

Sygn. akt: KIO 1002/13

WYROK
z dnia 17 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **TAURON Ciepło S.A., ul. Grażyńskiego 49, 40-126 Katowice**,

przy udziale wykonawcy **ELEKTROBUDOWA S.A., ul. Porcelanowa 12, 40-246 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** na rzecz **TAURON Ciepło S.A., ul. Grażyńskiego 49, 40-126 Katowice** kwotę **3 720 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie negocjacji z ogłoszeniem, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Budowa nowego bloku ciepłowniczego z kotłem fluidalnym, turbiną ciepłowniczo-kondensacyjną wraz z gospodarkami towarzyszącymi w TAURON Ciepło S.A. Zakład Wytwarzania Tychy”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 września 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 178-292861.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę Elektrobudowa S.A. z siedzibą w Katowicach i zaniechania wykluczenia tegoż Wykonawcy, zarzucając Zamawiającemu obrazę:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Elektrobudowy S.A.;
3. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Elektrobudowa S.A.;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Elektrobudowy S.A. pomimo, iż treść tej oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ;
5. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i dokonanie wyboru oferty Elektrobudowy S.A. jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji zaniechanie wyboru oferty Odwołującego.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert, wykluczenia Elektrobudowy S.A. i odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że w treści gwarancji bankowej Elektrobudowy S.A. nie zostały wymienione wszystkie przesłanki, o których mowa w przepisach ustawy Pzp, a które uprawniają Zamawiającego do zatrzymania wadium. Jak wskazuje Odwołujący, przedmiotowa gwarancja nie wymienia w swej treści przesłanki

opisanej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Powyższe, zdaniem Odwołującego, powoduje, że odpowiedzialność gwaranta, a tym samym prawa beneficjenta gwarancji zostają w znacznym stopniu ograniczone. Tymczasem zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.), gwarancja bankowa to jednostronne zobowiązanie banku - gwaranta, polegające na tym, że jeżeli podmiot uprawniony (beneficjent gwarancji) spełni określone warunki zapłaty, bank wykona świadczenie pieniężne na jego rzecz - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Złożenie zatem wadium w formie gwarancji bankowej Elektrobudowy S.A. jest jednostronną czynnością zobowiązującą gwaranta, a zatem istotne jest, aby przesłanki zaspokojenia się z gwarancji zostały wskazane w treści dokumentu. Wymienienie w treści gwarancji wadialnej określonych przesłanek, które pozwalają zatrzymać zamawiającemu wadium oznacza *de facto* ich enumeratywne wymienienie w treści dokumentu gwarancyjnego. Skoro zatem gwarancja bankowa Elektrobudowy S.A. nie wymienia przesłanki zatrzymania wadium, o której mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, oznacza to, że Zamawiający nie uzyska zapłaty z tej gwarancji w przypadku zaistnienia przesłanki określonej w przywołanym przepisie.

Odwołujący z ostrożności procesowej wskazuje, że zaprezentowanego powyżej poglądu nie zmienia fakt, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w SIWZ (pkt 9) nie zamieścił przesłanki zatrzymania wadium, o której mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Niemniej jednak brak wymienienia tej przesłanki w SIWZ nie może prowadzić do stwierdzenia, że gwarancja bankowa Elektrobudowy S.A. jest gwarancją prawidłową, ponieważ spełnia ona wszystkie oczekiwania Zamawiającego przedstawione w SIWZ.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie może modyfikować treści instytucji prawnych, które są ukształtowane przepisami bezwzględnie obowiązującymi. Stąd też w przypadku jakichkolwiek sprzeczności SIWZ z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawowymi, zawsze pierwszeństwo będą miały przepisy ustawowe.

Odwołujący zwraca uwagę, że zarówno Zamawiający, jak i Elektrobudowa S.A. są profesjonalnymi uczestnikami obrotu tak prawnego, jak i gospodarczego. Posiadanie przymiotu profesjonalisty obliguje do przestrzegania bezwzględnie obowiązujących w zakresie wadium przepisów ustawy Pzp.

Inne rozumienie przepisów w zaistniałym stanie faktycznym mogłoby doprowadzić do nieakceptowalnej sytuacji, w której wykonawca, który wniósł wadium w formie gwarancji (bankowej/ubezpieczeniowej), która nie zawiera wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, byłby traktowany korzystniej od wykonawcy, który wniósł wadium w formie pieniądza.

Ponadto uznanie gwarancji bankowej Elektrobudowy S.A. za prawidłową z uwagi na to, że spełnia ona oczekiwania Zamawiającego, nie wymieniając wśród przesłanek zatrzymania wadium, przesłanki opisanej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, byłoby sprzeczne z

celem wprowadzenia tego przepisu do ustawy Pzp. Z uzasadnienia ustawy wprowadzającej art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, tj. ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) wynika, iż uregulowanie zaproponowane w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp ma na celu przeciwdziałanie sytuacjom, w których grupa wykonawców działających w porozumieniu może powodować, iż zamówienie udzielane jest działającemu w porozumieniu Wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę. Wykonawcy ci mogą bowiem celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów, a następnie po zapoznaniu się z ofertami konkurentów bez poniesienia konsekwencji wycofać się z postępowania, i doprowadzić jedynie do sytuacji, w której ich oferta zostanie odrzucona, z uwagi np. na brak pełnomocnictwa dla osoby, która ją podpisała. Tym samym takie działanie Zamawiającego (który nie wymagał, aby treść gwarancji wadialnej zawierała wszystkie przesłanki zatrzymania wadium) oraz wykonawcy, który zastosował się do tych wymogów, nie może podlegać ochronie prawnej.

Z najdalej idącej ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje także na to, że nie do przyjęcia jest zaakceptowanie ewentualnego stanowiska, jakoby gwarancja bankowa Elektrobudowy S.A. winna zostać uznana za prawidłową z uwagi na to, że nie spełniły się przesłanki obligujące Zamawiającego do zatrzymania wadium. Należy bowiem rozróżnić czynność samego wniesienia wadium od zaistnienia przesłanek skutkujących zatrzymaniem wadium. Wadium winno bowiem być wniesione już przed upływem terminu składania ofert i od tego momentu pozwalać zamawiającemu na możliwość skutecznego zaspokojenia się z gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej w przypadku wniesienia wadium w takiej właśnie formie. Aby temu zadośćuczynić gwarancja w swej treści musi wymieniać wszystkie przesłanki obligujące zamawiającego do zatrzymania wadium.

Odwołujący wyjaśnił, iż Harmonogram Rzeczowo-Finansowy (dalej „HRF”) został zmodyfikowany przez Zamawiającego w odpowiedziach z dnia 18.01.2013 r. - załączniki nr 2 i 3. Załączony przez Elektrobudowę S.A. Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu oraz HRF zawierają niezgodny etap „Synchronizacja Bloku i przygotowanie do Ruchu Regulacyjnego”. Zgodnie z wymaganiami SIWZ Część II, Tom 1, Zeszyt 1.04, Załącznik 1.13 „Procedury odbiorowe” rozruch bloku składa się z kilku kolejno po sobie następujących etapów: 1) Trawienie części ciśnieniowej kotła i rurociągów. 2) Próby funkcjonalne urządzeń i elementów bloku 3) Dmuchiwanie parą. 4) Synchronizacja Bloku i przygotowanie do ruchu 5) Ruch Regulacyjny. 6) Ruch Próbny.

Okres realizacji Ruchu Regulacyjnego został przez Zamawiającego określony w SIWZ i powinien się on zakończyć w ciągu 1200 godzin (50 dni) pracy Bloku, przy czym godziny przeznaczone dla Wykonawcy na optymalizację będą przydzielone w różnych porach doby i w różnych okresach trwania Ruchu Regulacyjnego, w zależności od

warunków pracy Bloku i wymagań Krajowego Systemu Elektroenergetycznego. Maksymalnie Ruch Regulacyjny może trwać 1320 godzin. Okres realizacji Ruchu Próbnego został przez Zamawiającego ściśle określony w SIWZ - musi trwać 720 godziny, czyli 30 dni. Z powyższego wynika, zdaniem Odwołującego, że po zakończeniu etapu „Synchronizacja Bloku i przygotowanie do ruchu regulacyjnego” rozruch powinien trwać jeszcze 50 dni dla Ruchu Regulacyjnego oraz 30 dni dla Ruchu Próbnego. Elektrobudowa S.A. w załączonym do oferty końcowej HRF oraz w Harmonogramie Realizacji określiła, że etap „Synchronizacja Bloku z KSE i przygotowanie do ruchu regulacyjnego” zakończy pół miesiąca przed datą zakończenia inwestycji. Wynika z tego, że Elektrobudowa S.A. nie uwzględniła w ogóle etapu Ruchu Regulacyjnego oraz Ruchu Próbnego. Oznacza to, iż Elektrobudowa S.A. w swej ofercie zamieściła HRF sprzeczny z SIWZ przygotowaną przez Zamawiającego.

Wymóg zamieszczenia informacji wymaganych w HRF jest przedmiotowo istotnym elementem planowanej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ we wzorze umowy (Subklauzula 14.4) Zamawiający przewidział, że wypłaci wykonawcy wynagrodzenie za rzeczywisty zakres wykonanych prac według HRF, który precyzuje płatności Etapów Realizacji (poprzez określenie procentowej wartości Ceny Kontraktowej), w których będzie płatna Cena Kontraktowa.

Ponadto, stosownie do postanowień art. 647 k.c. zapłata wynagrodzenia stanowi jedno z *essentialiae negotii* umowy o roboty budowlane, co implikuje pełne prawo Zamawiającego (inwestora) do wiedzy na temat przypadających na niego obciążeń finansowych związanych z koniecznością zapłaty wynagrodzenia.

Stosownie do postanowień pkt 12.1 pkt 4 części I SIWZ oraz odpowiedzi udzielonej przez zamawiającego w dniu 18.01.2013 r. - załączniki nr 2 i 3, na ofertę składały się formularz oferty wraz z załącznikiem do formularza oferty, sporządzone wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do Instrukcji dla Wykonawców (dalej „IDW”), HRF oraz Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu, sporządzone zgodnie ze zmodyfikowanym Załącznikiem nr 2 oraz wzorem Załącznika nr 3, dołączonym do udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi z dnia 18.01.2013 r. Zatem wypełniony HRF stanowił element oferty każdego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. HRF jest zatem, w opinii Odwołującego, ważnym i niezbędnym dokumentem, który umożliwia Zamawiającemu zaplanowanie wykorzystania środków przeznaczonych na realizację zamówienia. Jest to przy tym merytoryczna treść oferty wykonawcy, biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że w stosunku do oferty Elektrobudowy S.A. zachodzi inna przesłanka odrzucenia tej oferty, ponieważ wykonawca

ten złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Zgodnie z Kontraktem - Subklauzula 4.4. warunków Szczególnych Kontraktu (Część III SIWZ): „4.4 Podwykonawcy [...] W terminie 30 dni od Daty Rozpoczęcia Wykonawca dostarczy Zamawiającemu listę (b) potencjalnych dostawców Materiałów i Urządzeń, który w ramach Robót mogą dostarczyć Wykonawcy Materiały i/lub Urządzenia na łączną wartość przekraczającą 1.000.000 (słownie: jeden milion złotych) PLN. Na liście Wykonawca zamieści informacje dotyczące: [...] (d) referencji z zakresu prac, które mają być powierzone podwykonawcom w ramach Robót.” Natomiast zgodnie z SIWZ Część II Specyfikacja Techniczna - Zeszyt 2.02 Gospodarka Ciepłno-Maszynowa „1.2.2.1. Informacje ogólne - Podstawową jednostką wytwórczą Bloku ciepłowniczo-kondensacyjnego będzie turbozespół kondensacyjno- upustowy o mocy elektrycznej znamionowej 55-65 MWe i mocy ciepłowniczej max. Ok 86-110 MWt [...] 1.2.2.2.2 Wymagania Projektowe 1. Turbozespół zostanie zaprojektowany dla osiągnięcia - Mocy elektrycznej Znamionowej Bloku netto 50-60 MWe w pracy kondensacyjnej”. Powyższe wskazuje na precyzyjne określenie przez Zamawiającego wymagań co do potencjalnego dostawcy oraz konieczności posiadania przez niego odpowiedniego doświadczenia. Zamawiający potwierdził to również w odpowiedzi z dnia 18 stycznia 2013 r. do pytania nr 4 wyjaśniając, iż nie zaakceptuje dostawcy (producenta) turbozespołu posiadającego jedynie doświadczenie w projektowaniu i dostawie nowych turbozespołów parowych o maksymalnej mocy elektrycznej znamionowej nie przekraczającej 30MWe.

Odwołujący wyjaśnia, że w ofercie Elektrobudowa S.A. wskazała, iż dostawcą turbiny będzie Spółkę EKOL, spoi. s r.o. z siedzibą w Brnie, Republika Czeska. Jednak zgodnie z opublikowaną na stronie: <http://www.ekolbrno.com/download.html> przez Spółkę EKOL, spoi. s. r.o. z siedzibą w Brnie listą referencyjną, spółka ta nie posiada referencji w zakresie dostawy nowych turbin o mocy większej niż 30 MWe.

Dokonanie wyboru oferty Elektrobudowa S.A. w tych okolicznościach skutkować będzie powstaniem przesłanek do unieważnienia umowy w trybie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Opisane czynności i zaniechania Zamawiającego, naruszały podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamówienie, będące przedmiotem niniejszego postępowania, wchodzi w skład realizowanej przez Zamawiającego inwestycji pn. „Odbudowa mocy ciepłowniczej Elektrociepłowni Tychy S.A.” Inwestycja została podzielona na dwa etapy, zaś w skład drugiego etapu wchodzi zadanie inwestycyjne, stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia. Na realizację przedmiotowej inwestycji Zamawiający przeznaczył kwotę nie przekraczającą 670.000.000,00 zł. Powyższe ustalono na podstawie uchwały nr 239/VI/2009

Zarządu Elektrociepłowni Tychy S.A. z dnia 11 grudnia 2009 r. w sprawie wniosku Zarządu do Walnego Zgromadzenia o wyrażenie zgody na nabycie składników aktywów trwałych, uchwały nr 104/VI/2010 Rady Nadzorczej Elektrociepłowni Tychy S.A. z dnia 12 stycznia 2010 r. w sprawie zaopiniowania wniosku kierowanego do Walnego Zgromadzenia w sprawie wyrażenia zgody na nabycie składników aktywów trwałych, uchwały nr 3 Nadzwyczajnego Walnego Zgromadzenia Spółki pod firmą: Elektrociepłownia Tychy Spółka Akcyjna z siedzibą w Tychach z dnia 12 marca 2010 r. w sprawie wyrażenia zgody na nabycie przez Spółkę składników aktywów trwałych niezbędnych do realizacji inwestycji „Odbudowa mocy ciepłowniczej Elektrociepłowni Tychy S.A.” za kwotę nie przekraczającą 670.000.000,00 zł.

Kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację niniejszego zamówienia, ogłoszona przed otwarciem ofert, wynosiła 590.400.000,00 zł brutto (480.000.000,00 zł netto). Powyższe ustalono na podstawie protokołu postępowania.

Ceny obydwu ofert złożonych przez wykonawców opiewały na kwotę wyższą od podanej kwoty. Różnica pomiędzy kwotą 480.000.000,00 zł a najniższą ceną netto, zaproponowaną przez Przystępującego (592.000.000,00 zł) wynosiła 112.500.000,00 zł.

W związku z powyższym Zamawiający podjął czynności zmierzające do uzyskania dodatkowych środków finansowych na realizację niniejszego zamówienia i uzyskania zgody na podwyższenie kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zadania. W tym celu zarząd Spółki podjął uchwałę o wszczęciu procedury korporacyjnej, niezbędnej do dokonania wspomnianego podwyższenia (uchwała Zarządu nr 774/III/2013 Spółki Tauron Ciepło S.A. z dnia 26.02.2013 r. w sprawie zwiększenia budżetu na nabycie składników aktywów trwałych o wartości przekraczającej 2.500.000,00 EUR o kwotę nie wyższą niż 112.500.000,00 zł netto w celu realizacji inwestycji „Odbudowa mocy ciepłowniczej Elektrociepłowni Tychy S.A.”).

W wykonaniu powołanej uchwały zarząd wystąpił ze stosownym wnioskiem do Komitetu Wdrożenia Strategii Korporacyjnej Tauron Polska Energia S.A., działającego w ramach struktury organizacyjnej spółki – matki Zamawiającego i opiniującego zamierzenia inwestycyjne z uwzględnieniem funkcjonowania całej grupy kapitałowej, a następnie do Rady Nadzorczej Spółki oraz Walnego Zgromadzenia Akcjonariuszy.

Zarówno Komitet Wdrożenia Strategii Korporacyjnej, jak i Rada Nadzorcza pozytywnie zaopiniowały przedmiotowy wniosek (uchwała nr 39/IV/2013 Komitetu Wdrożenia Strategii Korporacyjnej Tauron Polska Energia S.A. z dnia 15 kwietnia 2013 r. w sprawie zaopiniowania wniosku o zwiększenie budżetu projektu w Obszarze Ciepła oraz uchwała nr 178/III/2013 Rady Nadzorczej Tauron Ciepło S.A. z dnia 16 kwietnia 2013 r. w sprawie

sporządzenia pisemnej opinii w przedmiocie wniosku Zarządu kierowanego do Walnego Zgromadzenia o wyrażenie zgody na zwiększenie budżetu na nabycie składników aktywów trwałych o wartości przekraczającej 2.500.000,00 EUR w złotych o kwotę nie wyższą niż 112.500.000,00 zł netto niezbędnych do realizacji zadania inwestycyjnego „Odbudowa mocy ciepłowniczej Elektrociepłowni Tychy S.A.”). Następnie Walne Zgromadzenie wyraziło zgodę na zwiększenie budżetu przeznaczonego na realizację inwestycji o kwotę nie wyższą niż 112.500.000,00 zł (uchwała nr 4/2013 Nadzwyczajnego Walnego Zgromadzenia Spółki Tauron Ciepło S.A. z siedzibą w Katowicach z dnia 18 kwietnia 2013 r. w sprawie wyrażenia zgody na nabycie składników aktywów trwałych za kwotę o wartości przekraczającej 2.500.000,00 EUR w złotych, tj. za kwotę nieprzekraczającą wartości 782.500.000,00 zł netto, poprzez zwiększenie budżetu na nabycie przez Spółkę składników aktywów trwałych o kwotę nie wyższą niż 112.500.000,00 zł netto niezbędnych do realizacji zadania inwestycyjnego pn. „Odbudowa mocy ciepłowniczej Elektrociepłowni Tychy S.A.”)

W ślad za powyższym zarząd podjął uchwałę, w której ustalono, *„że kwota budżetu przeznaczonego na nabycie przez Spółkę aktywów trwałych w ramach zadania inwestycyjnego pt. „Odbudowa mocy ciepłowniczej Elektrociepłowni Tychy S.A.” zwiększona na podstawie uchwał organów Spółki do sumy 782.500.000 zł (...) jest kwotą maksymalną i ostateczną, którą Spółka przeznaczona na realizację wskazanego powyżej zadania inwestycyjnego i nie podlega zwiększeniu”* (uchwała Zarządu nr 839/III/2013 Spółki Tauron Ciepło Spółka Akcyjna z dnia 26.04.2013 r. w sprawie ustalenia maksymalnej wartości budżetu przeznaczonego na realizację zadania inwestycyjnego pt. „Odbudowa mocy ciepłowniczej Elektrociepłowni Tychy S.A.”)

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, iż brak po stronie Odwołującego legitymacji czynnej do wniesienia odwołania. Zatem zarzuty odwołania, jako nie mające wpływu na rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie, nie były przedmiotem badania i oceny Izby.

Przepis art. 179 ustawy Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma on lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Badanie spełnienia przesłanek wyrażonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp następuje w ramach danego postępowania odwoławczego, które podlega rozpoznaniu, wykazanie zaś tych przesłanek, uzasadniających legitymację czynną spoczywa na podmiocie, który ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie chce w konkretnym postępowaniu skorzystać.

Mając na względzie stanowisko prezentowane zarówno w orzecznictwie, jak i w literaturze przedmiotu, w ocenie Izby przyjąć należy, że Odwołujący jest wykonawcą i ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Złożył on bowiem w przedmiotowym postępowaniu ofertę, a więc wyraził wolę ubiegania się o zamówienie.

Po nowelizacji ustawy Pzp w tym przedmiocie odstąpiono od wymagania wykazania interesu prawnego na rzecz ogólnego pojęcia interesu (więc również faktycznego). Zrezygnowano tym samym z materialnoprawnego pochodzenia uprawnień podmiotu korzystającego ze środków ochrony prawnej – na rzecz jakichkolwiek uprawnień.

W tym stanie prawnym należy więc przyjmować, że jakkolwiek hipotetyczny interes wykazywany przez podmiot, także nie będący wykonawcą czy uczestnikiem konkursu, stanowi legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wystarczającym jest wykazywanie, że podmiot ten ma wolę uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu.

Podkreślić trzeba jednak, że sama przesłanka interesu nie jest wystarczająca. Redakcja przepisu art. 179 ustawy Pzp wskazuje bowiem wyraźnie, że skuteczne skorzystanie ze środka ochrony prawnej jest możliwe tylko w przypadku wykazania – łącznie z interesem, że wykonawca (czy też inny podmiot) poniósł czy też może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Dodatkowo niezbędne jest zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy tą szkodą a naruszeniem przepisów ustawy.

W rezultacie więc, konieczne jest w każdym przypadku wykazanie przez Odwołującego, że Zamawiający dokonał (czy też zaniechał dokonania) czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Wnoszący środek ochrony prawnej w obecnym stanie prawnym, musi więc dowieść obiektywnej potrzeby rozstrzygnięcia, wynikającej z faktu naruszenia lub zagrożenia bezprawnymi zachowaniami zamawiającego – jego szansy (choćby potencjalnej) na uzyskanie zamówienia, bowiem tylko tak można rozumieć normalne następstwa uchybień zamawiającego. Zarówno w orzecznictwie, jak i w piśmiennictwie wskazuje się bowiem, że następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., sygn. akt V CSK 18/08, następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

Mając na względzie powyższe, niewątpliwie trzeba przyjąć, że w niniejszym postępowaniu Odwołujący winien był wykazać swoją, choćby potencjalną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, to bowiem warunkuje przyjęcie istnienia związku przyczynowego pomiędzy szkodą (która wiąże się z nieuzyskaniem zamówienia), a naruszeniem przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego.

W ocenie Izby, Odwołujący w niniejszym postępowaniu powyższego nie wykazał, nie udowodnił bowiem, a nawet nie uprawdopodobnił, że na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, ponosząc tym samym szkodę. Trzeba bowiem podkreślić, że wartość złożonej przez niego oferty wynosi 815.490.000,00 zł brutto, podczas gdy ostateczna kwota wskazana przez Zamawiającego na realizację zamówienia wynosi 728.775.000,00 zł brutto, co oznacza, że oferta Odwołującego przewyższa tę kwotę o ponad 10%.

Stanowisko, że kwota przeznaczona na realizację zamówienia nie może być kwalifikowana jako ostateczna, bowiem uległa już raz zmianie i może zostać podwyższona, nie znajduje uzasadnienia. Odwołujący nie wykazał a nawet nie uprawdopodobnił, że Zamawiający zamierza po raz kolejny podwyższyć rzeczoną kwotę. Wręcz przeciwnie, stanowisko zarządu w tej kwestii jest jasne i nie budzi żadnych wątpliwości. Zarząd przyjął bowiem uchwałę, że jest to kwota maksymalna, ostateczna i nie podlega podwyższeniu.

W tym miejscu należy wskazać, że w spółkach kapitałowych obowiązuje zasada domniemania kompetencji organu zarządzającego. Zarząd prowadzi sprawy spółki we wszystkich obszarach niezastrzeżonych wyraźnie do kompetencji innych organów w sferze wewnętrznej funkcjonowania spółki, w tym, w zakresie podejmowania decyzji organizacyjnych i gospodarczych w spółce (a także ją reprezentuje). Kompetencja do prowadzenia spraw spółki znajduje się co prawda również w zakresie działania walnego zgromadzenia, jednakże nie jest możliwe, jak podkreśla się w piśmiennictwie, przejęcie kompetencji zarządu.

W niniejszej sprawie na uwagę zasługuje również okoliczność, że zarząd prowadzi sprawy spółki i ten organ podejmuje decyzję w sprawie celowości i zakresu prowadzonej inwestycji. Wykonawca tego uprawnienia zarządowi odejmować nie może, a co więcej winien je respektować. Skoro zarząd podjął pierwotnie decyzję o podwyższeniu kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, wyrażając jednocześnie zdecydowane i konsekwentne stanowisko co do ostateczności podjętej decyzji w tym przedmiocie, to nie sposób tego stanowiska pomijać.

W ocenie Izby nie może budzić wątpliwości, że kwota, o jaką podwyższono budżet na nabycie aktywów trwałych dotyczy przedmiotowego zamówienia. Wskazuje na powyższe chociażby jej wartość.

Nadto, istotne znaczenie ma również okoliczność, iż decyzję tę zarząd wyartykułował w formie podjętej uchwały przed wniesieniem odwołania przez Odwołującego. Oznacza to, że w stanie istniejącym na moment wniesienia odwołania, który jest istotny dla oceny posiadania legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, Odwołujący posiadał wiedzę, że przedmiotowego zamówienia nie uzyska, a więc *de facto*, brak możliwości poniesienia szkody po stronie Odwołującego.

W niniejszej sprawie, przy przyjęciu, że uzasadnione są pozostałe zarzuty odwołania, w postępowaniu pozostałaby wyłącznie oferta Odwołującego – jako jedyna, a więc również najkorzystniejsza. Powyższe zaś, z uwagi na wartość tej oferty, a także brak pozytywnej decyzji co do zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do wysokości ceny oferty Odwołującego powodowałby, że zamawiający, zgodnie z przepisem art. 93 ustawy Pzp powinien unieważnić postępowanie.

W tym miejscu podkreślić należy, że zamawiający nie jest zobowiązany do unieważnienia postępowania w każdym przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej (także jedynej) przekracza równowartość kwoty, którą planował przeznaczyć na realizację zamówienia. Jednak uprawnienie do zwiększenia kwoty przeznaczonej na jego wykonanie, o ile zamawiający uzna to za celowe i uzasadnione – nie jest jego obowiązkiem. W sytuacji natomiast, gdy zamawiający podejmie decyzję w tym przedmiocie stwierdzając, że dokonanie takiego zwiększenia środków nie jest możliwe lub celowe, a kwota, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny oferty, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Reasumując stwierdzić należy, iż Odwołujący nie legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania w sytuacji, w której możliwość poniesienia szkody w konkretnym postępowaniu nie może się ziścić. Okoliczność, że Odwołujący jest wykonawcą i ma interes w uzyskaniu zamówienia jest niewystarczająca w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Analogiczny pogląd Izba zaprezentowała w sprawach o sygn. KIO 1154/11, KIO 1025, KIO 1047/13, takie też stanowisko zajął SO w Rzeszowie w wyroku z dnia 27.07.2012 r., sygn. akt VI Ga 123/12.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i 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. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł i koszty dojazdu w kwocie 120,00 zł.

Przewodniczący: