

Sygn. akt: KIO 2804/13

Sygn. akt: KIO 2821/13

WYROK
z dnia 18 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 6 grudnia 2013 r. przez wykonawcę **M..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych P..... M....., Ligota Oleska 43, 46-331 Radłów** (sygn. akt KIO 2804/13)

- B. w dniu 6 grudnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Zrywka Drewna J..... S....., S..... R..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zrywka Drewna S..... R....., ul. Kolorowa 17, 46-331 Radłów** (sygn. akt KIO 2821/13)

w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Olesno, ul. Gorzowska 74, 46-300 Olesno**

orzeka:

1. uwzględnić odwołania i nakazuje zamawiającemu:

A. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na zadanie nr 2 ;

B. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na zadanie nr 3.

2. kosztami postępowania obciąża **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Olesno, ul. Gorzowska 74, 46-300 Olesno** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych P..... M....., Ligota Oleska 43, 46-331 Radłów** oraz przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Zrywka Drewna J..... S....., S..... R..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zrywka Drewna S..... R....., ul. Kolorowa 17, 46-331 Radłów** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Olesno, ul. Gorzowska 74, 46-300 Olesno** kwotę **33 600 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) w tym:

A. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) na rzecz **M..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych P..... M....., Ligota Oleska 43, 46-331 Radłów** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

B. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) na rzecz **J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Zrywka Drewna J..... S....., S..... R..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zrywka Drewna S..... R....., ul. Kolorowa 17, 46-331 Radłów** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zmianami), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2804/13

Sygn. akt: KIO 2821/13

Uzasadnienie

ZAMAWIAJĄCY: Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Olesno prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn: "Usługi Leśne z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Olesno w 2014 roku" Przedmiot zamówienia podzielono na 12 zadań.

Sygn. akt KIO 2804/13

W zakresie zadania nr 2 odwołanie wniósł Zakład Usług Leśnych P..... M....., Ligota Oleska 43, 46 - 331 Radłów

Odwołanie dotyczy podjętych przez Zamawiającego decyzji dotyczących dokonania zmiany wartości szacunkowej zamówienia oraz dokonania zmniejszenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia co polegało na:

1/ dokonaniu autokorekty - zmniejszenia kwot jakie zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zadań od 1 - 12 w stosunku do kwot jakie podał zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy pzp na sesji otwarcia ofert w dniu 30 października 2013 r.

2. dokonaniu zmiany wartości zamówienia po terminie otwarcia ofert, co jest niezgodne z art. 35 ust. 1 w związku z art. 35 ust.1 ustawy.

Zamawiający tym samym naruszył przepisy;

art. 86 ust.3 ustawy Pzp , art. 35 ust. 1 i 2 ustawy poprzez zmianę wartości zamówienia po terminie wszczęcia postępowania i terminie składania, otwarcia ofert, art. 7 ust.1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co tym samym powoduje naruszenie zasady bezstronności postępowania.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający dnia 26.11.2013 r. poinformował, że w tym dniu 26.11.2013 r. podjął Decyzję nr 4 polegającą na zmniejszeniu poszczególnych kwot jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zadań objętych niniejszym postępowaniem przetargowym.

Zamawiający dnia 11.10.2013 r. ogłosił w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej DZ.U/S SI98 przetarg nieograniczony Usługi Leśne. W ogłoszeniu tym podał szacunkową wartość Zamówienia bez podatku VAT kwotę 19.118.400 PLN. oraz podał szacowane wartości dla poszczególnych części. Następnie dnia 14.10.2013 r. Zamawiający dokonał zmiany szacowanej wartości zamówienia z 19.118.400 PLN na kwotę 11.465.488,00 PLN, o czym poinformował w ogłoszeniu dodatkowych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zmiana ta dotyczyła również szacowanych wartości dla poszczególnych części.

Odwołujący wskazał na szacowane wartości dla poszczególnych części i ich zmiany w trakcie trwania postępowania przetargowego dla poszczególnych części, odpowiednio wartość szacunkowa przed zmianą bez VAT, wartość szacunkowa po zmianie i podana na otwarciu ofert jako kwoty, które zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia bez VAT, wartość szacunkowa zmieniona Decyzją Nr 4 po otwarciu ofert z VAT oraz cenę ofertową odwołującego w zadaniu nr 2.

Część 1	2.323.764 zł.	1.449.356 zł.	1.203.925,84 zł.	
<u>Część 2</u>	<u>2.129.280 zł.</u>	<u>1.294.059 zł.</u>	<u>1.026.630,01 zł.</u>	<u>1.369.622,39 zł.</u>
Część 3	1.937.709 zł.	1.193.207 zł.	955.572,36 zł.	
Część 4	2.756.706 zł.	1.585.578 zł.	1.201.641,85 zł.	
Część 5	2.739.147 zł.	1.512.464 zł.	1.264.228,44 zł.	
Część 6	2.550.244 zł.	1.426.145 zł.	1.047.627,44 zł.	
Część 7	3.625.704 zł.	1.948.833 zł.	1.484.007,69 zł.	
Część 8	278.545 zł.	-	300.828,86 zł.	
Część 9	166.598 zł.	-	179.925,96 zł.	
Część 10	165.107 zł.	-	178.315,03 zł.	
Część 11	429.216 zł.	-	452.839,79 zł.	
Część 12	16.380 zł.	-	17.690,40 zł.	

Zamawiający na sesji otwarcia ofert w dniu 30.10.2013 r. zgodnie z art. 86 ust.3 ustawy podał kwotę netto 1.294.059 zł. (**brutto 1.397.583 zł.**) jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia dla części 2. Podał również kwotę oferty odwołującego tj; **1.369.622,36** brutto, co stanowi, że cena odwołującego jest niższa od wartości, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie części 2.

Jednakże w dniu 26.11.2013 r. (po otwarciu ofert) podjął decyzję pn; „Decyzja Nadleśniczego Nadleśnictwa Olesno nr 4” , która obniża wartość jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie części 2 podając kwotę brutto 1.026.630,01 zł., co powoduje, że kwota ofertowa odwołującego przewyższa tę kwotę, a takie działanie Zamawiającego może pozbawić wykonawcę uzyskania niniejszego zamówienia.

Zamawiający zobowiązany art. 32 ust. 1 ustawy do ustalenia wartości zamówienia z należytą starannością w trakcie postępowania dokonał jej zmiany dwukrotnie zmniejszając ją dla części 2 aż o 1.272.992,39 zł. brutto (2.299.622,4 zł. - 1.026.630,01 zł. kwoty brutto).

Zamawiający zgodnie z art. 35 ustawy Pzp ma obowiązek oszacować wartość zamówienia przed wszczęciem postępowania o zamówienie publiczne, zmiana wartości szacunkowej

zamówienia nie jest możliwa w trakcie trwania procedury. Art. 35 ust. 2 ustawy Pzp dopuszcza ponowne oszacowanie zamówienia w sytuacji wystąpienia zmiany okoliczności mających wpływ na dokonane pierwotnie ustalenia, zastrzegając jednocześnie, że zmiana wartości jest możliwa wyłącznie przed wszczęciem postępowania. Za niedopuszczalne i niezgodne z przepisami ustawy Pzp należy uznać zatem wynikające z ponownego oszacowania wartości zamówienia zmniejszenie wartości kwoty przeznaczonej pierwotnie na finansowanie zamówienia.

Jako uzasadnienie faktyczne podjęcia decyzji z dnia 26.11.2013 r. Zamawiający podaje, w decyzji strzałka trzecia że „w toku badania ofert okazało się, że kwoty bazowe odczytane na otwarciu ofert powinny być mniejsze ; błąd wyniknął podczas zestawienia kwot częściowych w arkuszu kalkulacyjnym Excel i zdublowaniu niektórych kolumn. ”

Zamawiający w uzasadnieniu podjęcia decyzji nr 4 nie podaje konkretnie na czym miałyby polegać błąd i w jaki sposób Nadleśniczy dokonał jego poprawy. Zamawiający w uzasadnieniu używa sformułowania „niektórych kolumn” jednakże nie wskazuje o jakie kolumny chodzi. Jednocześnie Zamawiający podaje, że przedmiotową decyzję podjął na podstawie doktryny i stanowiska Prezesa KIO zawartego w załączniku nr 1 do uchwały nr 1/2012 Zgromadzenia Ogólnego Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2012 r. pt. „Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2011 r.”, jednakże przywołana doktryna i stanowisko Prezesa KIO w żaden sposób nie odnosi się do możliwości dokonania zmniejszenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia publicznego po terminie otwarcia ofert. Dlatego też przywołanie tej doktryny i tego stanowiska jako podstawy do podjęcia Decyzji nr 4 jest wprowadzeniem uczestników postępowania w błędny „świat” rzeczywistości prawnej.

Zamawiający dokonanie autokorekty dokonał na skutek weryfikacji ofert przetargowych, co zostało udokumentowane w protokole postępowania w punkcie 2 ppkt.3. Ten fakt tylko to stosowanie próby manipulacji, co na celu ma wyeliminowanie firmy z postępowania.

Podjęta decyzja nr 4 o zmniejszeniu kwot na sfinansowanie niniejszego zamówienia jest próbą wyeliminowania z postępowania przetargowego poprzez zastosowanie art. 93 ust.1 pkt.4 ustawy, co konsekwencją będzie unieważnienie przetargu dla zadań, w których nasza firma bierze udział.

Zamawiający manipuluje przetargiem i dopasowuje kwoty jakie przeznacza na sfinansowanie poszczególnych zadań do poszczególnych wykonawców świadomie dążąc do wyeliminowania jednych a wybrania drugich. Takie działanie narusz zasady z art. 7.

Celem przepisu art. 86 ust. 3 ustawy jest zapewnienie jawności i przejrzystości postępowania oraz uniemożliwienie podejmowania przez Zamawiających arbitralnych decyzji o unieważnieniu postępowania z powołaniem się na przesłankę art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający, rozpoczynając procedurę o zamówienie publiczne ma obowiązek

zagwarantować w preliminarzu wydatków kwotę, którą podał bezpośrednio przed otwarciem ofert. Dla wszystkich stron postępowania informacja o wysokości tej kwoty jest niezwykle ważna, gdyż determinuje możliwość unieważnienia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną ją przewyższa, a zamawiający nie ma możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty (art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 86 ust. 3 ustawy pzp). Kwota, jaką Zamawiający podaje przed otwarciem ofert, ma nie tylko znaczenie informacyjne. Stanowi także zobowiązanie, że wykonawca, którego cena ofertowa nie przekroczy kwoty, jaką Zamawiający planuje przeznaczyć na sfinansowanie, może liczyć na zawarcie umowy. Liczne orzecznictwo KIO stanowi, że Zamawiający po otwarciu ofert nie może zmniejszyć kwoty, którą zamierza przeznaczyć na zamówienie, co tym samym nie można unieważnić postępowania, w sytuacji, gdy kwota, jaką Zamawiający podał przed otwarciem ofert, jest wyższa niż cena najkorzystniejszej oferty. Kwota ta, a właściwie jej upublicznienie, w rezultacie pełni również funkcję ochronną dla uczestników postępowania, gdyż z jednej strony umożliwia zamawiającym unieważnienie postępowania w sytuacji braku możliwości sfinansowania zamówienia na warunkach ceny oferty przetargowej przekraczającej jego możliwości finansowe, z drugiej zaś chroni wykonawców przed nieuprawnionym unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp. wynikającym jedynie w wyniku subiektywnych, arbitralnych decyzji zamawiającego.

Powyższy stan prawny potwierdza Jerzy Pieróg w Komentarzu PZP wydanie 12 Warszawa 2013 dotyczący art. 86 ust. 3 str. 318 -319 w którym wskazuje, że „(...) kwota podawana przed otwarciem ofert odzwierciedla możliwości finansowe zamawiającego, a nie obiektywną, rynkową wartość przedmiotu zamówienia. Kwota ta jest wartością minimalną i po otwarciu ofert może ulec zwiększeniu. Zakazane jest natomiast zmniejszenie tej kwoty. Przepis art. 86 ust.3 wprowadza zresztą do ustawy w celu wyeliminowania praktyk manipulowania tą kwotą i unieważniania na tej podstawie postępowania.”

W niniejszym postępowaniu niezgodne z art. 86 ust. 3 jest działanie Zamawiającego, który dokonuje zmniejszenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia po otwarciu ofert, oraz niezgodne jest dokonywanie zmiany wartości zamówienia po wszczęciu postępowania, co tym samym prowadzi do naruszenia art. 7 ust.1 ustawy czyli zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający naraża się na zarzut preferowania i faworyzowania jednych wykonawców a wyeliminowanie z postępowania drugich ale również na zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Odwołujący wnosi o unieważnienie czynności związanej:

1. ze zmniejszeniem kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotu zamówienia tzn. unieważnienie Decyzji Nadleśniczego Nadleśnictwa Olesno nr 4 z dnia 26.11.2013 r.

2. ze zmianą wartości zamówienia, która została dokonana po terminie wszczęcia postępowania.
3. dokonanie ponownej oceny oferty zgodnie z przepisami ustawy PZP z uwzględnieniem argumentów w niniejszym odwołaniu i dokonania wyboru oferty odwołującego.

Sygn. akt KIO 2821/13

Dla części 3 odwołanie wniosło Konsorcjum Firm; Lider Konsorcjum Zakład Usług Leśnych Zrywka Drewna J..... S..... Ul. Kolorowa 1746 - 331 Radłów,
Partner konsorcjum: Zrywka Drewna S..... R..... Sowczyce, ul. Nowa 8,46-300 Olesno

Zarzuty i żądania odwołania oraz uzasadnienie faktyczne i prawne stanowiska odwołującego są tożsame z przedstawionymi w sprawie sygn. akt KIO 2804/13.

Odwołujący wskazał, że w wyniku korekt dokonanych przez zamawiającego Zamawiający na sesji otwarcia ofert w dniu 30.10.2013 r. zgodnie z art. 86 ust.3 ustawy podał kwoty dla części nr 3 netto 1.193.207 zł. (brutto 1.288.663,56 zł.) jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia. Odczytane na sesji otwarcia ofert ceny ofertowe odwołującego dla części 1 i części 3 są niższe od kwot przeznaczonych przez zamawiającego na finansowanie zamówienia.

Zamawiający dnia 26.11.2013 r. podjął Decyzję nr 4 polegającą na zmniejszeniu poszczególnych kwot jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zadań objętych niniejszym postępowaniem przetargowym.

Zamawiający dnia w dniu 11.10.2013 r. ogłosił w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej DZ.U/S SI98 przetarg nieograniczony Usługi Leśne. W ogłoszeniu tym Zamawiający podał szacunkową wartość Zamówienia bez podatku VAT kwotę 19.118.400 PLN. oraz podał szacowane wartości dla poszczególnych części. Następnie dnia 14.10.2013 r. Zamawiający dokonał zmiany szacowanej wartości zamówienia z 19.118.400 PLN na kwotę 11.465.488,00 PLN, o czym poinformował w ogłoszeniu dodatkowych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zmiana ta dotyczyła również szacowanych wartości dla poszczególnych części. Zamawiający na sesji otwarcia ofert w dniu 30.10.2013 r. zgodnie z art. 86 ust.3 ustawy podał kwoty dla części dla części nr 3 netto 1.193.207 zł. (brutto 1.288.663,56 zł.) jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia. Odczytane na sesji otwarcia ofert ceny ofertowe odwołującego dla części 3 są niższe od kwot przeznaczonych przez zamawiającego na finansowanie zamówienia.

Zamawiający w dniu 26.11.2013 r. (po otwarciu ofert) podjął decyzję pn; „Decyzja Nadleśniczego Nadleśnictwa Olesno nr 4” , która obniża wartości jaką przeznaczył na sfinansowanie części 1 i 3 podając kwotę brutto dla części 1 - 1.203.925,84 zł.

a dla części 3 - 955.572,36 zł., co powoduje, że kwoty ofertowe 1.243.551,70 zł. (część 1), 1.269.501,53 zł (część 3) przewyższają te kwoty a takie działanie Zamawiającego może pozbawić odwołującego uzyskania niniejszego zamówienia.

Wnosi o uwzględnienie odwołania oraz o unieważnienie czynności związanej:

1. ze zmniejszeniem kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotu zamówienia tzn. unieważnienie Decyzji Nadleśniczego Nadleśnictwa Olesno nr 4 z dnia 26.11.2013 r.
2. ze zmianą wartości zamówienia, która została dokonana po terminie wszczęcia postępowania.
3. dokonanie ponownej oceny oferty zgodnie z przepisami ustawy PZP z uwzględnieniem argumentów w niniejszym odwołaniu i dokonania wyboru oferty odwołującego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań. Wskazał, że modyfikacja wartości, na jaką, w pierwszej kolejności, zamawiający oszacował wartość zamówienia z kwoty 19.118.400 zł na kwotę 11.465.488 zł miała miejsce 4 dni po ogłoszeniu zamówienia. Informacja o wprowadzonej zmianie została ogłoszona w przewidzianym ustawą trybie i nie mogła ona wpłynąć realnie na grono potencjalnych wykonawców, a zatem nie doszło do naruszenia art. 35 ust. 1 i 2 i art. 7 oraz art. 86 ust. 3 ustawy pzp.

Zamawiający stwierdził, że przyczyną wprowadzenia autokorekty w oparciu o Decyzję nr 4 Nadleśniczego Nadleśnictwa Olesno było omyłkowe zdublowanie, w arkuszu kalkulacyjnym Excel, przy wyliczaniu kwot czynności z zakresu pozyskania i zrywki drewna w zadaniach nr 1 – 7 oraz omyłkowym odczytaniem kwot netto, zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy podczas otwarcia ofert. Pomyłka w zakresie zadań 1 – 7 była spowodowana błędem w procesie sumowania poszczególnych kwot składowych.

Zamawiający wskazał na kluczowe znaczenie faktu, iż załącznikami do siwz (zał. 9 opis przedmiotu zamówienia pozyskanie ze zrywką oraz zał. 10 – opis przedmiotu zamówienia zagospodarowanie) były przedmiary robót, precyzyjnie określające zakres prac, jakie składały się na przedmiot zamówienia. Błąd został wykryty przez zamawiającego dopiero podczas badania kosztorysów załączonych do oferty, kiedy to zestawiono je z przedmiarem. W perspektywie zadań 1 – 7 rozbieżność między kwotą podaną na otwarciu ofert (netto), a kwotą (netto), jaka zamawiający dysponował faktycznie, w oparciu o zatwierdzony plan finansowy, wynosiła 2 901 737,81 zł, a w przypadku części nr 2 – wynosiła 358 257,11 to jest 12,3%.

Zamawiający postanowił unieważnić postępowanie w zakresie zadań 1 – 7, ponieważ błąd był na tyle poważny, że uniemożliwia on zawarcie umów, na zadania 1-7, które nie podlegałyby unieważnieniu, ze względu na faktyczny brak środków finansowych w tym

rozmiarze. Po sprawdzeniu wszystkich kosztorysów i zestawieniu ich z kwotami, jakimi zamawiający faktycznie dysponuje na realizację poszczególnych zadań, Nadleśnictwo, kierując się interesem publicznym rozumianym jako możliwość zawarcia umowy, podjęło dnia 15.11.2013 r. Decyzję nr 3 o dokonaniu pierwszej autokorekty w przedmiocie unieważnienia postępowania. Aby faktycznie istniała możliwość doprowadzenia do zawarcia umów przynajmniej na część zadań z grupy 1 – 7, konieczne było dokonanie drugiej autokorekty, stanowiącej bezpośrednią konsekwencję pierwszej – czyli podanie kwot, którymi zamawiający w oparciu o plan finansowy (rozp. RM z 6 grudnia 1994 r. w sprawie szczegółowych zasad gospodarki finansowej w Państwowym Gospodarstwie Leśnym Lasy Państwowe, Dz.U. nr 134), faktycznie dysponuje na poszczególne zadania.

Zamawiający wskazał na możliwość dokonania autokorekty swoich czynności, powołał na tę okoliczność informację KIO o działalności za 2011 r., a także wskazał dopuszczalność poprawiania błędów wykonawców wynikającą z art. 26 ust. 3 i 87 ust. 2 ustawy.

Zamawiający zauważa, że dzięki dokonanej korekcie nie musiał unieważniać postępowania w przeważającej części zadań i mógł wyłonić wykonawców, co jest działaniem w interesie publicznym. Stwierdza, że kwota przeznaczona na poszczególne zadania została ustalona uprzednio w planie finansowym, a zamawiający jedynie dokonał korekty błędu formalnego powstałego w ramach czynności dokonanej na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy tak, by wartości zgadzały się ze środkami, którymi zamawiający faktycznie dysponuje.

Zamawiający stwierdził, że ewentualne uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do sytuacji, w której zamawiający byłby zobligowany do zawarcia umowy, na mocy której musiałby za wykonane usługi zapłacić kwotę, którą nie dysponuje. Przypomniał, że zarządza mieniem Skarbu Państwa w zakresie powierzonym mu ustawą z 28 września 1991 r. o lasach i jest zobligowany do racjonalnego prowadzenia gospodarki finansowej. Zauważył, że dzięki wprowadzeniu autokorekty wyłonił wykonawców na 5 z 7 zadań należących do grupy 1 – 7. Ponieważ wartość przekroczenia kwot, którymi faktycznie dysponował, z wyłączeniem zadania 2 i 3 wahała się w granicach 3,29% 5,70% tj. 39 625,86 zł – 85 594,47 zł, nadleśnictwo podjęło decyzję o dokonaniu przesunięcia środków w tym zakresie i dokonania wyboru wykonawcy pomimo przekroczenia.

W odniesieniu do zadań 2 i 3, gdzie kwota przekroczona była odpowiednio o 342 992,35 zł tj. 33,41% oraz o 313 929,17 zł tj. 32,85% zamawiający nie dysponował środkami wskazanymi w ofertach wykonawców i nie byłby w stanie zrealizować przedmiotowego zamówienia za te kwoty.

Dzięki zastosowaniu autokorekty miał możliwość wyłonienia wykonawców na zadania 1, 4, 5, 6 i 7. W zakresie zadania nr 2 i 3 postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp.

Zamawiający podkreśla, że nie ma możliwości zwiększenia przedmiotowej kwoty, tak aby była ona tożsama z ofertą odwołującego, ponieważ znacznie przekracza ona budżet przeznaczony na ten cel.

Zauważa przy tym, że w razie uwzględnienia odwołania powstałaby sytuacja, że na terenie jednego nadleśnictwa stawki jednostkowe za wykonywanie takich samych prac w praktycznie tożsamych warunkach różniłyby się diametralnie. Wskazał przykłady tych różnic stwierdzając, że taki stan naruszałby interes publiczny i powodował nierówne traktowanie wykonawców, a także spowodowałby negatywne następstwa na rynku usług leśnych i wobec przedsiębiorców świadczących usługi leśne.

W toku rozprawy strony podtrzymały stanowiska.

Odwołujący dodatkowo zauważył, że jak wynika z czynności zamawiającego zamawiający utożsamia wartość zamówienia z kwotą, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 35 i art. 86 ustawy pzp). Przypomniał kolejność czynności zamawiającego, to jest unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 z dnia 8 listopada 2013 r., a następnie w wyniku decyzji nr 3 z 15 listopada 2013 r. powtórzenie czynności oceny ofert oraz dokonanie zmniejszenia kwot przewidzianych na sfinansowanie zamówienia (decyzja nr 4 z 26 listopada 2013r.). W konsekwencji nastąpiło unieważnienie postępowania m.in. w częściach 2 i 3, to jest będących przedmiotem rozpoznania. W związku ze złożoną odpowiedzią na odwołanie zakwestionował prawo zamawiającego do zmniejszania kwot, o których mowa w art. 86 ust 3 ustawy pzp. Stwierdził, że również niedopuszczalne byłoby zwiększenie ceny ofertowej po ogłoszeniu kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Neguje zastosowanie przez zamawiającego analogii z art. 26 ustęp 3 i art. 87 ustęp 2, które to przepisy dotyczą wykonawców.

Zamawiający zauważył, że istotą zamówień publicznych jest zawarcie umów w interesie publicznym. Wskazał na zasady gospodarki finansowej obowiązujące zamawiającego, w tym rygory wynikające z realizacji planu finansowego. Zauważył, że w tak złożonym i skomplikowanym postępowaniu nie można wykluczyć popełnienia pomyłki i tę okoliczność potwierdził w niniejszym postępowaniu. Podkreślił, że może zawrzeć umowę jedynie w granicach swoich realnych możliwości i kierując się interesem publicznym. Stwierdził, że dzięki dokonany korektom w interesie publicznym, jak i wykonawców został dokonany wybór oferty najkorzystniejszej w 5 spośród 7 zadań, w tym w zadaniu 1, oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron, uwzględniając dokumentację postępowania, w szczególności treść protokołu postępowania, oferty odwołującego oraz czynności zamawiającego w toku badania i oceny ofert oraz biorąc pod uwagę stanowiska przedstawione do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy jest niesporny. Dnia 8 listopada 2013 r zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy pzp., a następnie dnia 15 listopada 2013 r. decyzją nr 3 postanowił powtórzyć czynności z zakresu analizy i oceny złożonych ofert, zmierzających do wyboru najkorzystniejszej oferty. W trakcie tych czynności dokonał decyzją nr 4 z 26 listopada 2013r Nadleśniczego (kierownika zamawiającego) autokorekty, która dotyczyła kwot dla zadań nr 1 - 12, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na ich realizację w roku 2014. Wielkości pierwotne i skorygowane przedstawiono w uzasadnieniu odwołań (okoliczność niesporna). Jako przesłanki faktyczne korekty powołał dane bazowe wynikające z informacji przedłożonych we wnioskach gospodarczych złożonych przez leśniczych, przedmiar robót z opisami przedmiotu zamówienia, błąd przy zestawianiu kwot częściowych w arkuszu kalkulacyjnym i zdublowaniu wartości niektórych kolumn, konieczność zmiany kwot bazowych tak, by możliwe było zawarcie umów, na które dysponowałby środkami pieniężnymi.

Jako uzasadnienie prawne dopuszczalności dokonania takiej zmiany zamawiający wskazał na Informację o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2011 r.

W konsekwencji wobec zmniejszenia kwot, unieważnił postępowania m.in. w częściach 2 i 3 będących przedmiotem rozpatrzenia w postępowaniu odwoławczym, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 86 ust. 3 ustawy pzp.

Istotą sporu jest ocena, czy zamawiający miał prawo w okresie badania i oceny ofert do zmniejszania kwot, o których mowa w art. 86 ust 3 ustawy pzp ze skutkiem powodującym, że oferta pierwotnie tj w dniu otwarcia zawiera cenę mieszczącą się w granicach możliwości finansowych zamawiającego ogłoszonych przed otwarciem ofert, .a w wyniku takiej zmiany cena tej samej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W szerszym aspekcie spór dotyczy w ogóle uprawnień zamawiającego do dokonywania w toku postępowania czynności, którymi koryguje ewentualne wcześniejsze błędy lub omyłki. Z powołanej przez zamawiającego Informacji Izby wynika, że co do zasady decyzje zamawiającego są dla niego wiążące, a ewentualność korekt ma charakter wyjątkowy, z reguły w powiązaniu z możliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Co do zasady skład orzekający nie wyklucza w sytuacjach szczególnych możliwości zmiany czynności przez zamawiającego, w tym na zasadach podanych w cytowanej Informacji rocznej KIO i tam przedstawionym orzecznictwie, jak i w niniejszym postępowaniu (Decyzja z 15 listopada 2013 r.), gdzie zamawiający ponowił czynności w celu wyboru ofert pomimo wcześniejszego unieważnienia postępowania.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający dokonał i poinformował o zmniejszeniu kwot wskazujących na jego możliwości finansowe. Zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy pzp

zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podaje kwoty, jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jest to istotne rozwiązanie o znaczących skutkach natury prawnej. Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie wskazuje się, że przepis ma uniemożliwić zamawiającemu arbitralnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 (por. Komentarz PZP red. T. Czajkowski W-wa 2007, s. 296). „Zamawiający jest związany kwotą, którą zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy podał przed otwarciem ofert, tylko niejako „od dołu” tzn. nie może w celu uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy wskazać innej, niższej kwoty, którą w rzeczywistości zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia/.../ (Paweł Granecki, Prawo zamówień publicznych, komentarz, W-wa 2012, s. 441).

Skład orzekający podzielając powołane stanowiska wskazuje ponadto na szczególnie gwarancyjny charakter omawianego przepisu, który został wprowadzony do ustawy jako skonkretyzowanie zasady jawności i przejrzystości postępowania. Izba zauważa przy tym, że zamawiający nie przedstawił konkretnych dowodów potwierdzających, że popełnił błąd z przyczyn, których nie mógł uniknąć. Posłużył się przy tym nieprecyzyjnymi stwierdzeniami o niektórych pozycjach zawyżonych lub zdublowanych.

Przepis 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp ustanawia przesłankę unieważnienia postępowania 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. Biorąc pod uwagę treść art. 86 ust. 3 ustawy pzp kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podlega ogłoszeniu przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert i jest ona wiążąca dla uczestników. Niesporne jest, że cena zaoferowana przez odwołujących jest niższa od kwoty, którą zamawiający ogłosił w trybie ustawowym, stąd brak jest podstaw do zastosowania w niniejszym stanie faktycznym przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp.

Biorąc pod uwagę, że przesłanki unieważnienia postępowania podlegają ścisłej interpretacji, a ogłoszenie kwoty przed otwarciem ofert służy przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia i ma charakter gwarancji dla wykonawcy, który oferuje cenę niższą od tej kwoty, iż w takiej sytuacji postępowanie nie zostanie unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, orzeczono, jak w sentencji.

W świetle powyższego Izba stwierdziła w niniejszej sprawie naruszenie w postępowaniu przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 86 ust. 3 ustawy pzp poprzez ich zastosowanie pomimo braku przesłanek.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

.....