

Sygn. akt: KIO 2501/14

WYROK
z dnia 11 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 grudnia 2014 r.** w Warszawie odwołania z dnia 28 listopada 2014 r. wniesionego przez wykonawcę **Firma Handlowo-Usługowa UNILAS S.C. K. R., L. K., Rosocha 8, 62-814 Blizanów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe Nadleśnictwo Grodziec, ul. Leśna 50, 62-580 Grodziec**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Firma Handlowo-Usługowa UNILAS S.C. K. R., L. K., Rosocha 8, 62-814 Blizanów**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Firma Handlowo-Usługowa UNILAS S.C. K. R., L. K., Rosocha 8, 62-814 Blizanów**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **Firma Handlowo-Usługowa UNILAS S.C. K. R., L. K., Rosocha 8, 62-814 Blizanów** na rzecz zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe Nadleśnictwo Grodziec, ul. Leśna 50, 62-580 Grodziec** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koninie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe Nadleśnictwo Grodziec, ul. Leśna 50, 62-580 Grodziec wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Wykonanie prac leśnych w Nadleśnictwie Grodziec w 2015 roku«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **29.10.2014 r.** pod nrem **2014/S 208-368676**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **20.11.2014 r.** o:

unieważnieniu postępowania zgodnie z **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp**, gdyż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Wykonawca **Firma Handlowo-Usługowa UNILAS S.C. K. R., L. K., Rosocha 8 62-814 Blizanów**, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **29.11.2014 r.** do Prezesa KIO odwołanie w zakresie **pakietu nr 2** na:

- 1) czynności zaniechania oceny i wyboru oferty jako najkorzystniejszej oferty odwołującego **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp**;
- 2) niezgodne z **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp** czynności unieważnienia postępowania.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) **art. 91 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie czynności oceny i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej i – co za tym idzie – zaniechanie zawarcia umowy;
- 2) **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp** przez bezpodstawne i nieuzasadnione unieważnienie postępowania pomimo braku zaistnienia przesłanek do jego unieważnienia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;

- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez uznanie oferty odwołującego za ważną oraz wybór oferty odwołującego w oparciu o **art. 91 ust. 1 Pzp**;
- 4) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Argumentacja odwołującego

Celem prowadzenia postępowania jest zawarcie umowy i zrealizowanie zamówienia, zatem wykładnia przesłanek unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne powinna być dokonana z należytą starannością. Skoro zamawiający realnie dysponuje środkami na sfinansowanie zamówienia, to unieważnienie postępowania jest niedopuszczalne.

Nałożenie na zamawiającego ustawowego obowiązku podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia rodzi istotne skutki prawne. Rozwiązanie to zwiększa jawność postępowania oraz uniemożliwia zamawiającym arbitralne unieważnienie postępowania na podstawie **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp**. Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia powinna wynikać z planu finansowego zamawiającego i oznacza środki, jakie mają być przeznaczone na pokrycie realnych wydatków z tytułu realizacji zamówienia. Zamawiający zgodnie z dyspozycją **art. 86 ust. 3 Pzp** ma obowiązek podać ją bezpośrednio przed otwarciem ofert.

W trakcie prowadzonego postępowania zamawiający dookreślił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podając informację o łącznej kwocie na sfinansowanie zamówienia w wysokości **5.959.690,26 zł** oraz o kwocie przeznaczonej na pakiet nr 1 o wysokości **2.774.867,99 zł** oraz na pakiet nr 2 o wysokości **3.184.822,27 zł** brutto.

Istotnym jest, że wartość zamówienia w protokole ZP-PN dla części nr 1 została określona na kwotę **3.826.425,54 zł** w tym wartość zamówień uzupełniających w kwocie **1.272.000,00 zł**, natomiast dla części nr 2 została określona na kwotę **4.390.707,60 zł** w tym wartość zamówień uzupełniających w kwocie **1.460.000,00 zł**. Tym samym wartość zamówienia dla części nr 1 wynosi **2.554.425,54 zł** zaś dla części nr 2 wynosi **2.930.707,60 zł**.

Zatem zamawiający na sfinansowanie zamówienia dla części pakietu nr 1 i pakietu nr 2 dysponowało kwotą łączną w wysokości **5.959.690,26 zł**, która tym samym gwarantowała odpowiednie zabezpieczenie środków na realizację obu części zamówienia.

Brzmienie **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp** nakazuje unieważnienie postępowania, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą przeznaczono na sfinansowanie zamówienia, z zastrzeżeniem stanowiącym o uprawnieniu zamawiającego do zwiększenia

kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, jeżeli deklarowana wcześniej kwota podczas sesji otwarcia ofert odbiega od ceny oferty najkorzystniejszej.

Jak podkreśla Urząd Zamówień Publicznych w opinii pt. *Kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a obowiązek unieważnienia postępowania na podstawie **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp***, stwierdzić jednakże należy, że kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie musi być tożsama z kwotą, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W toku postępowania może okazać się, że zamawiający będzie w stanie przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę wyższą od podanej przed otwarciem ofert. W konsekwencji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jest wyższa od kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowania zamówienia, zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę wyższą od podanej przed otwarciem ofert i udzielić zamówienia. Wówczas kwota, jaką zamawiający przeznacza na udzielenie zamówienia będzie przekraczała kwotę określoną w **art. 86 ust. 3 Pzp**.

Należy jednak zauważyć, że zamawiający, który w takim wypadku dokonuje przeniesień wydatków, musi przestrzegać obowiązujących w tym zakresie przepisów oraz wewnętrznych procedur. Dopiero w sytuacji, gdy dokonanie takich przeniesień nie jest możliwe lub celowe, a kwota, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp**.

Odwołujący zwraca uwagę na celowość wydatkowania środków publicznych, m.in. zgodnie z przepisami ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (Dz. U. z 2011 r. Nr 12, poz. 59, Nr 34, poz. 170, Nr 106, poz. 622 i Nr 224, poz. 1337, z 2013 r. poz. 628 i 1247 oraz z 2014 r. poz. 222 i 1032) zadaniem gospodarki leśnej jest zapewnienie trwałości lasu i ciągłości jego wielofunkcyjnej roli w zagospodarowaniu przestrzennym kraju. Gospodarka leśna XXI wieku powinna się opierać na dobrych i wypracowanych w przeszłości metodach, a jednocześnie być otwarta na innowacje uwzględniające wszechstronną wiedzę przyrodniczo-leśną, respektującą uwarunkowania ekonomiczne i społeczne.

Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedzi się w wyroku z 16 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2926/12) kwota podawana przy otwarciu ofert pełni rolę gwarancyjną, zapewniającą przejrzystość postępowania i chroniącą interesy wykonawców przed arbitralnym i nieuzasadnionym unieważnieniem przez zamawiającego postępowania na podstawie **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp**. W trakcie postępowania kwota środków znajdujących się w dyspozycji zamawiającego może jednak ulec zmianie. W szczególności, po otwarciu ofert zamawiający będzie mógł zwiększyć ilość środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, jeżeli deklarowana przez niego wcześniej kwota odbiega od ceny oferty najkorzystniejszej. Zamawiający należący do grona podmiotów sektora finansów publicznych

może zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, tak aby była ona wyższa od ceny zawartej w ofercie najkorzystniejszej, w granicach i na zasadach określonych ustawą o finansach publicznych, o ile uzna to za uzasadnione i celowe, udzielając następnie zamówienia wykonawcy. Dopiero w sytuacji, gdy dokonanie takich przeniesień nie jest możliwe lub celowe, a kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp** (np. wyrok SO w Warszawie z 23 kwietnia 2003 r., V Ca 79/04, KIO/UZP 107/08, KIO/UZP 87/08, UZP/ZO/0-1226/07).

Powyższe potwierdza wyrok KIO z 27 lutego 2012 r., (sygn. akt. KIO 218/12) zgodnie z którym: „Przepis **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp** nie obliguje zamawiającego do unieważnienia postępowania w każdym przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zgodnie z literalnym brzmieniem ww. przepisu, zamawiający w takim przypadku ma możliwość przeanalizowania swego budżetu w celu stwierdzenia, czy istnieje możliwość zwiększenia kwoty finansowania do wartości umożliwiającej zawarcie umowy z wybranym wykonawcą”.

Podkreślenia wymaga fakt, że **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp** wprost dopuszcza możliwość zwiększenia przez zamawiającego kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, do ceny wynikającej z oferty najkorzystniejszej.

Celem realizowanej przez zamawiającego usługi jest gospodarka leśna na terenie Nadleśnictwa Grodziec realizowana w formie opisanych w specyfikacji prac leśnych w ramach układu administracyjnego poszczególnych leśnictw, Pakiety zostały przypisane poszczególnym obrębom – dla pakietu nr 1 – Benewicze i Grodziec, dla pakietu nr 2 – Biała Królikowska i Zbiersk. Jednak zakres rzeczowy realizowanej usługi jest taki sam – wykonywanie prac leśnych z zakresu pozyskania i zrywki drewna, hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, utrzymania parkingów i czystości na parkingach i terenach leśnych, prac z nasiennictwa i szkółkarstwa w 2015 roku.

Podstawowym dokumentem dla PGL LP jest ustawa z dnia 28 września 1991 r. o lasach. Określa ona zasady prowadzenia gospodarki leśnej stanowiąc, że nadleśnictwo jest podstawową jednostką organizacyjną Lasów Państwowych. Stąd też uzasadnionym jest twierdzenie, że racjonalność i celowość wydatków publicznych w dziedzinie usług z zakresu prac leśnych na terenie nadleśnictwa można rozpatrywać w kontekście obszaru jego działania, jako całości.

W części dla zamówienia na pakiet nr 1 decyzją Nadleśnictwa Grodziec wybrano ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą na kwotę brutto **2.472.789,55 zł**. Kwota ta jest niższa od przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia o **302.078,44 zł**. Kwota ta pozostała w

dyspozycji Nadleśnictwa Grodziec jako nadwyżka z rozstrzygnięcia dla pakietu nr 1. Nadwyżka ta pozwalała na zwiększenie ilości środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia w części dla pakietu nr 2. Zwłaszcza, że zasady prawidłowo prowadzonej gospodarki leśnej obejmują zadania realizowane w Nadleśnictwie jako podstawowej jednostce organizacyjnej lasów.

Łączna kwota środków podana przez Nadleśnictwo Grodziec podczas sesji otwarcia ofert (kwota **5.959.690,26 zł**) jest wyższa od łącznej wartości ofert złożonych w części dla pakietu nr 1 oraz dla pakietu nr 2 (łącznie cena ofertowa dla obu pakietów daje kwotę w wysokości **5.811.309,43 zł**) o wartość **148.380,83 zł**. Pozwalając zamawiającemu na wykazanie efektu ekonomicznego z przeprowadzonej procedury oraz udzieleniu zamówienia w wysokościach kwot przewidzianych na jego sfinansowanie.

Zamawiający na realizację obu pakietów zamówienia posiadał wystarczające środki.

Właściwie nawet nie było konieczności zwiększenia środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia dla części pakietu nr 2, jak również nie było konieczności dokonywanie jakichkolwiek przesunięć między rozdziałami i paragrafami klasyfikacji wydatków w ramach danej części i działu budżetu czy też przesunięć z innych pozycji budżetu zamawiającego na rzecz przedmiotowego pakietu nr 2. Posiadane przez zamawiającego środki na wykonanie przedmiotowego zamówienia obejmującego pakiet nr 1 i pakiet nr 2 gwarantowały udzielenie zamówienia bez konieczności uzupełnienia środków czy ich przenoszenia.

Odwołujący przyznaje, że gdyby zaistniała sytuacja powodująca konieczność zwiększenia środków, jakie zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, jaką zamawiający odczytał bezpośrednio przed otwarciem ofert, w szczególności na podstawie dokonania przeniesień to wówczas faktycznie należałoby uznać działania zamawiającego. Jednak zupełnie inna sytuacja jest przedmiotem sporu, ponieważ zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dla obu części zamówienia kwotę wyższą od ceny łącznej ofert, złożonych dla pakietu nr 1 i nr 2.

Podana przez zamawiającego łączna kwota, którą podano bezpośrednio przed otwarciem ofert gwarantowała w tym przypadku m.in. środki na zamówienie dla części dotyczącej pakietu nr 2. Unieważnienie postępowania dla tej części zamówienia w ocenie odwołującego było całkowicie nieuzasadnionym działaniem. Tym bardziej, że wartość ofert dla pakietu nr 1 i nr 2 nie przekraczała wysokości środków, jakie zamierzano przeznaczyć na sfinansowanie obu części zamówienia.

Potwierdza to wyrok SO w Krakowie z 12 kwietnia 2007 r. (sygn. akt II Ca 141/07), z którym zgodnie w przypadkach, w których zamawiający w okresie związania ofertą ma możliwość zwiększenia kwoty podanej przed otwarciem ofert na realizację danego zamówienia, a cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą zamawiający

przewidział na realizację zamówienia, nie jest konieczne unieważnienie postępowania w świetle przepisu **art. 93 ust 1 pkt 4 Pzp**.

Podobne stanowisko zajął w tej kwestii m.in. Urząd Zamówień Publicznych, który stwierdził, że „zamawiający nie jest zobowiązany do unieważnienia postępowania w każdym przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza równowartość kwoty, którą planował przeznaczyć na realizację zamówienia. W szczególności w przypadku, gdy zamawiający należy do grona podmiotów sektora finansów publicznych, może zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, tak aby była ona wyższa od ceny zawartej w ofercie najkorzystniejszej, w granicach i na zasadach określonych ustawą o finansach publicznych, o ile uzna to za uzasadnione i celowe, udzielając następnie zamówienia wykonawcy. Dopiero w sytuacji, gdy dokonanie takich przeniesień nie jest możliwe lub celowe, a kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie **art. 93 ust 1 pkt 4 Pzp**”. Dla ułatwienia podejmowania decyzji, a jednocześnie dla zniwelowania skutków obligatoryjności przepisu, na końcu dodano zastrzeżenie: „chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty”.

W tym przypadku nic nie stało na przeszkodzie, aby zamawiający podjął decyzję o zwiększeniu środków na sfinansowanie zamówienia dla części pakietu nr 2, który to po uwzględnieniu wartości udzielonego zamówienia w części dla pakietu nr 1 nie przekracza kwoty środków przeznaczonych łącznie na sfinansowanie obu części zamówienia – pakietu nr 1 i nr 2.

Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 21 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO/KD 85/12) podkreśla, że unieważnienie postępowania jest czynnością, której zamawiający może dokonać wyłącznie w sytuacji wystąpienia co najmniej jednej przesłanki wymienionej w **art. 93 ust. 1 i 1a Pzp**. Przesłanki unieważnienia postępowania należy interpretować ściśle, gdyż unieważnienie postępowania jest wyjątkiem od zasady trwałości postępowania, jak również jego celu, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej i zawarcie w konsekwencji umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Wyjątkowy charakter instytucji unieważnienia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego powinien zawsze być rozpatrywany w kontekście celowości realizowanego zamówienia publicznego, zwłaszcza w sytuacji, gdy złożona oferta jest ofertą ważną, gwarantującą rzetelne i należyte wykonanie zamówienia publicznego. W ocenie odwołującego jedynym zamierzeniem uzasadniającym podjęcie decyzji o unieważnieniu postępowania dla części zamówienia – pakiet nr 2 – jest doprowadzenie do sytuacji przedstawienia ofert o znacznie niższej wartości – decyzji niemającej nic wspólnego z analizą poprzedzającą ustalenia stanowiące o podstawach zabezpieczenia środków na

wykonanie zamówienia. Działanie takie, w opinii odwołującego, mogłoby być uznane za świadomą próbę wpłynięcia na wynik przetargu, co jest działaniem spenalizowanym w polskim systemie prawa.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 29.11.2014 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający nie przesłał kopii odwołania innym wykonawcom, bo odwołujący złożył jedyną ofertę.

Żaden wykonawca nie złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po żadnej ze stron do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 09.12.2014 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp przez bezpodstawne i nieuzasadnione unieważnienie postępowania pomimo braku zaistnienia przesłanek do jego unieważnienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu poinformował o podziale zamówienia na 3 części i o wartości (bez VAT) poszczególnych części (pakietów):

- 1) 2 554 425,54 PLN;
- 2) 2 930 707,60 PLN;
- 3) 138 004,38 PLN.

Jednocześnie zamawiający w **sekcji II.2.1 ogłoszenia** określił, że szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie **art. 11 ust. 8 Pzp** (tj. przekracza wyrażoną w złotych polskich równowartość 134 000 EUR) i wynosi bez VAT: 5 623 137,52 PLN.

Podczas otwarcia ofert zamawiający podał kwoty, jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i odnotował to w protokole:

- 1) 2 774 867,99 PLN;
- 2) 3 184 822,27 PLN;
- 3) 149 044,73 PLN.

Czynność zamawiającego była zgodna z **art. 86 ust. 3 Pzp**, który brzmi: »Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia«.

Ponadto podczas otwarcia ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie całości zamówienia, chociaż nie zostało to odnotowane w protokole. Wynika to z oświadczenia odwołującego i nie zostało zaprzeczone przez odwołującego. Także te kwoty zostały zanotowane w protokole postępowania w trybie przetargu nieograniczonego sporządzonym na druku ZP-PN w rubryce 2 ust. 3 i rubryce 8 ust. 1 protokołu oraz w protokole otwarcia ofert, który został sporządzony samodzielnie przez zamawiającego.

Oferta odwołującego na pakiet nr 2 opiewała na cenę 3 338 519,88 PLN. Była więc większa od kwoty podanej przez zamawiającego podczas otwarcia ofert o 153 697,61 PLN.

W związku z tym przekroczeniem ceny oferty w stosunku do wartości zwiększonej o VAT zamawiający unieważnił postępowanie w pakiecie nr 2 na podstawie **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp**, który brzmi: »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«.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że zamawiający nie wziął pod uwagę, że zamawiający uzyskał oszczędności na pakiecie nr 1 w wysokości, gdyż cena najkorzystniejszej oferty w tym pliku jest niższa od przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia o **302.078,44 zł**. Kwota ta, zdaniem odwołującego, pozostała w dyspozycji Nadleśnictwa Grodziec.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający bez względu na wartości globalne i poszczególnych części zamówienia oraz może podchodzić indywidualnie do każdej z części

zamówienia. Wynika to z treści **art. 93 ust. 2 Pzp**, który brzmi »Jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio«. W związku z taką treścią przepisu **art. 93 ust. 2 Pzp** zamawiający jest uprawniony do własnej oceny, czy przesłanki dotyczące unieważnienia postępowania zaistniały dla poszczególnych części zamówienia bez względu na pozostałe części. Przepis **art. 93 ust. 3 Pzp** nie uzależnia zastosowania go od jakichkolwiek warunków.

W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp** – nie może zostać uwzględniony.

Dodatkowo należy stwierdzić, że na orzeczenie Izby nie mogły mieć wpływu przywoływane przez odwołującego okoliczności, że zamawiający zamierza przeprowadzić przyszłe postępowanie na podobny lub identyczny przedmiot zamówienia. Izba rozpoznaje postępowanie tylko w zakresie zarzutów, a te nie dotyczyły w żadnym stopniu przyszłego postępowania.

Również zdaniem składu orzekającego Izby nie miał wpływu na wyrok fakt przytaczany przez odwołującego, że zamawiający, gdyby zawarł umowy w pakiecie (części) nr 1 i 2 uzyskałby w dwóch pakietach (częściach) oszczędności, gdyż zamawiający od początku nie łączył tych dwóch pakietów (części) i od samego ogłoszenia przedstawiał na każdy z pakietów (części) oddzielne wartości (już w ogłoszeniu o zamówieniu) i podał przed otwarciem ofert oddzielne kwoty, jakie zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie poszczególnych pakietów (części).

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 91 ust. 1 Pzp** – przez zaniechanie czynności oceny i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej i, co za tym idzie, zaniechanie zawarcia umowy – nie zasługuje na uwzględnienie.

W pakiecie nr 2 została złożona jedyna oferta. Oferta ta opiewała na cenę, która przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, i którą to kwotę zamawiający podał przed otwarciem ofert.

Zgodnie z oświadczeniem pełnomocników zamawiającego złożonym podczas rozprawy, zamawiający podjął próbę zwiększenia kwoty, którą mógłby przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jednak ustnie otrzymał odpowiedź, że nie może zwiększyć tej kwoty.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że nawet bez wykazania podjęcia takiej próby zamawiający miałby prawo unieważnić postępowanie, zgodnie z cytowanym wyżej **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp**. Przepis ten nie nakazuje zamawiającemu dokonywać prób zwiększenia kwoty, którą mógłby przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wprost przeciwnie koniec tego przepisu w słowach »chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty« mówi o wyjątku, którego nie można interpretować rozszerzająco, aż

do ustanawiania reguły, że w każdym przypadku zamawiający powinien podejmować próbę zwiększenia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. To w gestii samego zamawiającego musi pozostawać decyzja czy podejmować próbę zwiększenia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, czy od razu unieważniać postępowanie o udzielenie zamówienia. Nie można bezwzględnie wymagać od zamawiającego, aby za każdym razem przed unieważnieniem postępowania na podstawie **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp** podejmował, czasami długotrwałe, starania zwiększenia omawianej kwoty. To zamawiający ma najlepsze rozeznanie czy podejmować próbę zwiększenia kwoty czy od razu korzystać z przytaczanego przepisu **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp**. Szczególnie ta sytuacja występuje w rozpoznawanym postępowaniu, w którym zamawiający już w samym ogłoszeniu o zamówieniu informował o wielości kwoty, którą będzie mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i zamawiający nie zmieniał tej kwoty w dalszym ciągu postępowania, podając tę kwotę przed otwarciem ofert, zgodnie z **art. 86 ust. 3 Pzp**.

Podobnie stanowi wyrok SO w Katowicach z 24 kwietnia 2008 r. (**sygn. akt XIX Ga 131/08**), gdzie Sąd stwierdził cyt. »To zamawiający dokonuje oceny, jaką kwotę może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a kontrola gospodarowania środkami finansowymi przez zamawiającego nie należy do kompetencji uczestników postępowania«.

W zawiązku z podstawnym unieważnieniem postępowania zgodnie z **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp**, zamawiający nie mógł dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie **art. 91 ust. 1 Pzp**, który brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

Skład orzekający Izby stwierdza, że wobec unieważnienia postępowania, zamawiający nie naruszył **art. 91 ust. 1 Pzp** i zarzut naruszenia tego przepisu nie może zostać uwzględniony.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: