniu postępowania, że oferta Konsorcjum Qumak S.A. przewyższa budżet Zamawiającego o 3.590.925,04 zł., bowiem oferta Odwołującego oszacowana została na kwotę 26.867.694,24”. Dalej podniósł, że (...) W pkt 8 Protokołu Zamawiający wskazał, że kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi już nie 22 709 043, 30 zł a 23.276.769,30 zł brutto. Raz, że na skutek takiego postępowania, nie sposób uznać, która z cen podanych w protokole jest ostateczna i wiążąca, to przede wszystkim powiększenie kwoty 23.276.769,30 zł brutto o kwotę prac uzupełniających z pkt 2.2. Protokołu bezwzględnie potwierdza, że oferta Konsorcjum Qumak S.A. mieści się w budżecie Zamawiającego. W konsekwencji w niniejszej sprawie nie ma podstaw do unieważnienia postępowania. Ponadto na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z dnia 26 listopada 2010 r.) Zamawiający powinien wskazać zarówno wartość zamówienia podstawowego jak i zamówień uzupełniających w sposób prawidłowy, a w przedmiotowej sprawie uchybił temu obowiązkowi. Odwołujący podkreślił, że wiedzę o tym fakcie uzyskał dopiero w dniu przesłania decyzji o unieważnieniu postępowania, bowiem

sądził, iż Zamawiający wskazując na wartość 22. 709 043,30 zł miał na myśli koszt realizacji zamówienia podstawowego, bowiem zamówienia uzupełniające są niepewne i nie sposób określić sztywnej wartości na podstawie zdarzeń przyszłych niepewnych”. Zdaniem wykonawcy art. 93 ust 1 pkt. 4 ustawy Pzp stanowi o kwocie, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a więc o kwocie, jaką Zamawiający jest w stanie wygospodarować w swych środkach finansowych i która może być wyższa niż ta, jaka została podana w chwili otwarcia ofert. Wskazując ponownie na orzecznictwo stwierdził, że „Zamawiający ma możliwość dokonania oceny swojej sytuacji finansowej, jeżeli wystąpiły okoliczności prowadzące do zmiany środków, jakie zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wynika to przede wszystkim z rozróżnienia przez ustawodawcę kwoty, jaką Zamawiający "zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia" (art. 86 ust. 3 ustawy p.z.p.) od kwoty, którą Zamawiający "może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia" (art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p.). Istota tej różnicy prowadzi do stworzenie możliwości reakcji Zamawiającego na zmiany jego sytuacji finansowej między datą ogłoszenia postępowania, datą otwarcia ofert a datą rozstrzygnięcia przetargu”. Dalej podał, że (...) Pomimo zmiany treści tego artykułu, intencja pozostaje podobna, bowiem obecna treść art. 93 ust 1 pkt, 4 Pzp zezwala Zamawiającemu na zwiększenie kwoty na realizację zamówienia. Co za tym idzie kwota, podana zgodnie z art. 86 ust. 3, nie wiąże Zamawiającego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty ją przekracza”. W konkluzji stwierdził, że kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia Zamawiający - wskazaną w trybie art. 86 ust 3 ustawy Pzp - nie jest kwotą ostateczną. Zwrócił uwagę na wartość łączną środków, jakie Zamawiający zabezpieczył na realizację zamówienia i jego zdaniem jest to niewątpliwie kwota 26.493.883,85 zł, albowiem nie ma tu znaczenia, że wartość ta obejmuje również prace uzupełniające, bowiem ta kwota świadczy o tym, iż Zamawiający zabezpieczył większe środki na realizację zamówienia niż tylko wartość 22 709 043, 30 zł, a wartość oferty Odwołującego w tej powiększonej kwocie się mieści. Podał również, że w rozdziale III, pkt 10 specyfikacji wskazano tylko, że przewiduje się możliwość zlecenia zamówień uzupełniających, co nie oznacza wcale, iż takie zamówienia zostaną zlecone. Tym samym, w przekonaniu Odwołującego, Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert dokonał wskazania kwoty z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców. Dalej podał, że „Korzystanie z dobrodziejstwa art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jak również przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może wynikać z łamania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, która winna być zachowana przez Zamawiającego na każdym etapie postępowania.” Zdaniem wykonawcy, w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia ze złamaniem tej

zasady, po pierwsze, w wyniku unieważnienia postępowania, w sytuacji, gdy oferta Odwołującego oferty niepodlegająca odrzuceniu, (jako jedyna w przedmiotowym postępowaniu) jest najkorzystniejsza, a Zamawiający posiadając środki finansowe unieważnił postępowanie. Po drugie, z uwagi na fakt, iż brak wskazania przesłanek formalno - prawnych i faktycznych uniemożliwia Odwołującemu, jako jedynemu uprawnionemu, do skorzystania z art. 93 ust 4 ustawy Pzp, pomimo, iż zdaniem Odwołującego postępowanie zostało unieważnione z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego”. Ponownie powołując się na doktrynę stwierdził, że zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. „Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich Wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie Wykonawców.” Podkreślił także, że (...) okolicznością bezsporną jest, iż Zamawiający posiada środki na sfinansowanie zamówienia i nie powinien dokonywać unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp. Dodał, że (...) w decyzji o unieważnieniu postępowania z dnia 15 lipca 2013 r. Zamawiający informuje jedynie, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, dlatego też dokonuje unieważnienia postępowania. Brak jest wskazania podstaw dokonania tejże czynności, odniesienia się do kwoty zabezpieczonej na potrzeby zamówień uzupełniających. Takie opisanie przesłanek unieważnienia postępowania jest nieprawidłowe i narażające Odwołującego na szkodę, zarówno w odniesieniu do niemożności podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego jak i w odniesieniu do niemożności skierowania do Zamawiającego w trybie art. 93 ust 4 Pzp roszczenia o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty. Ustawodawca dokonując wprowadzenia przepisu art. 93 ust 4 niejako obliguje Zamawiającego do wskazania dokładnych i zgodnych ze stanem faktycznym przesłanek unieważnienia postępowania, a opisanie ich w sposób wskazany przez Zamawiającego, nie czyni zadość przepisom Ustawy Pzp i pozwala się jedynie domyślać faktycznych powodów dokonania czynności unieważnienia postępowania”. W konkluzji wykonawca wskazał, że „Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły, przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej, a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia było prawidłowe, spoczywa zawsze na Zamawiającym – wymaga to podania prawnego i faktycznego uzasadnienia, a fakt ten powinien zostać uzewnętrzny wykonawcom. To zdaniem wykonawcy oznacza, że w świetle przepisów ustawy Pzp Zamawiający przed unieważnieniem postępowania w sytuacji zaistnienia przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest zobowiązany do podjęcia starań

celem uzyskania dla realizacji zamówienia większych środków niż te, które wskazał przed otwarciem ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Tak jak ustaliła Izba w odwołaniu podniesiono zarzut naruszenia art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, albowiem zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy, Zamawiający niezgodnie z przepisami ustawy Pzp unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego oraz niewystarczająco podał podstawy unieważnienia postępowania, a mianowicie nie wykazał braku możliwości zwiększenia środków na realizację zamówienia. Wykonawca wskazał również na art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp, stanowiący o zasadzie równego traktowanie wykonawców, gdyż wobec nie wskazania prawdziwych i faktycznych oraz dokładnych podstaw unieważnienia postępowania uniemożliwiono Odwołującemu skorzystanie z dyspozycji art. 93 ust 4 ustawy Pzp określającego podstawy roszczenia o zwrot uzasadnionych kosztów przygotowania oferty. Zdaniem wykonawcy, Zamawiający posiada środki na sfinansowanie zamówienia i nieprawidłowo, z naruszeniem art. 86 ust 3 ustawy Pzp, dokonał oceny wartości, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Odwołujący wskazał również, że w tym postępowaniu naruszony został § 2 ust 1 pkt. 3 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na nieprawidłowe, zdaniem wykonawcy, wypełnienie protokołu z otwarcia ofert w odniesieniu do kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Rozpoznając zarzuty z odwołania Izba przede wszystkim miała na uwadze dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie, z którą strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą [kontradyktoryjności](#), która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i zgodnie z tą zasadą strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust.7 ustawy Pzp, przestrzegając jednocześnie zasad logicznego i uzasadnionego rozumowania. Przez fakt dowodzenia, jak podkreśla się w doktrynie, należy rozumieć wykazanie prawdziwości twierdzenia o fakcie wskazywanym przez uczestnika postępowania [strona lub przystępujący wykonawca], którymi to okolicznościami powołujący się jest zdolny uzasadnić

żądanie lub zarzut bądź, – co jest dopuszczalne przed Izba - wykazać ich niezasadność. Co prawda ciężar udowodnienia danego twierdzenia – zgodnie z paremią rzymską (ei incumbit probatio qui dicit non qui negat) spoczywa – w pierwszej kolejności, na odwołującym, jednakże zdaniem Izby, w postępowaniu odwoławczym na gruncie ustawy Pzp, to każdy z jej uczestników [strona bądź przystępujący wykonawca] powinien przejawiać inicjatywę dowodową w celu słusznej obrony, albo w celu potwierdzenia stawianych zarzutów. Izba jednocześnie stwierdza, że w niniejszej sprawie wykonawca, powołując się intencjonalnie na orzecznictwo oraz poglądy doktryny nie zwraca uwagi, że okoliczności przez niego przytaczane dotyczą innych stanów faktycznych, a mianowicie ograniczenia, a nie [jak w niniejszej sprawie] zwiększenia, kwoty środków podanych przed otwarciem ofert w trybie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. Dokonując nadinterpretacji poglądów orzecznictwa i doktryny, wykonawca przyznaje jednocześnie, że wskazanie kwoty na podstawie art. 86 ust.3 ustawy Pzp jest pewną formą zabezpieczenia dla oferentów, stanowiąc jednocześnie barierę bezpodstawnego unieważniania postępowania z powołaniem na brak środków oraz, że (...) nie jest możliwe w żadnej sytuacji, aby na podstawie komentowanej przesłanki zawartej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp unieważnić postępowanie, np. udowadniając, że od momentu podania podczas otwarcia ofert kwoty zamierzonej do wyboru najkorzystniejszej oferty zaszyły nieprzewidywalne okoliczności, które zasadniczo ograniczyły możliwości finansowe Zamawiającego”. Te okoliczności dotyczą, jak już wskazano, diametralnie odmiennych stanów faktycznych.

Odnosnie zarzutu, braku wykazania przez Zamawiającego, że nie może on przeznaczyć na realizację zamówienia wyższej kwoty, aniżeli podana przed otwarciem ofert, Izba stwierdza, że ten zarzut oparty jest na błędnej interpretacji przesłanki z art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, podobnie, jaki i przepisu art. 93 ust.4 ustawy Pzp w związku z art. 93 ust.3 tej ustawy [naruszenia, którego to przepisu wykonawca de facto nie wskazuje w odwołaniu]. Ze wskazywanych, bowiem w odwołaniu przepisów ustawy Pzp nie wynika, aby Zamawiający przed unieważnieniem postępowania, w sytuacji zaistnienia przesłanki z art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, był zobowiązany do podjęcia starań celem uzyskania dla realizacji zamówienia, większych środków niż te, które podał bezpośrednio przed otwarciem ofert. W świetle tego przepisu przede wszystkim Odwołujący nie może przede wszystkim skutecznie domagać się zwiększenia środków finansowych na przedmiotowe zamówienie i tym samym brak jest podstaw do prowadzenia postępowania dowodowego, na okoliczność, czy Zamawiający posiada wolne środki finansowe, które powinien przeznaczyć na objęte przedmiotem sporu zamówienie. Izba podkreśla, że decyzja o zwiększeniu środków finansowych na realizację zamówienia jest zawsze suwerennym prawem Zamawiającego i ta decyzja jest poza kognicją Izby. Tym samym, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa formalnie kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, to zgodnie z przepisem art.

93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający może – bez dokonywania dodatkowych ustaleń - unieważnić postępowanie. Izba również zwraca uwagę, że wykonawca nie może powoływać się na wartość szacunkową zamówienia, w której to kwocie - zgodnie z ustawą Pzp - należy również uwzględniać wartość przewidywanych zamówień uzupełniających. Dla niniejszej sprawy rozstrzygające znaczenie ma kwota środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia podstawowego, ogłaszana przez otwarciem ofert na podstawie art. 86 ust.3 ustawy Pzp. Izba także zauważa, że wykonawca nie może skutecznie domagać się udzielenia mu zamówienia, powodującego wyższe wydatkowanie środków, aniżeli przyjęto w planie, w tym przypadku w Wieloletnim planie działania spółki – plan inwestycyjny na lata 2013 – 2017. Na gruncie przepisu art. 93 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 86 ust.3 ustawy Pzp, wykonawca przedstawiający ofertę z ceną wyższą niż kwota środków, nie korzysta z takiej ochrony, jak wykonawca, który oferuje wykonanie zamówienia za cenę niższą lub równą kwocie podanej przed otwarciem ofert, a jego oferta jest potencjalnie i obiektywnie najkorzystniejszą. Tym samym Izba ponownie podaje, że poza jej kompetencją jest możliwość badania sytuacji finansowej Zamawiającego w zakresie możliwości zwiększenia kwoty podanej przez niego na otwarciu ofert. W konkluzji Izba stwierdza, że w niniejszym postępowaniu w związku z jego unieważnieniem na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp nie doszło do naruszenia wskazanych przepisów, zarówno z ustawy Pzp, jak i powołanego rozporządzenia. Izba ponadto stwierdza, że podnoszone naruszenie art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art.93 ust.4 ustawy Pzp, jest o tyle niezrozumiałe, że wszyscy uczestnicy tego postępowania uzyskali zawiadomienia jednakowej treści i tym samym każdy z nich w takim samym stopniu mógł rozważać skorzystanie z dyspozycji art. 93 ust 4 ustawy Pzp. Kwestia podpisu na zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania nie podlega rozpoznaniu przez Izbę, albowiem naruszenie zasady reprezentacji nie było przedmiotem odwołania i tym samym w tym zakresie ma zastosowanie art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie, z którym Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Na marginesie Izba zauważa, że Zamawiający przedstawił na rozprawie odpisy powiadomień skierowanych do wszystkich uczestników opatrzonych podpisami dwóch członków zarządu [członka zarządu ds. finansów i administracji oraz członka zarządu – dyrektora technicznego], które to odpisy mają moc dowodową silniejszą wobec kserokopii załączonej do odwołania z podpisem i pieczęcią członka zarządu – dyrektora technicznego. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że w przypadku kserokopii dokumentu - pieczęć i podpis członka zarządu – dyrektora technicznego, tak jak w odpisie, została umiejscowiona na ostatniej stronie, z pozostawieniem z kolei w kserokopii pustego miejsca, na którym to w odpisie widnieje podpis i pieczęć członka ds. finansów i administracji.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....