

WYROK

z dnia 12 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2014 r. przez Kopalnię Wapniową „Morawica” Spółkę Akcyjną w Morawicy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna w Bełchatowie,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- kosztami postępowania obciąża Kopalnię Wapniową „Morawica” Spółkę Akcyjną w Morawicy i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Kopalnię Wapniową „Morawica” Spółkę Akcyjną w Morawicy tytułem wpisu od odwołania.

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

UZASADNIENIE

Zamawiający, PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę kamienia wapiennego do PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA Oddział Elektrownia Bełchatów (z podziałem zamówienia na części).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 24 października 2014 r. w Dz. Urz. UE Nr 2014/S 205- 363649.

W dniu 11 grudnia 2014 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców o unieważnieniu postępowania w częściach zamówienia nr VIII, IX i X.

W dniu 22 grudnia 2014 r. Kopalnia Wapniowa „Morawica” S.A. w Morawicy wniosła odwołanie względem ww. czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji gdy nie zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania w częściach VIII, IX i X.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności dotyczącej unieważnienia postępowania w części VIII, IX i X,
3. powtórzenie czynności dokonania wyboru najkorzystniejszych ofert.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

Zamawiający wszczął postępowanie publiczne sektorowe o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę kamienia wapiennego do PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA Oddział Elektrownia Bełchatów na 2015 r” o numerze: GKP/PGE/0078/2014. Przedmiotem zamówienia jest dostawa kruszywa wapiennego w ilości 1 000 000 Mg w podziale na 10 równych części po 100 000 Mg każda. Zgodnie z zapisami zawartymi w SIWZ Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, Wykonawca mógł złożyć oferty bez wskazania numeru części, którą może dostarczyć w okresie trwania umowy, nie więcej jednak niż równowartość pięciu części tj. 500 000 Mg.

Przed otwarciem ofert w dniu 2 grudnia 2014 r. Zamawiający stwierdził, iż na sfinansowanie zamówienia przeznacza kwotę 3.271.000,00 zł. na każdą część zamówienia, przeznaczając na całe zamówienie 32.271.000,00 zł netto. Po otwarciu ofert Zamawiający poinformował, iż w związku z tym, że ceny wszystkich złożonych ofert przewyższają kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, postępowanie zostanie unieważnione.

W dniu następnym, tj. 3 grudnia 2014 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Lhoist Bukowa sp. z o.o. oraz Kopalni Wapienia „Morawica” SA (Odwołującego się) o przedłużenie okresu obowiązywania umowy na dostawę kamienia wapiennego do Elektrowni Bełchatów nr PGE/S02/ZKU/18/2014 z dnia 30 kwietnia 2014 r zawartej pomiędzy Konsorcjum a Zamawiającym i obowiązującej do 31 grudnia 2014 r. zapewniając sobie ciągłość dostaw kamienia do momentu rozstrzygnięcia ogłoszonego przetargu. Termin obowiązywania umowy zastał przedłużony do dnia 28 lutego 2015 r.

Dowód: - pismo Zamawiającego do Konsorcjum z dnia 3.XII 2014 r.

- pismo Konsorcjum do Zamawiającego z dnia 8.XII.2014 r.

W dniu 11 grudnia 2014r. Odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w częściach I, II, III, IV, V, VI, VII oraz unieważnieniu postępowania w częściach VIII, IX i X.

Dowód: - zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej

Z uzasadnienia wyboru ofert wynika, że po analizie możliwości finansowych, Zamawiający jest w stanie zwiększyć kwotę pierwotnie przeznaczoną na realizację każdej części zamówienia do kwoty 3.710.000,00 zł i w związku z tym dokonał wyboru 3 Wykonawców na dostawę kamienia w ilości 700.000 Mg i unieważnia postępowanie w części VIII, IX i X. z uwagi na ograniczone możliwości finansowe przeznaczone na realizację zamówienia w tych pozostałych trzech częściach.

W pkt. 18.6 SIWZ Zamawiający określił, iż zamówienia zostaną udzielane Wykonawcom, którzy wg rankingu oceny ofert uzyskali kolejne miejsca, aż do momentu, w którym zostanie wyczerpana ilość 1.000.000 Mg lub pula środków przeznaczonych na realizację zamówienia ogółem lub danej części.. W dalszej części Zamawiający informuje, iż deklaracja Wykonawcy dotycząca możliwości dostarczenia większej ilości niż 100.000 Mg nie gwarantuje Wykonawcy - w przypadku wyboru jego oferty - udzielenie zamówienia w tyłu częściach na ile się zadeklarował, a tym samym nie stwarza obowiązku po stronie Zamawiającego do wyboru tyłu części, które zadeklarował Wykonawca.

Wybór najkorzystniejszej oferty Zamawiający uzasadnia tym, że po otwarciu ofert i stwierdzeniu, że oferty zawierają ceny przekraczające kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia i po analizie swoich możliwości finansowych udziela zamówienia na 7 części unieważniając postępowanie, co do trzech części uzasadniając, iż ze względu na ograniczone możliwości finansowe nie jest możliwe zwiększenie kwoty pierwotnie przeznaczonej na realizację zamówienia w pozostałych trzech częściach.

Dokonując wyboru ofert Zamawiający skorzystał z możliwości zwiększenia kwoty, którą podał bezpośrednio przed otwarciem ofert i wybrał oferty trzech Wykonawców, którzy złożyli oferty na 7 części zamówienia przeznaczając na ich realizację 25.7000.000,00 zł.

Z wyliczenia wynika, że Zamawiający pomimo zwiększenia kwoty na realizację jednej części zamówienia nie wyczerpał wszystkich środków przeznaczonych na realizację przedmiotu zamówienia. W sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty na VIH, IX i X część zamówienia przekracza wartość określoną przez Zamawiającego, ale jednocześnie nie przekracza wysokości kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie ma podstaw do unieważnienia postępowania w tej części, gdyż z kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego po rozstrzygnięciu przetargu, co do 7 części pozostała do wykorzystania kwota 7. 010.000,00 zł.

Przeprowadzając postępowanie Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 3 ustawy - PZP poprzez prowadzenie tego postępowania w sposób, który narusza zasady uczciwej konkurencji oraz nierównego traktowania wykonawców, albowiem celem postępowania jest wybór najkorzystniejszej oferty, przy zachowaniu bezstronności. W tym przypadku, gdy wszystkie oferty zawierały ceny przewyższające kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, dokonał wybory ofert na 7 części podwyższając kwotę, jaką przeznaczył na rozstrzygnięcie przetargu w tych częściach, unieważnił postępowanie w pozostałych, pomimo, iż nie wyczerpał całej kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia. Zgodnie z cytowanym wyżej zapisem w pkt. 18.6 SIWZ Zamawiający mógł wybrać oferty na pozostałe części zamówienia nie dokonując wyboru na wszystkie pozostałe części, w zakresie pozostałych do wykorzystania środków finansowych, gdyż taką możliwość daje mu ten zapis.

Ponadto ogłaszając przetarg na dostawę kruszywa Zamawiający określił, że przedmiotem zamówienia jest dostawa 1.000.000. Mg kruszywa w 2015r. Jest to, więc wielkość, która zagwarantuje Zamawiającemu bezpieczeństwo w prowadzonej przez siebie działalności. Na taką wielkość zamówienia Zamawiający przeznaczył kwotę 32.710.000,00 zł netto, która jak wynika jest niższa od zaproponowanych cen przez wszystkich Wykonawców. Sytuacja ta wskazuje na fakt, iż Zamawiający bez dochowania należytej staranności określił wartość zamówienia nie dokonując porównania danych rynkowych, odwołania się do wartości historycznych, jak np. dotychczasowych zamówień. Podkreślić należy, że cena, jaką Zamawiający przeznaczył na zakup jednej tony w przedmiotowym przetargu jest niższa od ceny obecnie realizowanych dostaw.

W tej sytuacji, gdy rozstrzygnięcie przetargu zostało dokonane w stosunku do 7 części tj. dostawy 700 000 Mg pozostałą część zapotrzebowania pokrywa sobie przedłużeniem okresu obowiązywania poprzedniej umowy.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska, oświadczenia i dowody stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się w tym przypadku uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Ponadto Izba wskazuje, iż okoliczności faktyczne sprawy zostały wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczone w treści odwołania cytowanej powyżej.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt. 4 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.

Według art. 86 ust. 4 Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Natomiast szacunkową wartość zamówienia ustala przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 32 ustawy.

W rozpatrywanym przypadku w każdej z unieważnionych części zamówienia, których dotyczyło odwołanie, kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, i którą podał przed otwarciem ofert, była niższa niż cena ofert Odwołującego – ofert najniższych cenowo w VIII, IX i X części zamówienia.

Przy czym należy zaznaczyć, iż poszczególne części zamówienia, są w istocie odrębnie kontraktowanymi i finansowanymi zamówieniami, które łączy jedynie ten sam przedmiot i tożsame wszczęcie procedury przetargowej i pewne jej elementy, a których wartość szacuje się łącznie jedynie na potrzeby ich odniesienia do progów stosowania odpowiednich przepisów. Natomiast na każdą część zamówienia składane są odrębne oferty, dokonywany oddzielny wybór najkorzystniejszej oferty i zawierane odrębne stosunki umowne. Odrębnie dla każdej części ocenia się więc również spełnienie przesłanek unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W świetle normy art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Zamawiający nie musiał w tym przypadku unieważniać postępowania o udzielenie zamówienia w poszczególnych częściach, ale mógł przeznaczyć dodatkowe kwoty na sfinansowanie zamówienia. Z powołanego przepisu nie wynika jednak wcale, iż musiał podnosić ww. kwotę, tj. szukać dodatkowych środków, dokonywać budżetowych przesunięć, czy innych zmian planów w celu podniesienia kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Natomiast z uwagi na proste porównanie kwot jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówień z cenami oferowanymi przez Odwołującego, zachodziła przesłanka unieważnienia postępowania w każdej ze wskazanych części zamówienia.

W przedmiocie podstaw do zmuszania zamawiających do podniesienia kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się m.in. w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 392/14) oraz orzeczeniach tam powoływanych – rozważania tam zawarte dają się właściwie wprost odnieść do sytuacji zastanej w niniejszej sprawie:

[...] W ocenie Izby określenie przez Zamawiającego kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na realizację zamówienia mieści się w jego dyskrecyjnej władzy, a przepisy art. 86 ust. 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w żaden sposób tej władzy nie ograniczają. W tym zakresie skład orzekający podzielił opinię wyrażoną w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 1645/11, gdzie Izba wyjaśniła, że: „Przepisy te ustanawiają proceduralne ograniczenie arbitralności zamawiającego w określeniu kwoty, którą chce/zamierza wydać na sfinansowanie zamówienia na etapie oceny ofert i unieważnienia postępowania w odniesieniu do tej kwoty. Zamawiający jest związany kwotą, którą zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp podał przed otwarciem ofert tylko niejako «od dołu», tzn. nie może w celu uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp wskazać innej, niższej kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i tym samym zobowiązany jest udzielić zamówienia wykonawcy, który zaoferował cenę mieszczącą się w kwocie pierwotnie podanej. Może natomiast dowolnie, co najwyżej ograniczany przez odrębne przepisy dotyczące jego działalności, podnosić wskazaną przez siebie kwotę i nie unieważniać w takiej sytuacji postępowania. Zastrzeżenie poczynione w ww. przepisie: «chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty», należy interpretować jak okres warunkowy odnoszący się nie do hipotetycznych możliwości finansowych zamawiającego, ale do jego decyzji w przedmiocie zwiększenia środków, które chce wydać na sfinansowanie zamówienia”. Pamiętać należy, że przepisy te nie umożliwiają wykonawcy, na etapie w jakim obecnie znajduje się postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone przez Zamawiającego w rozpoznawanej sprawie, badania rzeczywistych możliwości finansowych Zamawiającego, czy też podejmowania próby nakazania Zamawiającemu wydania na dane zamówienie kwoty wyższej niż pierwotnie zaplanowana. Taką właśnie próbę podjął Odwołujący – działanie to nie znajduje podstaw w ustawie Pzp. Uznanie zarzutów podnoszonych przez Odwołującego prowadziłoby do podważenia celowości ogłaszania bezpośrednio przed otwarciem złożonych Zamawiającemu ofert kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, tak jak to nakazuje art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. Do tej właśnie kwoty odnosi się przepis art. 94 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, stąd na tym etapie postępowania nie jest właściwym ustalenie i dowodzenie rzeczywistych możliwości finansowych Zamawiającego.

Pamiętając o powyższym, Izba uznała, iż wobec faktu, że otwarcie ofert miało miejsce w dniu 23 grudnia 2013 r., przyjęć należało, że twierdzenia o podaniu przez Zamawiającego zaniżonej kwoty w stosunku do rzeczywistej kwoty, jaką on dysponuje zostały sformułowane po upływie terminów określonych w art. 182 ustawy Pzp. W tym kontekście Izba, ponownie odwołując się do orzeczenia KIO 1645/11, pragnie wskazać, że: „Wykonawcy mogą ewentualnie, w stosownych terminach zakwestionować jedynie kwotę, którą zamawiający

podał przed otwarciem ofert jako rażąco zaniżoną w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Kwota taka co prawda nie musi być identyczna z wartością szacunkową zamówienia, którą zamawiający przed wszczęciem postępowania ustalił (plus VAT) – zamawiający może spodziewać się, iż na skutek działania rynkowych mechanizmów konkurencyjnych uzyska zamówienie za kwotę niższą. Jak już wskazano sprawą zamawiającego pozostaje ile na dane zamówienie może/chce wydać. Jednakże kwota ta równocześnie nie może być zaniżona w stosunku do realnej wartości zamówienia jedynie w celu wykreowania sytuacji, w której przesłanka unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 3 [faktycznie ust. 1] pkt 4 Pzp praktycznie zawsze się ziści, a zamawiający będzie miał możliwość dowolnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Tego typu działanie zamawiającego praktycznie uniemożliwiłoby i przekreślałoby opisany wyżej cel podawania kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i jako takie na zasadzie art. 5 K.c. nie mogłoby być uznane za korzystanie z przysługującego prawa i nie korzystałoby z ochrony.”

Należy w pełni podzielić cytowane powyżej poglądy i w ślad za nimi podkreślić, że również w rozpatrywanym przypadku, zniżenie szacunkowej wartości zamówienia oraz zniżenie kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, Odwołujący mógł i powinien kwestionować w stosownych terminach przewidywanych na wnoszenie środków ochrony prawnej w art. 182 Pzp – czego nie uczynił.

W związku z powyższym Izba nie badała więc jakichkolwiek realnych możliwości finansowych Zamawiającego i jego kondycji finansowej oraz rzeczywistej wartości przedmiotowego zamówienia.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp wskazać należy, iż Zamawiający nie mógł dopuścić się naruszenia tego przepisu posiadając materialną podstawę do dokonania czynności wynikającą z innego przepisu, tj. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, który zastosował prawidłowo.

Ponadto zastrzec należy, iż Zamawiający nie dopuścił się nierównego traktowania wykonawców w kontekście różnych czynności w poszczególnych częściach zamówienia, a to ze względu na fakt, iż inne były w tych przypadkach okoliczności faktyczne. Ceny ofertowe w innych częściach, w których udzielono zamówienia, były niższe niż ceny oferowane w częściach VIII, IX i X. i Zamawiający nie zwiększył kwot, które zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówień ponad te ceny.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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).

.....