

WYROK
z dnia 20 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Oddział w Łodzi, ul. Aleksandrowska 67/97, 91-205 Łódź,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Dystrybucja S.A., ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin,**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Oddział w Łodzi, ul. Aleksandrowska 67/97, 91-205 Łódź,** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Oddział w Łodzi, ul. Aleksandrowska 67/97, 91-205 Łódź,** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Oddział w Łodzi, ul. Aleksandrowska 67/97, 91-205 Łódź,** na rzecz zamawiającego **PGE Dystrybucja S.A., ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin,** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986 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 Lublinie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - PGE Dystrybucja S.A., ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin, w imieniu którego działa PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok, ul. Elektryczna 13, 15-950 Białystok, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawy transformatorów SN/nN na rzecz Oddziałów PGE Dystrybucja S.A. w roku 2019”, numer referencyjny: LZA/ZWL/ZP/77/2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 kwietnia 2019 r., nr 2019/S 066-155672. Przedmiot zamówienia został podzielony na 7 części.

W dniu 7 sierpnia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Oddział w Łodzi, ul. Aleksandrowska 67/97, 91-205 Łódź (dalej: „odwołujący”). Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez jego zastosowanie i unieważnienie postępowania mimo istnienia obiektywnej możliwości złożenia zamówień o wartości nieprzekraczającej kwot, które zamawiający miał zaplanowane na sfinansowanie zamówienia,
2. art. 86 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wskazanie kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, która jest nieadekwatna do przedmiotu zamówienia,
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, która jest nieadekwatna do przedmiotu zamówienia i zapewnia zamawiającemu możliwość zastosowania unieważnienia postępowania w sposób uznaniowy.

W szczególności odwołujący stwierdził, co następuje. „Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4) p.z.p.. Jako uzasadnienie podał, że cena najkorzystniejszych ofert przekracza kwoty, które Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zdaniem Odwołującego unieważnienie postępowania zostało dokonane bezpodstawnie i z naruszeniem przepisów ustawy p.z.p., gdyż istnienie przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 4) p.z.p. było pozorne i sztucznie zaaranżowane przez Zamawiającego. Zamawiający bowiem przez wskazanie bardzo zaniżonej kwoty, którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zagwarantował sobie, że w sposób dowolny w każdym czasie będzie mógł unieważnić postępowanie. (...)

Przedmiotem zamówienia były bowiem transformatory dystrybucyjne, o określonych przez Zamawiającego parametrach, spełniające bardziej restrykcyjne wymagania dotyczące strat zgodnie z Rozporządzeniem Komisji (UE) nr 548/2014. Poziom maksymalnych dopuszczalnych wartości strat transformatorów określony przez Zamawiającego był zgodny z II etapem obowiązywania ww. rozporządzenia. Zamawiający ustalił natomiast swój budżet na realizację zamówienia na łączną wartość brutto 39 085 200,00 PLN na podstawie cen porównywalnych do cen obowiązujących w poprzednich postępowaniach, dla transformatorów, które miały spełniać dużo mniej restrykcyjne wymogi dotyczące strat z tzw. I etapu rozporządzenia. (...)

Zamawiający jest profesjonalistą, więc miał świadomość istotnej różnicy w cenie urządzeń. Zatem ustalając kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie realizacji zamówienia, którego przedmiotem były transformatory o bardziej restrykcyjnych normach, na podstawie cen transformatorów, które tych norm nie spełniały, Zamawiający zapewnił sobie w zasadzie swobodną możliwość unieważnienia postępowania w dowolnym momencie z powodu zbyt małego budżetu. Tym samym Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 p.z.p., gdyż naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości, gdyż w takim przypadku oferenci nigdy nie mają pewności co do rzeczywistych przyczyn unieważnienia postępowania.

Potwierdzeniem nieadekwatności kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia w stosunku do przedmiotu zamówienia jest to, że w żadnym z 7 zadań w ramach przedmiotowego postępowania cena ustalona w toku aukcji elektronicznej, a więc cena ustalona rynkowo i korzystna dla Zamawiającego, nie mieściła się w kwocie, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia. Zestawienie cen poszczególnych oferentów z ceną Zamawiającego przedstawia tabela poniżej. (...)

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Odwołującego, Zamawiający w sposób nierzetelny podał przed otwarciem ofert kwotę, o której mowa w art. 86 ust. 3 p.z.p. Tym samym Zamawiający postąpił wbrew celowi tego przepisu, który miał ograniczyć możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4) w sposób arbitralny, chroniąc oferentów. Podając zaniżony budżet, Zamawiający zapewnił sobie możliwość unieważnienia postępowania w oderwaniu od zasady przejrzystości, gdyż w rzeczywistości oferenci nigdy nie będą mieć pewności co do prawdziwych motywów Zamawiającego i faktycznych przyczyn unieważnienia postępowania. (...)

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu także to, że unieważniając postępowanie nie uwzględnił faktu, że zgodnie z SIWZ pkt IV Opis przedmiotu zamówienia pkt 5 Zamawiający miał prawo do udzielenia zamówienia w ilości mniejszej niż wynikającej z SIWZ, gdy cena zaoferowana w ofercie najkorzystniejszej przekroczy zaplanowany na ten cel budżet poszczególnych Oddziałów. W takim przypadku zakres udzielonego zamówienia miałby ulec

zmniejszeniu do takiej ilości produktów, jaka odpowiada zapotrzebowaniu Oddziałów, które nie mogą przeznaczyć kwoty odpowiadającej cenie najkorzystniejszej oferty. Zatem Zamawiający już na etapie tworzenia SIWZ zabezpieczył się przed poniesieniem zbyt wysokich wydatków przekraczających możliwości finansowe Zamawiającego.

Skoro więc Zamawiający w SIWZ zaproponował takie rozwiązanie, to powinien je stosować w pierwszej kolejności przed stosowaniem rozwiązania najdalej idącego polegającego na unieważnieniu całego postępowania.

Możliwość zmniejszenia wydatków przewidywała też Umowa w § 3 ust. 7:

„Zamawiający nie jest zobowiązany do pełnego wykorzystania w toku udzielanych zamówień szczegółowych wartości Umowy określonych w ust. 3. Wykonawcy nie będą przysługiwały żadne roszczenia wobec Zamawiającego w przypadku, gdy łączne wynagrodzenie netto Wykonawcy za zrealizowanie przedmiotu Umowy będzie niższe od maksymalnej wartości netto Umowy”.

Zatem zaciągnięcie zobowiązań dotyczących każdego z zadań i zawarcie umów na kwoty wskazane w ofercie Odwołującego nawet, jeśli przekraczały budżet Zamawiającego nie oznaczałoby, że Zamawiający przekroczy kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, o której mowa w art. 86 ust. 3 p.z.p., gdyż Zamawiający zagwarantował sobie bezkosztowe prawo do zamówienia mniejszych ilości za kwoty niższe niż maksymalne wynagrodzenie. (...)

W związku z tym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania,
- b) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są dostawy transformatorów SN/nN na rzecz Oddziałów PGE Dystrybucja S.A. w roku 2019.

W dniu 8 maja 2019 r. nastąpiło otwarcie ofert, w trakcie którego zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia kwotę brutto 45 805 200,00 zł, w tym z podziałem na poszczególne zadania:

Zadanie nr 1— 1 530 117,49 zł,

Zadanie nr 2 — 5 326 852,36 zł,

Zadanie nr 3 — 10 531 200,56 zł,

Zadanie nr 4 — 9 063 099,65 zł,

Zadanie nr 5 — 7 466 130,68 zł,

Zadanie nr 6 — 6 983 868,44 zł,

Zadanie nr 7 — 4 903 930,82 zł.

Oferty złożyło 4 wykonawców, w tym tylko odwołujący złożył oferty na wszystkie części przedmiotu zamówienia.

Zamawiający przewidział i zastosował w trakcie postępowania aukcję elektroniczną. W wyniku aukcji najniższe ceny we wszystkich częściach zamówienia zaoferował odwołujący, jednakże w dalszym ciągu przewyższały one kwoty przewidziane na sfinansowanie zamówienia.

Pismem z dnia 31 lipca 2019 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania we wszystkich częściach na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z pkt IV.5. siwz:

5. W każdej z części zamówienia Zamawiający ma prawo do udzielenia zamówienia w ilości mniejszej niż maksymalna. Udzielenie zamówienia w mniejszej ilości może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy cena zaoferowana w ofercie najkorzystniejszej przekroczy zaplanowany na ten cel budżet poszczególnych Oddziałów, na rzecz których zamówienie w danej części jest udzielane. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z w/w prawa zakres udzielanego zamówienia ulegnie ograniczeniu maksymalnie o taką ilość produktów, jaka odpowiada zapotrzebowaniu Oddziałów, które nie mogą na sfinansowanie zamówienia przeznaczyć kwoty odpowiadającej cenie najkorzystniejszej oferty (zapotrzebowanie Oddziałów określono w załączniku nr 1 do SIWZ). Zamawiający zastrzega jednocześnie, że może nastąpić mniejsze niż maksymalne ograniczenie zakresu udzielanego zamówienia w sytuacji, gdy Oddziały, które nie zaplanowały kwoty odpowiadającej cenie najkorzystniejszej oferty będą mogły zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z § 3 ust. 7 projektu umowy:

7. Zamawiający nie jest zobowiązany do pełnego wykorzystania w toku udzielanych zamówień szczegółowych wartości Umowy określonych w ust. 3. Wykonawcy nie będą przysługiwały żadne roszczenia wobec Zamawiającego w przypadku, gdy łączne wynagrodzenie netto Wykonawcy za zrealizowanie przedmiotu Umowy będzie niższe od maksymalnej wartości netto Umowy, o której mowa w ust. 3.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutu dotyczącego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pp bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy 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.

Zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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.

Rozpoznając niniejsze odwołanie, w pierwszej kolejności Izba ustaliła, że kwota przewidziana przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, została podana przez niego w dniu otwarcia ofert, tj. w dniu 8 maja 2019 r. Oznacza to, że w tym dniu odwołujący powziął wiadomość o wysokości tej kwoty, a co za tym idzie – od tego dnia biegł termin na wniesienie odwołania kwestionującego wysokość ww. kwoty, jeżeli odwołujący uważał, że jest ona za niska.

Nie można się przy tym zgodzić z odwołującym, że nie mógł on wnieść odwołania w terminie liczonym od 8 maja 2019 r., ponieważ w tamtym czasie nie mógłby wykazać interesu we wniesieniu odwołania. Należy zauważyć, że w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp

Ustawodawca posługuje się takimi sformułowaniami, jak: „interes w uzyskaniu danego zamówienia” oraz „może ponieść szkodę”. Oznacza to, że wykonawca składający odwołanie nie musi wykazywać, że wskutek naruszenia przez zamawiającego ustawy Pzp poniósł szkodę, a jedynie że może ją ponieść, a ponadto że ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący wiedział, że ceny jego ofert w poszczególnych częściach zamówienia są wyższe niż kwoty przewidziane na ich sfinansowanie, jak też musiał zdawać sobie sprawę, że nie ma możliwości obniżenia swoich cen w toku aukcji do kwot przewidzianych na sfinansowanie zamówienia w poszczególnych częściach. W tej sytuacji odwołujący mógł zakładać, że zamawiający zwiększy swój budżet, ale w równym stopniu powinien był zakładać, że zamawiający ze względu na zbyt niski – w ocenie odwołującego – budżet, jednak unieważni postępowanie. Zatem zbyt niska kwota na sfinansowanie zamówienia pociągająca za sobą możliwość unieważnienia postępowania, umożliwiła odwołującemu wykazanie, że nie uzyska on zamówienia i że może ponieść szkodę. Tym samym spełnione zostałyby przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i odwołujący wykazałby interes we wniesieniu odwołania zawierającego zarzut ustalenia przez zamawiającego zbyt niskiej kwoty na sfinansowanie zamówienia. Oznacza to, że niezasadny jest argument odwołującego, zgodnie z którym wniesienie w niniejszej sprawie odwołania w terminie liczonym od 8 maja 2019 r., byłoby niemożliwe ze względu na brak możliwości wykazania interesu.

Nie można się także zgodzić z odwołującym, że nie mógł on wnieść odwołania w terminie liczonym od 8 maja 2019 r., ponieważ zakładał, że zgodnie z pkt IV.5. siwz i § 3 ust. 7 projektu umowy, zamawiający zmniejszy ilość zamawianych urządzeń do takiej, która mieści się wartościowo w cenach oferowanych przez odwołującego lub zwiększy swój budżet. Należy zauważyć, że w pkt IV.5. siwz zamawiający wyraźnie wskazał, że „ma prawo” do udzielenia zamówienia w ilości mniejszej niż maksymalna, a udzielenie zamówienia w mniejszej ilości „może nastąpić”, jak też wyjaśnił sposób skorzystania „z w/w prawa”. Treść ww. postanowienia siwz jednoznacznie zatem odnosi się do prawa zamawiającego, nie zaś do jego obowiązku, a co za tym idzie – nie można było na podstawie ww. postanowienia zakładać, że zamawiający na pewno zmniejszy ilość zamawianych urządzeń. Podobnie w § 3 ust. 7 projektu umowy zamawiający wskazał, że „nie jest zobowiązany” do pełnego wykorzystania w toku udzielanych zamówień szczegółowych wartości umowy, ale sformułowanie to nie oznacza, że zamawiający ma obowiązek niepełnego wykorzystania. Zatem również w przypadku tego postanowienia projektu umowy, brak było podstaw do założenia, że zamawiający na pewno ograniczy ilość zamawianych urządzeń do ilości odpowiadającej wartościowo cenie ofert. Treść ww. postanowień siwz i projektu umowy nie stanowiła zatem uzasadnienia dla zaniechania wniesienia odwołania, jeżeli odwołujący uznawał kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia za zbyt niską. Również

zwiększenie budżetu na sfinansowanie zamówienia stanowi prawo, a nie obowiązek zamawiającego, zatem nie było podstaw do założenia, że zamawiający dokona takiego zwiększenia i że w związku z tym należy zaniechać wniesienia odwołania.

Reasumując, w myśl art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli wg odwołującego kwota na sfinansowanie zamówienia została ustalona wadliwie, powinien był wnieść odwołanie w zakresie tego zarzutu w terminie 10 dni od dnia 8 maja 2019 r., ponieważ w tym dniu powziął wiadomość o wysokości tej kwoty. Odwołujący nie wniósł odwołania w ww. terminie, zatem obecnie zarzut ten należy uznać za spóźniony. Tym samym odwołanie w zakresie ww. zarzutu podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do kwestii zastosowania przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, należy stwierdzić, że zostały spełnione wszystkie przesłanki unieważnienia postępowania przewidziane w tym przepisie. Najkorzystniejsze ceny uzyskane w postępowaniu w wyniku aukcji przewyższają kwoty przeznaczone na sfinansowanie zamówienia w poszczególnych częściach przedmiotu zamówienia, a zamawiający aktualnie nie zamierza tych kwot zwiększyć. Nie jest przy tym obowiązkiem zamawiającego zwiększanie swojego budżetu na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. Oznacza to, że postępowanie zostało unieważnione zgodnie z ww. przepisem i odwołanie w zakresie tego zarzutu podlega oddaleniu. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący