

Sygn. akt: KIO 2300/15

WYROK
z dnia 5 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2015 r. przez **Odwołującego – ZREW Transformatory Spółka Akcyjna, ul. Rokicińska 144, 92-412 Łódź**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – ENEA Operator Sp. z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań**,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **518 zł 20 gr** (słownie: pięćset osiemnaście złotych dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – ENEA Operator Sp. z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa transformatorów WN/SN dla potrzeb ENEA Operator Sp. z o.o. w 2015 i 2016 roku”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 czerwca 2015 r., nr 2015/S 108-197139.

W dniu 23 października 2015 r., Odwołujący – ZREW Transformatory Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego, polegających na:

1. unieważnieniu postępowania w zakresie zadania numer I, tj. Dostawa transformatorów:
1. transformator 10 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Bydgoszcz, GPZ Brusy T2, 2. transformator 10 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Gorzów Wlkp., GPZ Recz, 3. transformator 10 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Zielona Góra, GPZ Bytnica (dalej „Zadanie nr I”), na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4) Pzp, ze względu na to, że kwota najkorzystniejszej oferty złożonej w ramach tego zadania przewyższa kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie tego zadania, oraz
2. unieważnieniu postępowania w zakresie zadania numer III, tj. Dostawa transformatorów: 1. transformator 25 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Garbary T1, 2. transformator 25 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Garbary T2, 3. transformator 25 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Śmiłowo, 4. transformator 25 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Nowy Tomyśl, T1, 5. transformator 25 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Nowy Tomyśl, T2 (dalej „Zadanie nr III”), na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4) Pzp, ze względu na to, że kwota najkorzystniejszej oferty złożonej w ramach tego

zadania przewyższa kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie tego zadania, oraz

3. zaniechaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej w ramach postępowania dla Zadania nr I przez ZREW, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, oraz
4. zaniechaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej w ramach Postępowania dla Zadania nr III przez ZREW, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, zarzucając Zamawiającemu:
 1. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4) Pzp poprzez bezzasadne i bezprawne unieważnienie postępowania w ramach Zadania nr I, pomimo, że Zamawiający dysponował środkami na sfinansowanie tego zadania, oraz
 2. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4) Pzp poprzez bezzasadne i bezprawne unieważnienie Postępowania w ramach Zadania nr III, pomimo, że Zamawiający dysponował środkami na sfinansowanie tego zadania, oraz
 3. naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez bezzasadne i bezprawne zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej w ramach Postępowania dla Zadania nr I przez ZREW oraz
 4. naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez bezzasadne i bezprawne zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej w ramach Postępowania dla Zadania nr III przez ZREW.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania w ramach Zadania nr I,
2. unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania w ramach Zadania nr III,
3. dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach Zadania nr I, tj. oferty złożonej przez ZREW, zgodnie z art. 91 ust 1 Pzp;
4. dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach Zadania nr III, tj. oferty złożonej przez ZREW, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz ZREW kosztów postępowania, według norm przepisanych, w tym kosztów wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 zł, kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17,00 zł i kosztów zastępstwa procesowego przez profesjonalnego pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł.

W uzasadnieniu odwołanie podniesiono, że zgodnie z pkt 3.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zamówienie objęte postępowaniem obejmowało dostawę 17 sztuk transformatorów, tj.:

1. transformator 10 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Bydgoszcz, GPZ Brusy T2,
2. transformator 16 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Bydgoszcz, GPZ Mogilno T2,
3. transformator 10 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Gorzów Wlkp., GPZ Recz,
4. transformator 16 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Szczecin, GPZ Gryfinono TI,
5. transformator 16 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Szczecin, GPZ Niechorze TI,
6. transformator 16 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Szczecin, GPZ Gryfice T2,
7. transformator 10 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Zielona Góra, GPZ Bytnica,
8. transformator 40 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Tarnowo Podgórne TI,
9. transformator 40 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Tarnowo Podgórne T2,
10. transformator 25 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Garbary TI,
11. transformator 25 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Garbary T2,
12. transformator 25 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Śmiłowo,
13. transformator 25 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Nowy Tomyśl, TI,
14. transformator 25 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Nowy Tomyśl, T2,
15. transformator 16 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Pępowo,
16. transformator 16 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Śmigiel,
17. transformator 16 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Włoszakowice.

Odwołujący wskazał następnie, że w dniu 3 lipca 2015r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 8 zmienił pkt 3.1 SIWZ w ten sposób, że podzielił zamówienie objęte postępowaniem na 4 części, tj.:

Zadanie nr I obejmujące:

1. transformator 10 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Bydgoszcz, GPZ Brusy T2,
2. transformator 10 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Gorzów Wlkp., GPZ Recz,
3. transformator 10 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Zielona Góra, GPZ Bytnica,

Zadanie nr II obejmujące:

1. transformator 16 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Bydgoszcz, GPZ Mogilno T2,
2. transformator 16 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Szczecin, GPZ Gryfino TI,

3. transformator 16 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Szczecin, GPZ Niechorze T1,
4. transformator 16 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Szczecin, GPZ Gryfice T2,
5. transformator 16 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Pępowo,
6. transformator 16 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Śmigiel,
7. transformator 16 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Włoszakowice,

Zadanie numer III obejmujące:

1. transformator 25 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Garbary T1,
2. transformator 25 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Garbary T2,
3. transformator 25 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Śmiłowo,
4. transformator 25 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Nowy Tomyśl, T1,
5. transformator 25 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Nowy Tomyśl, T2,

Zadanie nr IV obejmujące:

1. transformator 40 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Tarnowo Podgórne T1,
2. transformator 40 MVA, 110/15 kV do Oddziału Dystrybucji Poznań, GPZ Tarnowo Podgórne T2.

Odwołujący podniósł w dalszej kolejności, że w dniu 17 sierpnia 2015r., przed otwarciem ofert złożonych w ramach postępowania, Zamawiający, zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp, ogłosił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota ta to łącznie 15.834.000,00 zł netto (19.475.820,00 zł brutto) i składały się na nią następujące kwoty:

1. na Zadanie nr I - 1.920.000,00 zł netto (2.361.600,00 zł brutto),
2. na Zadanie nr II - 5.652.000,00 zł (6.951.960,00 zł brutto),
3. na Zadanie nr III - 4.712.000,00 zł netto (5.795.760,00 zł brutto)
4. na Zadanie nr IV - 3.559.000,00 zł netto (4.366.500,00 zł brutto).

W dniu 2 września 2015r. Zamawiający poinformował ZREW o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w ramach Zadania nr II. Kwota, jaką zaoferował ZREW w ramach tego zadania wynosiła 5.457.500,00 zł. netto (6.712.725,00 zł. brutto).

W dniu 16 października 2015 r. Zamawiający poinformował ZREW o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w ramach Zadania nr IV. Kwota, jaką zaoferował ZREW w ramach tego zadania wynosiła 2.884.000,00 zł. netto (3.547.320,00 zł. brutto).

W dniu 16 października 2015 r. Zamawiający poinformował ZREW o unieważnieniu postępowania w ramach Zadania nr I i Zadania nr III. Jako uzasadnienie unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał, że kwota najkorzystniejszej oferty w ramach Zadania nr I, tj. kwota 2.155.500,00 zł netto (2.651.265,00 zł brutto), zaoferowana przez ZREW przewyższa kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, tj. kwotę 1.920.000,00 zł netto (2.361.600,00 zł brutto). Podobnie w przypadku Zadania nr III - Zamawiający wskazał, że kwota najkorzystniejszej oferty w ramach Zadania nr III, tj. kwota 5.173.500,0 zł netto (6.363.405,00 zł brutto), zaoferowana przez ZREW przewyższa kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, tj. kwotę 4.712.000,00 zł netto (5.795.760,00 zł brutto). Zamawiający nie powołał się w tym piśmie na żadne okoliczności uzasadniające brak możliwości sfinansowania tych zadań. Ograniczył się tylko do stwierdzenia, że „nie zamierza podwyższać kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na te zadania”.

Odwołujący wskazał, że łączna kwota ofert złożonych przez ZREW w ramach postępowania na wszystkie 4 zadania wynosi więc 15.670.500,00 zł netto (19.274.215,00 zł brutto) i jest ona niższa od łącznej kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na zamówienie objęte postępowaniem, tj. kwoty 15.834.000,00 zł netto (19.475.820,00 zł brutto) o kwotę 163.500,0 zł netto (201.605,00 zł brutto). W związku z powyższym, unieważnienie przez Zamawiającego postępowania w zakresie Zadania nr I i Zadania nr III nastąpiło z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Odwołujący podniósł następnie, że jak wynika z powyższego, kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całego zamówienia objętego postępowaniem, i którą ogłosił wykonawcom przed otwarciem ofert jest wyższa od łącznej kwoty najkorzystniejszej oferty na wszystkie zadania objęte Postępowaniem - oferty ZREW. Podkreślono jednocześnie, że pierwotnie Zamawiający przewidywał, że postępowanie na wszystkie 17 transformatorów prowadzone będzie jako całość i nie będzie podzielone na części. Podział postępowania na cztery zadania nastąpił dopiero później, na skutek pytań zadawanych przez oferentów. Wynika z tego, że Zamawiający ogłaszając przetarg przewidywał, że na sfinansowanie całego postępowania przeznaczy kwotę 15.834.000,00 zł netto (19.475.820,00 zł brutto). Podział tej kwoty na poszczególne zadania jest wynikiem wyłącznie tego, że Zamawiający zgodził się na propozycję wykonawców/offerentów dotyczącą podziału postępowania na cztery części.

Odwołujący wskazał, że przesłanka unieważnienia postępowania, określona w art. 93 ust. 1 pkt 4) Pzp, nie ma w tej sprawie zastosowania, a co za tym idzie, czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania w zakresie Zadania nr I i Zadania nr III powinna zostać unieważniona, a w jej miejsce Zamawiający powinien, w związku z tym,

że dokonał wyboru oferty ZREW, jako najkorzystniejszej w ramach tych zadań, poinformować ZREW i pozostałych oferentów o wyborze oferty ZREW jako najkorzystniejszej oraz zawrzeć ze ZREW umowę na realizację Zadania nr I i Zadania nr III.

Odwołujący wskazał w tym miejscu na wyrok KIO z dnia 22.02.2011 r., sygn. akt KIO 265/11, w którym wyrażono pogląd, że *„Zamawiający nie może unieważnić postępowania jeżeli dysponuje kwotą, która pokrywa w całości wartość brutto oferty wykonawcy składającego ofertę. Brak jest bowiem zarówno podstaw faktycznych, jak i prawnych do unieważnienia postępowania.”*

Z ostrożności Odwołujący podniósł także następujące argumenty:

Odwołujący przytoczył brzmienie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, stwierdzając, że w sytuacji, o której mowa w tym przepisie, zamawiający nie ma obowiązku unieważnienia postępowania. Tak też wielokrotnie wypowiadała się Krajowa Izba Odwoławcza (m.in. w wyroku z dnia 6.05.2013r. o sygnaturze KIO 920/13, w którym KIO stwierdziła *„1. Zamawiający nie jest zobowiązany do unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jest wyższa, niż kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Obowiązek podania tej kwoty zgodnie z art. 86 ust 3 ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) bezpośrednio przed otwarciem ofert zapobiega uznaniowości zamawiającego, realizuje zasadę jawności postępowania, sprzyja przejrzystości procedury oraz zachowaniu zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. 2. Kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie stanowi górnej i nieprzekraczalnej granicy możliwego zobowiązania. Zamawiający może podjąć działania na rzecz zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia i dopiero, gdy nie uzyska środków w wysokości ceny najkorzystniejszej oferty, zobowiązany jest do unieważnienia postępowania na podstawie art 93 ust 1 pkt 4 ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Przywołany przepis o możliwości tej stanowi expressis verbis.”*)

Odwołujący podniósł, że w sytuacji analogicznej, jak w przedmiotowej sprawie, KIO stwierdziła, że *„Po dokonaniu wyboru oferty opiewającej na cenę przewyższającą kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i którą to kwotę zamawiający podał przed otwarciem ofert, zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, ze zm.). Jednak zamawiający musi najpierw sprawdzić możliwość zwiększenia kwoty do wysokości ceny wybranej, najkorzystniejszej oferty. Po wyborze oferty opiewającej na cenę przewyższającą kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zamawiający musi*

dokonać próby zwiększenia kwoty, która zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Taka próba przed wyborem konkretnej oferty nie może być faktycznie przeprowadzona, gdyż niejako w ciemno, teoretycznie zamawiający nie wie, jaka będzie różnica między ceną ofertową i założoną wysokością sfinansowania zamówienia. Ponad różnicę w kwotach przeznaczonych środków i ceny oferty istotną rolę odgrywa czas, jaki minął od zaplanowania wydatków na zrealizowanie zamówienia - może on być dosyć odległy, nawet kilka miesięcy przed wszczęciem postępowania, a zwykle co najmniej kilka tygodni przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty. W tak długim czasie mogą zajść zdarzenia powodujące zwiększenie środków, które zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, np. wystąpią oszczędności dzięki tańszemu nabyciu dóbr ze względu na wybór tańszej oferty w innej procedurze, albo przeciwnie, zamawiający będzie dysponować mniejszą kwotą niż pierwotnie planował przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, bo mogą wystąpić nieprzewidziane wydatki spowodowane np. usuwaniem skutków awarii." (wyrok KIO z dnia 21.02.2014r., sygn. akt KIO 226/14).

Odwołujący wskazał, że takie właśnie oszczędności (tj. wynikające z tego, że oferty ZREW złożone w ramach Zadania nr II i IV są niższe niż przewidywane przez Zamawiającego kwoty na sfinansowanie tych zadań, co więcej, pokrywają różnice przewyższające kwoty ofert ZREW na Zadania nr I i III) Zamawiający może przeznaczyć na zwiększenie kwot potrzebnych na sfinansowanie Zadania I i III.

W dalszej kolejności Odwołujący przytoczył wyrok KIO z dnia 6.08.2012 r. w sprawie o sygnaturze KIO 1582/12, w którym wyrażono pogląd, że „Zamawiający nie jest bowiem zobowiązany do unieważnienia postępowania w każdym przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza równowartość kwoty, którą planował przeznaczyć na realizację zamówienia. Możliwe jest zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, tak aby była ona wyższa od ceny zawartej w ofercie najkorzystniejszej, w granicach i na zasadach określonych ustawą o finansach publicznych - w sytuacji gdy zamawiający uzna to za uzasadnione i celowe. Dopiero gdy dokonanie takich przesunięć środków nie jest możliwe lub uzasadnione, a kwota, która zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty. zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art 93 ust. 1 pkt 4”. Podobnie wypowiedziała się KIO w wyroku z dnia 8.06.2011 r. w sprawie o sygnaturze KIO 1100/11, w którym stwierdziła, że „Artykuł 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może (obecnie zamierza) przeznaczyć na

sfinansowanie zamówienia. Zamawiający nie jest zobowiązany do unieważniania 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 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Odwołujący wskazał, że podobne orzeczenia KIO zapadły też w innych sprawach, m.in. w wyroku z dnia 7.06.2011 r., sygn.. akt KIO 1070/11, w którym KIO stwierdziła „Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), nie obliuguje zamawiającego do unieważnienia postępowania w każdym przypadku, gdy cena wybranej oferty przewyższa kwotę przeznaczoną na finansowanie zamówienia. Zgodnie z literalnym brzmieniem ww. przepisu, zamawiający w takim przypadku ma bowiem możliwość przeanalizowania swego budżetu w celu stwierdzenia, czy istnieje możliwość zwiększenia kwoty finansowania do wartości umożliwiającej zawarcie umowy z wybranym wykonawcą”. W wyroku z dnia 7.04.2009r., sygn.. akt KIO/UZP 377/09, KIO potwierdziła, że „W momencie wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający może dokonać weryfikacji swoich możliwości finansowych związanych z finansowaniem danego zamówienia publicznego. Powszechnie w praktyce przyjęło się, że owa weryfikacja następuje poprzez zwiększenie środków na sfinansowanie zamówienia. np. poprzez dokonanie przesunięć w ramach planu finansowego danej jednostki”.

Odwołujący argumentował, że także w kolejnych wyrokach KIO potwierdziła, że „Dla wykazania usprawiedliwionych przyczyn unieważnienia postępowania na skutek braku środków, niewystarczające jest jedynie ogólne powołanie się przez zamawiającego, że sytuacja taka ma miejsce. Obowiązkiem zamawiającego było wykazanie za pomocą dostępnych dowodów, jaką kwotą w rzeczywistości dysponuje, czy może dysponować na dany cel.” (wyrok z dnia 12.08.2010r., sygn.. akt KIO 1624/10). KIO wielokrotnie też wskazywała, że Zamawiający przed podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania powinien uruchomić procedury dotyczące swojego budżetu w celu zwiększenia środków na realizację zamówienia (m.in. wyrok KIO z dnia 17.10.2007r., sygn. akt UZP/ZO/O-1226/07). „Kwota, którą zamawiający podaje przy otwarciu ofert jest to kwota, którą zamierza przeznaczyć na

finansowanie zamówienia i sam fakt, że cena oferty przekracza tę kwotę nie powoduje konieczności unieważnienia postępowania, gdyż po wyborze oferty możliwe jest uruchomienie procedur dotyczących budżetu, w których kwota ta zostanie zwiększona, czyniąc możliwym realizację zamówienia” (wyrok z dnia 7.03.2006r., sygn. akt UZP/ZO/0-605/06). „Zamawiający nie jest zobowiązany do unieważniania 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. Dopiero w sytuacji, gdy dokonanie przeniesień finansowych nie jest możliwe lub celowe. a kwota, która zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty. zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

W świetle powyższego Odwołujący stwierdził, że Zamawiający podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania powinien przede wszystkim zbadać swoje możliwości finansowe w zakresie zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Dopiero w sytuacji, gdy Zamawiający nie ma takiej możliwości, powinien on unieważnić postępowanie. Wskazuje na to m.in. wyrok KIO z dnia 13.03.2009r., sygn.. akt KIO/UZP 243/09, „Kwota jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia będąca przesłanką unieważnienia postępowania o jego udzielenie powinna mieć swoją obiektywną podstawę, wynikającą z dokumentów zamawiającego. Dokumentem takim jest nie tylko plan finansowy zamawiającego, ale również każdy inny dokument, z którego treści wynika jaka kwota została zaplanowana na jego realizację”.

Dodatkowo, podkreślono, że kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jest czym innym kwota, którą zamawiający może przeznaczyć na ten cel (tak m.in. UZP w wyroku z dnia 23.01.2007r., w sprawie o sygnaturze UZP/ZO/O-58/07, gdzie stwierdzono: „Zamawiający w pierwszym rzędzie powinien dokonać prawidłowej oceny złożonych ofert, a następnie zbadać swoje możliwości sfinansowania zamówienia. Zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, czym innym jest kwota, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, czym innym zaś kwota, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”.

Wskazano, że w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp jest mowa o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ale unieważnienie postępowania nie może nastąpić, jeżeli zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej z ofert.

Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 28.04.2009r. (sygn. KIO/UZP 498/09), przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych koreluje z przepisem art 86 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwot tych nie należy utożsamiać.

Jak wynika z powyższego, Zamawiający przed podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania powinien przede wszystkim rozważyć własne możliwości finansowe w celu zwiększenia kwot na poszczególne zadania objęte postępowaniem. W przedmiotowej sprawie jest to możliwe poprzez przesunięcie kwot przeznaczonych na Zadanie nr II i Zadanie nr IV, które są wyższe niż kwoty najkorzystniejszej oferty wybranej przez Zamawiającego w ramach tych dwóch zadań i przekazanie tych nadwyżek na Zadanie nr I i Zadanie nr III. Pozwoli to na sfinansowanie Zadań nr I i III bez konieczności poszukiwania dodatkowych środków i - co ważniejsze - unieważnienia postępowania w zakresie tych dwóch zadań.

Odwołujący wskazał końcowo, że w pismach z dnia 16 października 2015 r. Zamawiający nie wskazał wyraźnie, że jako najkorzystniejsza wybrana została oferta ZREW (wskazał jedynie kwotę oferty najkorzystniejszej), stąd zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej i żądanie dokonania wyboru oferty ZREW. Dotyczy to także obowiązku poinformowania ZREW, że jego oferta wybrana została, także w zakresie Zadania nr I i Zadania nr III, jako najkorzystniejsza.

W odpowiedzi Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów według złożonego na rozprawie spisu kosztów.

Podniesiono, że ewentualny wyrok uwzględniający odwołanie faktycznie sprowadzałby się do nakazania Zamawiającemu zawarcia umowy, co z kolei na podstawie art. 192 ust. 6 Pzp jest niedopuszczalne.

Argumentowano następnie, że Zamawiający nie dokonał wyboru ofert Odwołującego dla zadań I oraz III, gdyż cena tych najkorzystniejszych ofert przewyższa kwoty, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zadań. W przedmiotowym zakresie pomiędzy Odwołującym, a Zamawiający nie istnieje spór. Ewentualne orzeczenie uwzględniające odwołanie sprowadzałoby się do konieczności dokonania przez Zamawiającego dwojakiego rodzaju czynności:

- 1) po pierwsze do ponownego unieważnienia postępowania, gdyż Zamawiający dokonał analizy, czy jest w stanie przeznaczyć środki wyższe od tych aniżeli pierwotnie przewidywał i wciąż podtrzymuje swoje rozstrzygnięcie w tym zakresie, to z kolei byłoby niewykonaniem wyroku Izby dlatego też orzeczenie nie może sprowadzać się do

nakazania Zamawiającemu przeznaczenia środków wyższych od pierwotnie założonych, gdyż gospodarowanie własnym budżetem to wewnętrzna, a wręcz autorytarna decyzja Zamawiającego,

- 2) po drugie do zwiększenia środków, a w konsekwencji zawarcia umowy z Odwołującym, co z kolei byłoby de facto nakazaniem Zamawiającemu zawarcia umowy, a co jest niedopuszczalne na podstawie art. 192 ust. 6 Pzp.

Zamawiający podniósł następnie, że przedmiotowe postępowanie było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, w ramach którego przewidziane zostało przeprowadzenie aukcji elektronicznej. Postępowanie prowadzone było z podziałem na 4 zadania, z których każde stanowi odrębny przedmiot postępowania. Wskazano, że w dniu 2 października 2015 r. w wyniku oceny ofert, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający zaprosił do aukcji elektronicznej w zadaniach 1, 3, oraz 4 wykonawców: 1. ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2. Power Engineering S.A. z siedzibą w Czerwonaku, 3. ZREW Transformatory S.A. z siedzibą w Łodzi. W wyniku wniesionego odwołania w dniu 7 października 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wstrzymaniu aukcji elektronicznej. W dniu 16 października 2015 r. Zamawiający anulował czynność zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej. Dokonał tego w wyniku ponownej oceny ofert, której konsekwencją było odrzucenie oferty wykonawcy ABB Sp. z o.o. Wskazano, że stosownie do art. 91a Pzp Zamawiający przeprowadza przewidzianą aukcję elektroniczną, jeżeli złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. W przedmiotowej sytuacji w każdym z zadań, po odrzuceniu oferty ABB Sp. z o.o., pozostały jedynie 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. Oznacza to, że nie ma prawnych możliwości przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Brak możliwości przeprowadzenia aukcji powoduje, że zastosowanie będzie miał art. 92 Pzp do stanu istniejącego z chwili oceny ofert bez zastosowania aukcji. W przypadku zadań 1 i 3, brak aukcji elektronicznej spowodował, że kwota najkorzystniejszej oferty jest kwotą przewyższającą możliwości Zamawiającego, tym samym wypełnione zostały przesłanki wynikające z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Wskazano, że w zadaniu nr 1 kwota przeznaczona na sfinansowanie zadania wynosi 2 361 600,00 zł natomiast wartość najkorzystniejszej oferty to kwota 2 651 265,00 zł. Analogicznie w zadaniu nr 3 kwota przeznaczona to 5 795 760,00 zł natomiast wartość oferty to kwota 6 363 405,00 zł. Zamawiający podniósł przy tym, że powyższe dane zostały odczytane zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert. Kwoty przeznaczone na sfinansowanie zamówienia zostały odczytane, przez Przewodniczącą Komisji Przetargowej, z podziałem na poszczególne zadania. Wbrew temu, co sugeruje Odwołujący, kwoty te nie zostały podane, jako łączna wartość, na którą składają się wartości poszczególnych zadań w postępowaniu. Podkreślono, że Przewodniczący Komisji

Przetargowej podał kwoty, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie pojedynczych, indywidualnie wskazanych zadań w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego tego, że pierwotnie Zamawiający prowadził postępowanie bez podziału na części, a dopiero w efekcie wniosków wykonawców dokonał podziału zamówienia na zadania, Zamawiający wskazał, że wniosek wykonawcy w tym zakresie był jedynie zbieżny w czasie, w jakim Zamawiający powziął przeświadczenie, że koniecznym jest dokonanie podziału na określone zadania. Prowadzenie postępowania bez podziału na części byłoby niezgodne z Planem Inwestycyjnym obowiązującym w Spółce, przyjętym uchwałą Zarządu ENEA Operator Sp. z o.o. w dniu 29 grudnia 2014 r. nr 383/2014. Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym Planie Inwestycyjnym jest dokonany podział inwestycji odpowiadający zadaniom, na które zostało podzielone zamówienie, a także wskazane są kwoty, które na poszczególne zadania Zamawiający zamierza przeznaczyć. Podkreślono, że Plan Inwestycyjny jest pochodną Planu Rozwoju, którego obowiązek wykonania wynika z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (Dz. U. 2012.1059 j.t.), a który na podstawie art. 23 ust. 1a pkt 5) Prawa energetycznego musi zostać uzgodniony z Prezesem Urzędu Regulacji Energetyki. Oznacza to, że w ramach inwestycji ujętych w Planie Rozwoju Zamawiający nie może dowolnie dokonywać zmian, a taką zmianą byłoby udzielenie zamówienia bez podziału na części. Zamawiający wskazał, że wnioskując z powyższego należy skonkludować, że Zamawiający nie mógł od początku przewidywać wydatkowania łącznej kwoty na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający podkreślił przy tym, że przedmiotowy Plan Inwestycyjny został przyjęty w grudniu 2014 r., a więc wcześniej aniżeli uruchomione zostało postępowanie przetargowe.

Zamawiający argumentował następnie, że zgodnie z art. 38 ust. 4 Pzp, ma możliwość dokonania zmiany treści SIWZ w każdym czasie przed terminem składania ofert. Natomiast dyspozycja wynikająca z art. 86 ust. 3 Pzp dotyczy momentu otwarcia ofert, a nie wszczęcia postępowania. Oznacza to, że zamawiający podaje kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia istniejącą bezpośrednio przed otwarciem ofert. Wynika to choćby z faktu, że w czasie prowadzenia postępowania może zaistnieć szereg okoliczności powodujących pewnego rodzaju „przesunięcia” w budżecie zamawiającego. Zamawiający odwołał się jednocześnie do orzeczenia KIO z dnia 21 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 226/14.

Zamawiający podniósł, że nie można zgodzić się z sugestią Odwołującego, że ewentualne przewidywanie jakiegokolwiek kwoty na etapie wszczęcia postępowania determinuje obowiązek zamawiającego do zachowania tejże kwoty przez cały czas prowadzonego postępowania i ta właśnie kwota powinna zostać podana bezpośrednio przed otwarciem ofert. Wskazano przy tym, że jest to argumentacja ewentualna, gdyż Zamawiający

w żadnym czasie nie przewidywał jednej kwoty na sfinansowanie całego zamówienia, a zgodnie z Planem Inwestycyjnym mógł przewidywać do wydatkowania kwoty jedynie z podziałem na przedmiotowe zadania.

Zamawiający wskazał także, że podział zamówienia na części jest de facto prowadzeniem tylu postępowań o udzielenie zamówień publicznych ile jest części, a jedynie połączonych jedną procedurą. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający odrębnie dla każdego zadania odczytuje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie każdego zamówienia w ramach jednej procedury. Konsekwencją tego stanu rzeczy jest konieczność uznania, że ustawodawca w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez użycie słów „...zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia...”, odnosi się do poszczególnych zadań w ramach jednej procedury. Podkreślono, że w niniejszej sprawie chyby jest argument Odwołującego, że znaczenie ma łączna kwota przeznaczona przez zamawiającego na wszystkie zadania w ramach jednej procedury, gdyż znaczenie dla art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp mają poszczególne kwoty przeznaczone na pojedyncze zadania. Zamawiający podniósł jednocześnie, że poprzez sam fakt unieważnienia zadań I oraz III wskazał wykonawcom, że po dokonaniu wewnętrznej analizy i możliwości przesunięć finansowych, nie jest w stanie zwiększyć przeznaczonej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Wynika to z istniejących w spółce priorytetów inwestycyjnych. Ewentualne oszczędności w postępowaniach przetargowych są kierowane na inne celowe zadania inwestycyjne spółki, których celem jest realizacja obowiązków ENEA Operator, w tym zwiększenie niezawodności i jakości dostaw energii elektrycznej. Argumentowano ponadto, że zarzut Odwołującego, iż Zamawiający nie wskazał żadnych okoliczności uzasadniających brak możliwości sfinansowania przedmiotowych zadań, gdyż ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że „nie zamierza podwyższać kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na te zadania” również nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazano, że znikąd tak wysnuty przez Odwołującego obowiązek Zamawiającego nie wynika. Zamawiający odwołał się także do wyroku KIO z dnia 10 października 2015 r., sygn. akt KIO 622/15, w którym wyrażono stanowisko, iż: *„Nie można zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że sformułowanie użyte w treści art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp „chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny oferty najkorzystniejszej” nakłada na zamawiającego obowiązek wykazania, że podjął działania zmierzające do zwiększenia pierwotnie podanej kwoty na realizację zamówienia. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp daje uprawnienie a nie obowiązek zamawiającemu do zwiększenia kwoty, którą podał podczas otwarcia ofert. Oznacza to, że ewentualne zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia leży wyłącznie w gestii zamawiającego – dysponenta środków finansowych – jest jego arbitralną decyzją, która nie musi być uzewnętrzniona w jakiś*

sformalizowany sposób, jak tego domaga się odwołujący. Sformułowanie użyte w art. 93 ust. 1 pkt 4 in fine ustawy Pzp, jako uprawnienie zamawiającego, nie może być zatem podstawą do roszczeń wykonawców o zwiększenie kwoty podanej bezpośrednio przed otwarciem ofert. Do zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wystarczającym jest stwierdzenie, że cena oferty przekracza kwoty przeznaczone na realizację zamówienia a zamawiający nie ma możliwości zwiększenia tych kwot”.

Zamawiający odwołał się następnie do stanowiska wyrażonego w wyroku KIO z dnia 15 maja 2014 r., sygn. akt KIO 823/14, gdzie Izba stwierdziła m.in., że: *„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 nakazuje to art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. Do tej właśnie kwoty odnosi się przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stąd na tym etapie postępowania nie jest właściwym ustalenie i dowodzenie rzeczywistych możliwości finansowych Zamawiającego”* oraz w wyroku SO w Katowicach z dnia 24 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 131/08, gdzie sąd stwierdził, że: *„To zamawiający dokonuje oceny, jaką kwotę może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a kontrola gospodarowania środkami finansowymi przez zamawiającego nie należy do kompetencji uczestników postępowania”* (tak również SO w Lublinie w postanowieniu z dnia 26 kwietnia 2013 r., sygn. akt IX Ga 127/13).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, Zamawiający wskazał, że w żadnym razie nie można zgodzić się z Odwołującym. Przepis art. 91 ust. 1 Pzp sprowadza się do pewnego rodzaju nakazu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty jedynie na podstawie takich kryteriów, jakie zamawiający określił w SIWZ. Tylko wskazane w specyfikacji kryteria oceny ofert stanowią podstawę do wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący błędnie interpretuje dyspozycję wynikającą z przywołanego przepisu, która zgodnie z rozumowaniem Odwołującego sprowadza się do nakazania Zamawiającemu wyboru najkorzystniejszej oferty i wyraźnego wskazania tak dokonanego wyboru. Prawidłowa wykładnia wskazanego przepisów sprowadza się do tego że wybierając najkorzystniejszą ofertę zamawiający może posługiwać się wyłącznie kryteriami oceny ofert opisanymi w SIWZ, a w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie mógł naruszyć przywołanego przepisu, gdyż nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na innych podstawach niż wskazane w SIWZ kryteria oceny ofert.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stan faktyczny sprawy nie stanowił istoty sporu. Izba przyjęła w ramach dokonywanych ustaleń okoliczności faktyczne przedstawiane przez strony w pisemnych stanowiskach. W szczególności, jako nie budzącą wątpliwości okoliczność Izba przyjęła to, że Zamawiający dokonał podziału zamówienia na cztery części, dla których bezpośrednio przed otwarciem ofert podał, odrębnie dla poszczególnych zadań, kwoty, jakie zamierza przeznaczyć na ich sfinansowanie. Poza sporem pozostawało również to, że ceny ofert Odwołującego w zadaniach I oraz III przewyższają kwoty przewidziane dla tych zadań przez Zamawiającego.

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.

W ocenie Izby, w niniejszej sprawie, nie zaistniały żadne podstawy do przypisania Zamawiającemu naruszenia ww. przepisu. Należy jednocześnie wskazać w tym miejscu, że argumentacja Odwołującego nie zawierała rzeczowych podstaw, ani nie opierała się na rzeczowych dowodach. Cechowała się przy tym subiektywizmem, jak również ogólnikowością. W szczególności Odwołujący w sposób arbitralny przyjął, że Zamawiający może zwiększyć środki finansowe na realizację zadań nr I i III, jak również w sposób nieuprawniony przyjął, że Zamawiający nie dokonał analizy możliwości zwiększenia środków na sfinansowanie przedmiotowych zadań oraz, że winien w sposób szczegółowy dowodzić wykonawcy, że przeprowadził tego rodzaju analizę oraz niejako tłumaczyć się wykonawcy i przedstawiać mu dowody, dlaczego zajął negatywne stanowisko w tym przedmiocie. Zasadnie podnosił

Zamawiający, że brak jest podstaw prawnych, by domagać się od zamawiającego, jakiegoś szczegółowego sposobu dokumentowania procesu decyzyjnego, w wyniku którego zajęto stanowisko o braku możliwości zwiększenia środków finansowych na realizację danego zadania.

W ocenie składu orzekającego Izby, dla rozumienia normy prawnej zawartej w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, konieczne jest całościowe spojrzenie, w tym wzięcie pod uwagę perspektywy historycznej. Obecne brzmienie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp obowiązuje od 29 stycznia 2010 r. Wcześniej przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowił, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przepis nie zawierał zastrzeżenia „chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty”, co powodowało istotne problemy praktyczne i stanowiło dla zamawiających barierę do wyboru oferty najkorzystniejszej. Dopiero wskutek nowelizacji dokonanej na mocy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2009.223.1778) powyższe zastrzeżenie zostało dodane do treści art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. W uzasadnieniu ustawy nowelizującej wskazano, że *„(...) proponowane przepisy mają na celu jednoznaczne przyznanie zamawiającemu uprawnienia do zwiększenia kwoty, którą przeznaczy na sfinansowanie zamówienia w porównaniu z kwotą, którą podał bezpośrednio przed otwarciem ofert (art. 93 ust. 1a). Rozwiązanie to służyć ma wyeliminowaniu wątpliwości interpretacyjnych, które zaistniały w orzecznictwie sądowym, zgodnie z którymi - wbrew literalnemu brzmieniu art. 86 ust. 3 i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy - na zamawiającym ciąży obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli najkorzystniejsza oferta zawiera cenę wyższą od kwoty, którą zamawiający podał bezpośrednio przed otwarciem ofert. Kwota, którą zamawiający podaje bezpośrednio przed otwarciem ofert, jest jedynie jego deklaracją na temat środków finansowych, jakie w danym momencie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W trakcie postępowania kwota środków znajdujących się w jego dyspozycji 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. (...) Jednocześnie proponuje się zmianę art. 93 ust. 1 pkt 4 w taki sposób, aby zamawiający mógł unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego bez konieczności badania i oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, jeżeli cena oferty z najniższą ceną przekracza kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”.*

Ratio legis wprowadzonych zmian było więc otworzenie zamawiającemu możliwości (podkreślenie Izby) wyboru oferty z ceną przewyższającą wartość wskazaną przez

zamawiającego, jako kwotę możliwą do przeznaczenia na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji, gdy to zamawiający – a nie żaden inny podmiot – widzi tego rodzaju możliwość i celowość takiego kierunku działań. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp zawiera więc zastrzeżenie, które winno być postrzegane, jako wprowadzone „na korzyść” zamawiającego. Możliwość zwiększenia budżetu na dane zamówienie (zadanie) nie powinna być przy tym postrzegana jedynie na płaszczyźnie możliwości uzyskania wyższych środków finansowych niż przewidziane do wydatkowania, (przykładowo poprzez wewnętrzne przesunięcia środków finansowych) ale równie istotne jest postrzeganie tej możliwości w kontekście m.in. celowości i gospodarności wydatkowania środków finansowych. Zamawiający mając nawet możliwość zwiększenia środków może przecież uznać, że wydatkowanie wyższej sumy niż przewidziana nie będzie dla niego działaniem uzasadnionym ekonomicznie i zgodnym z własnymi planami czy priorytetami działalności. Jest to szczególnie widoczne w sytuacji, gdy zamawiający przewiduje przykładowo przeprowadzenie aukcji elektronicznej, a więc dąży do uzyskania od wykonawców m.in. możliwie najkorzystniejszych cen. „Przymuszanie” niejako zamawiającego do wydatkowania wyższych kwot na jedyną tylko ofertę, gdy nie było możliwym przeprowadzenie aukcji elektronicznej, a więc w sytuacji odbiegającej od założeń i kierunku działań zamawiającego, musi tym bardziej jawić się, jako wykraczające poza dyspozycję art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp i niezgodne z celem zawartego w nim unormowania. Zastrzeżenie zawarte w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, musi więc być wykładane jedynie, jako uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego. Kwestię tę podnosi się konsekwentnie w orzecznictwie Izby – przykładowo w wyroku z dnia 10 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 622/15, Izba wskazała m.in., że *„Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. daje uprawnienie a nie obowiązek zamawiającemu do zwiększenia kwoty, którą podał podczas otwarcia ofert. Oznacza to, że ewentualne zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia leży wyłącznie w gestii zamawiającego - dysponenta środków finansowych - jest jego arbitralną decyzją, która nie musi być uzewnętrzniona w jakiś sformalizowany sposób”*. W przypadku, gdy przepis prawa przewiduje jedynie uprawnienie do zwiększenia kwoty (a nie obowiązek zwiększenia tej kwoty, nawet w sytuacji posiadania środków finansowych) czynienie zamawiającemu zarzutu z faktu nie zwiększenia tej kwoty wymaga szczególnie ostrożnego podejścia, a przede wszystkim rzeczowych podstaw, a nie jedynie ogólnych stwierdzeń przedstawianych przy tym tylko w ujęciu korzystnym dla wykonawcy. W niniejszej sprawie, Izba nie uznała by tego rodzaju podstawy zaistniały, Odwołujący bynajmniej podstaw tych, zdaniem Izby, nie wykazał. Izba w całości podzieliła natomiast stanowisko i argumentację Zamawiającego.

Należy następnie wskazać, że zgodnie z art. 93 ust. 2 Pzp, w sytuacji, gdy zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o

udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio. Z przepisu tego wynika, że przesłanka unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, ma także zastosowanie do poszczególnych części zamówienia. Decydujące jest tu odniesienie tej przesłanki do kwoty przewidzianej na realizację danej części zamówienia, a nie kwoty przewidzianej na całe zamówienie. Wymaga przytoczenia w tym miejscu stanowisko Izby przedstawione w wyroku z dnia 12 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2729/14, gdzie wskazano, że: *„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 p.z.p.”*

Ponadto, co istotne w tej sprawie, Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający zaplanował wydanie łącznej kwoty przewidzianej na zamówienie bez względu na to, czy ceny ofert zmieszczą się w kwotach przewidzianych do wydatkowania w ramach poszczególnych zadań. Przeciwnie, złożone przez Zamawiającego dowody potwierdzają, że Zamawiający może wydatkować na poszczególne części tylko te kwoty, które zostały ujęte w planie inwestycyjnym (sporządzonym jeszcze przed wszczęciem tego postępowania) i które to kwoty znalazły następnie odzwierciedlenie w kwotach podanych bezpośrednio przed otwarciem ofert. Izba w całości uznała wartość dowodową złożonej przez Zamawiającego Uchwały nr 383/2014 Zarządu ENEA Operator Sp. z o.o. z dnia 29 grudnia 2014 r., wraz z załączoną Tabelą E25AO. Tabela ta wskazuje przy tym, że Zamawiający przewidywał możliwości finansowania dostawy transformatorów w zależności od mocy transformatorów. Zawarty w Tabeli podział z przypisaniem środków finansowych oparty został właśnie na mocy transformatorów i dokument ten potwierdza, że dla transformatorów objętych zadaniem 1 (10 MVA, 110/15 kV) przewidziane środki finansowe wynosiły 1.920.000,00 zł netto, a na zadanie nr 3 (transformatory 25 MVA, 110/15 kV) - 4.712.000,00 zł netto. Powyższa Tabela w pełni koresponduje z argumentacją Zamawiającego, że Zamawiający nie mógł od początku przewidywać wydatkowania łącznej kwoty na sfinansowanie zamówienia. Brak podziału zamówienia na części w pierwotnej wersji SIWZ wynikał, na co wskazał Zamawiający, z błędu, który został naprawiony poprzez dokonaną w dniu 3 lipca 2015 r. modyfikację (w odpowiedzi na pytanie nr 8), która musiałaby mieć miejsce niezależnie od zadanego przez wykonawcę pytania, które zbiegło się jedynie w czasie z decyzją Zamawiającego o konieczności

modyfikacji treści SIWZ. Wobec obalenia twierdzeń Odwołującego o planowaniu przez Zamawiającego, od początku prowadzenia postępowania, wydatkowania łącznej kwoty na to zamówienie, bez względu na ceny ofert w poszczególnych zadaniach (Odwołujący nie przedstawił przy tym przekonujących argumentów, które nakazywałyby zdyskredytowanie treści dokumentów złożonych przez Zamawiającego) należało tym bardziej przyjąć krytyczną ocenę twierdzeń Odwołującego o możliwości wewnętrznych przesunięć środków finansowych na poszczególne zadania w ramach kwoty wynikającej z sumowania kwot przypisanych do wszystkich zadań.

Końcowo należy wskazać, że nie jest rolą Izby, ani Odwołującego, tak dalekie ingerowanie w strategię finansową zamawiającego, by w istocie przymuszać go do wydatkowania większych kwot niż te, które zaplanował i może wydać na dany kontrakt. Wymaga przytoczenia w tym miejscu wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1822/13, gdzie stwierdzono m.in., że: *„Decyzja o zwiększeniu środków finansowych na realizację zamówienia jest zawsze suwerennym prawem zamawiającego i ta decyzja jest poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej. Tym samym, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa formalnie kwotę, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, to zgodnie z przepisem art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. zamawiający może - bez dokonywania dodatkowych ustaleń - unieważnić postępowanie”*. Tożsame stanowisko Izba zajęła m.in. w wyroku z dnia 12 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2729/14, gdzie wskazano, że: *„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 P.z.p. 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 P.z.p. podał przed otwarciem ofert tylko niejako "od dołu", tzn. nie może w celu uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 P.z.p. 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 najwyższej 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 P.z.p. 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 P.z.p. Do tej właśnie kwoty odnosi się przepis art. 94 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., stąd na tym etapie postępowania nie jest właściwym ustalenie i dowodzenie rzeczywistych możliwości finansowych Zamawiającego". Powyższe stanowiska, podzielane w pełni przez skład orzekający, znajdują bezpośrednie przełożenie na stan faktyczny niniejszej sprawy. Z pewnością nie jest też dopuszczalne, by zmuszać Zamawiającego do podejmowania starań o zmianę wieloletniego planu inwestycyjnego, pomijając już skomplikowany charakter tej procedury, zwłaszcza gdy Zamawiający nie widzi ani możliwości, podstaw, ani celowości tego rodzaju zmiany.

Reasumując, nie potwierdziły się zarzuty odwołania dotyczące naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Równie krytycznie należało ocenić zarzuty dotyczące naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp. Skoro Zamawiający unieważnił postępowanie w zakresie zadania nr 1 i 3 to oczywistym jest, że nie mógł (i nie musiał) dokonywać wyboru najkorzystniejszej oferty. W stanie faktycznym niniejszej sprawy trudno doszukiwać się logicznych podstaw do przypisywania Zamawiającemu naruszenia ww. przepisu, tym bardziej, co zasadnie podnosił Zamawiający, że przepis ten stanowi o wyborze oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, która to ocena, według przewidzianych kryteriów, wobec unieważnienia postępowania, w ogóle nie mogła się zmaterializować.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego, a w związku z oddaleniem odwołania Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego – na podstawie spisu kosztów złożonych do akt sprawy – uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę (§ 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt pkt 1 i 2 lit. a) 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: