

Sygn. akt: KIO 964/11

WYROK
z dnia 16 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2011 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Branżowe "GAZOWNIA SERWIS" Sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Mazowiecką Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. w Warszawie**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Branżowe "GAZOWNIA SERWIS" Sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Branżowe "GAZOWNIA SERWIS" Sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Mazowiecka Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na eksploatację stacji gazowych wysokiego i średniego ciśnienia znajdujących się na terenie dwóch Oddziałów dla MSG Sp. z o.o. (w podziale na 4 części).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 26.04.2011 zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego unieważnieniu we wszystkich częściach na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W dniu 06.05.2011 r. Przedsiębiorstwo Branżowe "GAZOWNIA SERWIS" Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec unieważnienia postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie powołanego wyżej przepisu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania przetargowego dla zadań 1-4;
2. zwiększenia kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty najkorzystniejszej dla każdego z ww. zadań, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 *in fine* ustawy;
3. dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej dla poszczególnych zadań, ofert złożonych przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż unieważnienie postępowania przetargowego w stosunku do wszystkich 4 części zamówienia, zostało podjęte niejako automatycznie, bez uprzedniego zbadania czy możliwe jest zwiększenie kwoty, którą zamawiający może zwiększyć do ceny oferty najkorzystniejszej, jaką w zaistniałej sytuacji była oferta Odwołującego. Tymczasem zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24.05.2010 r. pn. *.Kwota jaka Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a obowiązek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4*

ustawy - Prawo zamówień publicznych": „Stosownie do treści art. 86 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podaje kwotę, jaką zamierzą przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (...) Stwierdzić jednakże należy, iż kwota jaką zamawiający zamierzą przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie musi być tożsama z kwotą, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W toku postępowania może okazać się bowiem, że zamawiający będzie w stanie przeznaczyć na realizację Zamówienia kwotę wyższą. od podanej przed otwarciem ofert. W konsekwencji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jest wyższa od kwoty jaka zamawiający przeznaczył na sfinansowania Zamówienia, zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę wyższą od podanej przed otwarciem ofert i udzielić zamówienia. Wówczas kwota jaką zamawiający przeznacza na udzielenie Zamówienia będzie przekraczała kwotę określoną w art. 86 ust. 3 ustawy. Zamawiający nie jest Zobowiązany do unieważniania postępowania w każdym przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza równowartość kwoty, którą planował przeznaczyć na realizację zamówienia.”

Reasumując w sytuacji gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to jest on zobligowany (w trakcie dokonywania oceny złożonych ofert) do ustalenia czy możliwe są przesunięcia finansowe w ramach budżetu umożliwiające udzielenie zamówienia i w konsekwencji realizację inwestycji.

W ocenie wykonawcy kwota przeznaczona na sfinansowanie niniejszego zamówienia podana do wiadomości podczas otwarcia ofert dla każdego z zadań była zbyt niska. Zamawiający w 2008 roku przeprowadził postępowania o tożsamym zakresie przedmiotowym, gdzie zgodnie z poniższym wyliczeniem miesięczna kwota przeznaczona na jedną stację gazową jest wyższa, niż ta, która została przewidziana w aktualnym postępowaniu przetargowym. Dodatkowo obecnie zamawiający rozszerzył zakres zamówienia o wykonywanie przeglądów budowlanych obiektów stacji gazowych. W szczególności, w ramach niniejszego zamówienia wprowadzono obowiązek wykonania jednego „dużego” 5-cio letniego przeglądu oraz jednego „małego” corocznego, jak również obowiązek utworzenia ksiąg budowlanych obiektów. Ponadto, zamawiający wprowadził pełne i uproszczone sprawdzenia układów pomiarowych na stacjach redukcyjno-pomiarowych średniego ciśnienia bez odniesienia się do obowiązującej normy ZN-G-4003:2001, co skutkuje dodatkowymi kosztami obciążającymi wykonawcę.

Kwoty przeznaczone na wykonanie usługi, są mniejsze niż te, które zostały przewidziane przez zamawiającego w ramach postępowań przeprowadzonego w roku 2008, o którym mowa powyżej. Od tego czasu znacząco wzrosły ceny paliw (średnia za 1 litr wg. GUS: 4,31 PLN w kwietniu 2008 r. do 5,15 PLN w kwietniu 2011 r.) oraz ceny materiałów eksploatacyjnych niezbędnych do zapewnienia prawidłowej realizacji umowy, w

szczegółności Tetrahydrotiofen (THT), którego cena w 2008 roku wynosiła 27,39 PLN/kg, a obecnie wynosi 46,60 PLN/kg.

Zdaniem odwołującego cena zaproponowana przez firmę Pegas Sp. z o.o., prowadzi do błędnych wniosków, że jest możliwa realizacja niniejszego zamówienia w granicach budżetu przewidzianego przez zamawiającego, jednakże oferta tego wykonawcy zawiera szereg uchybień, które mają bezpośrednie przełożenia na jej tak niską cenę, tj.:

- brak wymaganej przez zamawiającego odpowiedniej liczby personelu z uprawnieniami do dozoru i eksploatacji;
- Pegas Sp. z o.o. nie dysponuje flotą pojazdów uprzywilejowanych wyposażonych w sygnały świetlne i dźwiękowe, co jest niezbędne w zapewnieniu bezpieczeństwa na terenie aglomeracji warszawskiej;
- Pegas Sp. z o.o. ma swoją siedzibę w Legionowie, co podwyższa koszty dojazdu z tego miejsca do stacji gazowych wymienionych w zamówieniu.

W ocenie odwołującego wartość zamówienia dla poszczególnych zadań została ustalona przez zamawiającego z naruszeniem zasady należytej staranności, określonej w art. 32 ustawy i rażąco zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia. Mając na względzie okoliczność, że Mazowiecka Spółka Gazownictwa w ramach swojego podstawowego zadania odpowiedzialna jest między innymi za: bezpieczną i niezawodną dystrybucję paliw gazowych, ruch sieciowy w systemie oraz jego bieżące i długookresowe bezpieczeństwo funkcjonowania, eksploatację, konserwację, remonty oraz rozbudowę sieci dystrybucyjnej, przyłączenia do sieci gazowej nowych klientów, to zamawiający winien, w celu zapewnienia bezpieczeństwa dostaw gazu w aglomeracji warszawskiej skorzystać z przysługującego na gruncie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy uprawnienia polegającego na „zwiększeniu kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do cen najkorzystniejszych ofert złożonych” przez odwołującego, gdyż utrzymanie ww. kwoty na tym samym poziomie, nawet przy ponownym ogłoszeniu postępowania nie zapewni zamawiającemu rzetelnego wykonania swoich obowiązków, a także stanowi podstawę do twierdzenia, że za bezpieczeństwo nad stacjami gazowymi objętymi zamówieniem, może być odpowiedzialny podmiot kompletnie do tego nieprzygotowany pod względem doświadczenia, jak i posiadanej kadry

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia dostarczonej przez zamawiającego, w szczególności oferty odwołującego i protokołu ZP, a także stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający przed otwarciem ofert podał kwoty jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w poszczególnych zadaniach (częściach) w wysokości:

Zadanie nr 1 - 3 425 550,00 PLN

Zadanie nr 2 - 2 072 550,00 PLN

Zadanie nr 3 - 2 533 800,00 PLN

Zadanie nr 4 - 2 293 950,00 PLN

(na podstawie protokołu postępowania - Druku ZP-PN)

W ofercie odwołującego zaoferowano wykonanie poszczególnych zadań za ceny:

Zadanie nr 1 - 4 807 004,33 PLN

Zadanie nr 2 - 2 394 157,61 PLN

Zadanie nr 3 - 3 496 053,60 PLN

Zadanie nr 4 - 3 500 151,35 PLN

Okoliczność, iż odwołujący zaoferował ceny wyższe niż podane przez zamawiającego przed otwarciem ofert jest pomiędzy stronami bezsporna.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

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

Natomiast zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający unieważnia postępowania 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.

Przystępując do rozpatrzenia zarzutu niezgodnego z przepisami unieważnienia postępowania, Izba generalnie wskazuje na podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego – zasadę swobody umów.

Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Co do zasady więc, to strony umowy decydują na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić. Wyrażając powyższe bardziej potocznie: strony umowy odpowiednio decydują, co chcą kupić lub sprzedać, i za jaką kwotę.

Jak wskazuje ww. przepis kodeksu cywilnego zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. W szczególności ograniczeniom takim podlegały

będą zamówienia publiczne regulowane w przepisach Pzp, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji Kodeksu cywilnego, jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp, ew. art. 14 Pzp).

Zamówienia publiczne udzielane więc będą wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust 3), postępowania o udzielenie zamówienia przygotowywane i przeprowadzane będą w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1), a w szczególności przedmiot zamówienia nie będzie opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Z ogólnych, w istocie proceduralnych, zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego. Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, warunkach jego realizacji, etc..) oraz przede wszystkim o kwocie jaką zamierza wydać na jego zakup. Jeżeli kwota taka nie będzie odpowiadała realiom rynkowym lub przez odzwierciedlenie jej w cenach ofert, regulacjom dotyczących czynów nieuczciwej konkurencji lub rażąco niskiej ceny, zamawiający ryzykuje, iż zamówienia w tej cenie w ogóle nie uzyska.

Organy orzekające w przedmiocie prawidłowości stosowania przepisów ustawy nie mają żadnych podstaw prawnych, aby nakazać zamawiającemu aby wydał na sfinansowanie zamówienia kwotę wyższą niż zamierzał pierwotnie przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Możliwe jest stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy (zwłaszcza jej zasad) w odniesieniu do określonych działań czy zaniechań zamawiającego i unieważnienie postępowania obarczonego takimi wadami, nie jest natomiast uprawnione zadecydowanie za zamawiającego co chce zakupić oraz w jaki sposób.

Powyższej dyskrecyjnej władzy zamawiającego w przedmiocie określenia kwoty jaką przeznaczy na sfinansowanie określonego zamówienia w żadnym razie nie ograniczają powołane wyżej przepisy art. 86 ust. 3 i 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Przepisy te ustanawiają proceduralne ograniczenie arbitralności zamawiającego w określeniu kwoty, którą chce/zamierza wydać na sfinansowanie zamówienia na etapie oceny ofert i unieważnienia postępowania w odniesieniu do tej kwoty. Zamawiający jest związany kwotą, którą zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp podał przed otwarciem ofert tylko niejako „od dołu”, tzn. nie może w celu uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp wskazać innej, niższej kwoty, którą w rzeczywistości 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 zamawiającego, ale do jego decyzji w przedmiocie zwiększenia środków, które chce wydać na sfinansowanie zamówienia.

Biorąc pod uwagę fakt, iż ceny zaproponowane w ofercie odwołującego są wyższe od kwot, które zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i które podał przed otwarciem ofert, zamawiający mógł unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy lub zdecydować się wydać na jego sfinansowanie kwoty większej niż pierwotnie zamierzał. Wykonawcy nie mają więc żadnej podstawy materialnoprawnej aby domagać się powyższego od zamawiającego. Jak już wskazano, decyzja, co do podniesienia kwoty, którą chce wydać na zakup określonego przedmiotu zamówienia mieści się w dyskrecjonalnej władzy zamawiającego.

Reasumując, Izba nie potwierdziła zarzucanego zamawiającemu w odwołaniu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Odnosząc się do dowodów przedłożonych czy wnioskowanych przez strony Izba wskazuje, iż żadnego z nich nie uwzględniła wydając orzeczenie. Jakiegokolwiek dowody zmierzające do wykazania rzeczywistej wartości zamówienia czy realnych możliwości finansowych zamawiającego są z wyżej opisanych powodów irrelevantne dla rozstrzygnięcia zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 2 ustawy.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 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).

Przewodniczący: