

Sygn. akt: KIO 420/14

WYROK
z dnia 18 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2014 r. przez wykonawcę **Vendi Servis sp. z o. o. w Łodzi**

w postępowaniu prowadzonym przez **Świętokrzyskie Centrum Onkologii w Kielcach**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Vendi Servis sp. z o. o. w Łodzi** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Vendi Servis sp. z o.o. w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Vendi Servis sp. z o. o. w Łodzi** na rzecz **Świętokrzyskiego Centrum Onkologii w Kielcach** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Świętokrzyskie Centrum Onkologii w Kielcach - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „realizacja kompleksowej usługi przygotowania posiłków na rzecz pacjentów Świętokrzyskiego Centrum Onkologii i Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala Dziecięcego im. Władysława Buszkowskiego w Kielcach, ul. Artwińskiego 3a”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 grudnia 2013 r., nr 2013/S 240-417590.

W dniu 20 lutego 2014 r. zamawiający przesłał wykonawcy Vendi Servis sp. z o. o. w Łodzi, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec:

- 1) czynności unieważnienia postępowania,
 - 2) zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na wezwaniu wykonawcy Impel Catering Company sp. z o. o. we Wrocławiu, zwanego dalej „wykonawcą Impel”, do uzupełnienia dokumentów dotyczących grupy kapitałowej,
 - 3) zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na wykluczeniu wykonawcy Impel z udziału w postępowaniu,
 - 4) określenia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w sposób całkowicie oderwany od przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ,
 - 5) zaniechania czynności badania i oceny ofert,
- odwołujący wniósł w dniu 3 marca 2014 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji,
- b) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej,
- c) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Impel do uzupełnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa

w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej.

- d) art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Impel z postępowania,
- e) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione jego zastosowanie,
- f) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie równego traktowania podmiotów w postępowaniu i podanie kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie w sposób oderwany od treści SIWZ.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że kwota ustalona przez zamawiającego była wyznaczona na poziomie niższym niż koszty, które zamawiający ponosi samodzielnie wykonując usługę. Zamawiający za przedmiotową usługę ponosi obecnie koszty w wysokości ok. 3 mln zł rocznie. W skali 3 lat daje to 9 mln zł. Tymczasem zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia zawarł w nim wymagania generujące wyższe koszty świadczenia, niż są one ponoszone obecnie. Dodatkowo przekazując usługę żywienia firmie zewnętrznej zamawiający zmusił wykonawców do wliczenia w ceny oferty czynszu za wynajem kuchni, których to opłat z natury rzeczy zamawiający sam nie ponosił. Innym, nie mniej istotnym elementem mającym wpływ na ceny ofert był obowiązek prowadzenia przez wykonawcę zmywalni wózków, czego zamawiający również nie uwzględnił w kalkulacji wartości zamówienia. Analizując wymagania SIWZ i określone w niej koszty odwołujący wywiódł, że zamawiający dysponuje środkami na realizację zamówienia w cenie na poziomie złożonych w postępowaniu ofert. Skoro zamawiający środki takie posiada i założył w treści opisu przedmiotu zamówienia realizację usługi w kosztach oscylujących około 9 mln za 3 lata to brak jest podstaw faktycznych i prawnych do unieważnienia przedmiotowego postępowania w części A.

Odwołujący wskazał również, że wykonawca Impel nie złożył w ofercie listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub oświadczenia o braku przynależności do takiej grupy. Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do uzupełnienia tego dokumentu.

Wywiódł również, że w prowadzonym postępowaniu decyzja o unieważnieniu postępowania nie została poprzedzona wyborem oferty najkorzystniejszej. Zamawiający nie mógł zatem stwierdzić, że cena oferty najkorzystniejszej przewyższa środki, jakie zamierzał on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia albowiem nie wie on, która oferta jest najkorzystniejszą. W decyzji o unieważnieniu postępowania brak jest również wzmianki o braku możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny oferty najkorzystniejszej a tylko taka sytuacja upoważnia zamawiającego do unieważnienia postępowania.

Odwołujący podniósł, że zamawiający posiada wystarczające środki finansowe na realizację zamówienia.

W oparciu o przytoczoną w odwołaniu argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części A postępowania,
- b) dokonania czynności badania i oceny ofert w części A postępowania,
- c) wezwania wykonawcy Impel do uzupełnienia dokumentów, a w razie bezskuteczności tej czynności wykluczenia wykonawcy Impel w części A postępowania,
- d) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- e) nakazania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ważnych ofert w części A postępowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania wraz z załącznikami, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Impel, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania, odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustalono, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oferta odwołującego, w świetle kryteriów oceny ofert, zajmowała drugą pozycję w części A zamówienia. Odwołujący kwestionował zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę najtańszą oraz czynność unieważnienia postępowania w tej części. Ewentualne ustalenie, że zamawiający niezasadnie zaniechał czynności wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę najtańszą i niezasadnie unieważnił postępowania, prowadziłoby do konieczności nakazania unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz wykonania czynności wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę najtańszą, czego efektem może być uzyskanie przez odwołującego zamówienia publicznego. Natomiast szkoda jaką może on ponieść

wyraża się w utracie korzyści, jakie może on uzyskać w razie uzyskania zamówienia publicznego i pozostaje w związku z zarzucanymi zamawiającemu naruszeniami ustawy Pzp. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ustalono, że zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 2 części: A i B. Część A przedmiotu zamówienia obejmowała świadczenie kompleksowej usługi przygotowania całodziennych posiłków na rzecz pacjentów Świętokrzyskiego Centrum Onkologii w Kielcach wraz z najmem pomieszczeń budynku kuchni z magazynem żywnościowym, wyposażeniem i przejściem pracowników kuchni szpitala (pkt I OPZ, str. 2 SIWZ).

Jak wynika z wniosku o rozpoczęcie postępowania wartość szacunkową zamówienia w części A ustalono w dniu 9 grudnia 2013 r. na poziomie 4.803.703,70 zł netto, co odpowiadało kwocie 5.188.000,00zł brutto. Jak wynika z załącznika do wniosku, przy ustalaniu wartości wzięto pod uwagę następujące założenia:

- a) liczba osobodni żywieniowych dla pacjentów ŚCO w ciągu 36 miesięcy trwania umowy – 302.000,
- b) roczna liczba dodatkowych zup dla pacjentów ŚCO w ciągu 36 miesięcy trwania umowy – 54.000,
- c) cena brutto 1 osobodnia żywieniowego – 17,00 zł,
- d) cena brutto 1 porcji zupy dla pacjentów nowoprzyjętych w danym dniu – 1 zł.

Dla ustalenia 1 osobodnia brano pod uwagę szacunkowe ceny otrzymane w zbliżonych jednostkach:

- 1) Wojewódzki Szpitalu Zespolonym w Kielcach – 16,20 zł,
- 2) Centrum Onkologii w Warszawie – 17,20 zł,
- 3) Wojewódzki Szpitalu Specjalistyczny im. Rydygiera w Krakowie – 15,20 zł,
- 4) Szpital im. Św. Rafała w Chęcinach – 19,98 zł.
- 5) Szpital Specjalistyczny im dr Józefa Babińskiego SPZOZ w Krakowie – 11,60 zł,
- 6) Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Zamenhofa w Białymstoku – 10,63 zł.

Oszacowano również planowany przychód z tytułu najmu pomieszczeń na kwotę 1.152.021,24 zł brutto oraz z tytułu dzierżawy sprzętu – 822.279,60 zł brutto, co razem daje kwotę 1.974.300,84 zł.

W efekcie, na sfinansowanie zamówienia w części A zamawiający przeznaczył kwotę 5.188.000,00 zł brutto. Kwota ta została odczytana wykonawcom w trakcie otwarcia ofert (pkt 8 protokołu postępowania).

Do upływu terminu składania ofert, na część A zamówienia swe oferty złożyli następujący wykonawcy:

- a) odwołujący – 8.890.460,21 zł,
- b) Catermed S.A. – 10.510.541,99 zł,
- c) Impel Catering Company sp. z o.o. sp. k. – 8.405.468,64 zł,
- d) Konsorcjum Niro sp. z o.o. i Niroprim sp. z o.o. – 10.387.554,44 zł.

Jak wynika z notatki służbowej z posiedzenia komisji przetargowej z 19 lutego 2014r., komisja po zapoznaniu się z ofertami, stwierdziła, że biorąc pod uwagę kwotę jaką zamawiający otrzyma za najem pomieszczeń i sprzętu w okresie 36 miesięcy w wysokości 1.974.300,84 zł, która została odjęta od cen zaproponowanych w ofertach, to i tak jest wyższa od kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia:

- a) oferta odwołującego – o 1.728.159,37 zł,
- b) oferta Catermed S.A.- o 3.348.241,99 zł,
- c) oferta Impel Catering Company sp. z o.o. sp.k. - o 1.243.167,80 zł,
- d) oferta konsorcjum Niro sp. z o.o. i Niroprim sp. z o.o. – o 3.225.253,60 zł.

Komisja zaproponowała unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Pod notatką komisji widnieje również podpis Z-cy Dyrektora ds. Finansowo-Administracyjnych Pani T..... C..... .

Jak wynika z pkt 3 protokołu postępowania kierownik zamawiającego nie wykonywał żadnych czynności w postępowaniu i przekazał pisemne upoważnienie do przeprowadzenia czynności postępowania o udzielenie zamówienia Pani T..... C..... - Z-cy Dyrektora ds. Finansowo-Administracyjnych.

Pismem z dnia 20 lutego 2014 r. zamawiający zawiadomił odwołującego, że postępowanie w części A oraz B unieważnia się na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4) – Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższ kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego ustalono, że zamawiający nie zamierzał przeznaczyć na realizację części A zamówienia więcej, aniżeli kwota podana na otwarciu ofert, tj. 5.188.000,00 zł.

Jak wynikało z notatki służbowej z posiedzenia komisji przetargowej z 19 lutego 2014 r., komisja przetargowa wzięła pod uwagę ceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Uwzględniając przychody z najmu pomieszczeń i sprzętu na poziomie 1.974.300,84 zł komisja stwierdziła, że ceny wszystkich ofert i tak są wyższe od kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zwróciła się o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Pod wnioskami komisji widniał podpis Z-cy Dyrektora zamawiającego ds. Finansowo-Administracyjnych. Ponadto osoba ta, jak wynika z protokołu postępowania, była tą osobą, której zlecono pełnienie funkcji kierownika zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Skoro zatem ustalenia komisji zostały zatwierdzone przez ww. osobę, to należało stwierdzić, że zamawiający nie zamierzał przeznaczyć na finansowanie zamówienia wyższej kwoty, aniżeli 5.188.000,00 zł widniejącej w protokole postępowania i podanej wykonawcom na otwarciu ofert.

Biorąc powyższe pod uwagę należało stwierdzić, że oświadczenie osoby, której zlecono pełnienie funkcji kierownika zamawiającego i, co warte podkreślenia, pełniącej funkcję dyrektora finansowego należało traktować z pełną powagą jako w pełni miarodajne i wyrażające zamiar i możliwości zamawiającego. Podkreślenia bowiem wymaga, że kwota podawana na otwarciu ofert jako ta, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wyraża maksymalny poziom, do jakiego zamawiający jest zobligowany wobec wykonawców podejmować działania zmierzające do wyboru najkorzystniejszej oferty. Celem postępowania o zamówienie publiczne nie jest nabycie przez jednostkę przedmiotu postępowania „za wszelką cenę”, ale nabycie go w warunkach własnej kalkulacji i założonego budżetu na dany cel, co mieści się w autonomii jednostki dokonującej nabycia określonych rzeczy lub praw. Decyzja, wyrażająca zamiar nabycia określonego przedmiotu, tak jak każda decyzja podejmowana w warunkach rynkowych przez podmioty komercyjne, zawiera w sobie wyznaczone przez nabywcę granice, w jakich będzie się poruszał, w tym granice finansowe, do jakich jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia. Nie sposób więc obligować zamawiającego do poddawania każdorazowo, gdy cena oferty przekroczy tak wyznaczony próg, analizie swoich możliwości finansowych, ponad wolę nabycia przedmiotu zamówienia za określoną cenę. Zwiększenie tak założonego budżetu jest każdorazowo odstępstwem od pierwotnego zamiaru, a nie zasadą. Zasadą jest zatem, że zamawiający jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia tylko do kwoty, jaką podał na otwarciu ofert jako ta, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Do sfery uprawnień zamawiającego należy decyzja co do zmiany wcześniejszego zamiaru, będącego wynikiem złożonego i sformalizowanego procesu decyzyjnego, wyrażonego na

etapie przygotowania postępowania i zwykle – w gospodarce finansowej jednostek wchodzących w skład sektora publicznego – ściśle osadzony w planach finansowych opracowanych w perspektywie długookresowej, podlegających zatwierdzeniu przez jednostki nadrzędne. Trzeba przy tym pamiętać, że zamawiający – jednostka sektora finansów publicznych działa pod presją nie tylko postulatu działania celowego ale także działania gospodarnego. Oznacza to tyle, że jeśli w postępowaniu złożono oferty z cenami nie mieszczącymi się w założonym budżecie, zaś zamawiający nie działa w warunkach pilnej potrzeby nabycia przedmiotu zamówienia, nie jest zobligowany do skorzystania z każdej oferty dostępnej na rynku, w tym droższej od zamierzonego poziomu cenowego.

Skoro zatem zamawiający nie zwiększył kwoty finansowania wobec pierwotnego zamiaru, czego wyrazem byłby wybór oferty najkorzystniejszej, to oznacza, że nie odstąpił od swego pierwotnego zamiaru. W tej sytuacji okoliczność, iż w decyzji o unieważnieniu postępowania brak było wzmianki o braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty najkorzystniejszej lub najniższej oznaczała tylko tyle, że zamawiający takiej możliwości nie widział i ze swego uprawnienia nie skorzystał. Nie świadczyło to w żaden sposób o wadliwości decyzji zamawiającego.

Zamawiający wykazał także, że ustalenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia na poziomie 5.188.000,00 zł brutto nie było jego arbitralnym i bezrefleksyjnym zamysłem, ale wynikało z przyjętej polityki funkcjonowania. Zamawiający wykazał, że określając kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia działał na podstawie założeń ujętych w „Założeniach działań opracowywanych w zakresie doradztwa w zarządzaniu oraz wdrożenia czynności restrukturyzacyjnych” tj. opracowania zleconego w roku 2012 r. firmie AMG Finanse sp. z o.o. w Łodzi. Dokument ten został przez zamawiającego złożony w trakcie rozprawy. Z dokumentu tego wynikało, że możliwe do osiągnięcia jest obniżenie kosztu własnego osobodnia żywieniowego o 36% (tj. z 26,10 zł do 16,70 zł). Powyższe założenia legły u podstaw oszacowania przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia. W notatce służbowej z 2 grudnia 2013 r., w której ujawniono sposób szacowania wartości zamówienia, przyjęto do szacunku kwotę 17 zł brutto za 1 osobodzień żywieniowy. Z notatki tej wynikało również, że przy szacunku wzięto pod uwagę szacunkowe stawki otrzymane w zbliżonych do zamawiającego jednostkach tj. m.in. w Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym w Kielcach – 16,20 zł, Centrum Onkologii w Warszawie – 17,20 zł, Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. Rydygiera w Krakowie – 15,20 zł, Szpitalu im. Św. Rafała w Chęcinach – 19,98 zł.

W ocenie Izby zamawiający nie miał obowiązku poprzedzenia decyzji o unieważnieniu postępowania czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej. Jedynym

kryterium oceny ofert była cena 100%, zaś cena każdej z ofert, w tym oferty odwołującego przewyższała tę kwotę.

Przywoływana i wykazywana przez odwołującego okoliczność, że koszty działu żywienia zamawiającego w latach poprzednich tj. 2010 czy 2011 r. , były wyższe aniżeli przyjęte przy szacunku zamawiającego w ocenie Izby nie miała większego znaczenia. Zamawiający ma prawo obniżyć granice finansowe, do jakich jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia, również poniżej dotychczas ponoszonych. Izba wzięła pod uwagę również to, że koszty dotychczas ponoszone przez zamawiającego wynikały z faktu, że usługa żywienia pacjentów realizowana była przez niego we własnym zakresie. Oczekiwanie obniżenia tych kosztów uzasadnione było możliwościami redukcji kosztów wskutek zlecenia usługi wykonawcy zamówienia publicznego. W pierwszej kolejności możliwa redukcja kosztów dotyczyła wynagrodzenia osobowego. Zgodnie z postanowieniami SIWZ jedynie w ciągu 12 miesięcy wykonawca obowiązany był utrzymywać dotychczasowe warunki zatrudnienia pracowników zamawiającego, przejmowanych na podstawie art. 23¹ KP, podczas gdy usługa świadczona miała być przez 36 miesięcy. Jako racjonalny należało również uznać czynnik tzw. „efektu skali” wskazywany w opracowaniu sporządzonym przez firmie AMG Finanse sp. z o.o. Autor opracowania akcentował, że outsourcing usług żywienia umożliwi obniżenie kosztu usługi żywienia pacjentów wskutek tego, że firma zajmująca się profesjonalnie cateringiem, z uwagi na lepsze relacje biznesowe z dostawcami może liczyć na niższe marże aniżeli zamawiający.

Izba wzięła również pod uwagę, że w trzech kolejnych latach, tj. 2011, 2012, jak również pierwszym półroczu 2013 r. wynik finansowy zamawiającego był ujemny. Zamawiający jest więc żywotnie zainteresowany znaczącym poprawieniem tego wyniku. Podkreślenia wymaga, że celem postępowania – jak wynikało z przywoływanego już opracowania – było poprawienie tego wyniku również w obszarze kosztów żywienia pacjentów, a nie utrzymywanie stanu dotychczasowego.

Argument odwołującego, iż wskutek unieważnienia postępowania zamawiający będzie ponosić koszty wyższe aniżeli wynikające z oferty odwołującego co - jak się zdaje miało przemawiać za tym, że zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę odpowiadającą wartości oferty odwołującego - nie zasługiwał na uwzględnienie. Umowa w sprawie zamówienia publicznego ma być zawierana na 3 letni okres. W tej sytuacji nawet okoliczność, iż w krótkim, przejściowym okresie, tj. do czasu wyłonienia nowego wykonawcy usług żywienia, może on ponosić wyższe koszty – była uzasadniona oczekiwaniem oszczędności, jakie mogą pojawić się w wyniku wyłonienia nowego wykonawcy, który zaoferuje zamawiającemu korzystniejsze warunki świadczenia usługi.

Reasumując Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 91 ustawy Pzp. Skoro zamawiający nie miał możliwości zwiększenia kwoty finansowania do wartości oferty najtańszej, to zaktualizowała się przesłanka obligująca go do zakończenia postępowania czynnością unieważnienia.

W konsekwencji chybnym okazał się również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Impel do uzupełnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub oświadczenia o nieprzynależności do takiej grupy. Jak wynika z powołanego przepisu, w sytuacji gdy postępowanie podlega unieważnieniu zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawców do uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe prowadziło do wniosku, że zamawiający nie naruszył powołanego przepisu.

Izba nie rozpoznawała zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Impel z postępowania, gdyż odwołujący w trakcie rozprawy cofnął ten zarzut.

Oddalenie wszystkich zarzutów skutkowało koniecznością uznania za chybnym również zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Kwestionowane przez odwołującego czynności zamawiającego znajdowały oparcie w przepisach ustawy Pzp co prowadziło do wniosku, iż przeprowadził on postępowanie zgodnie z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: