

WYROK
z dnia 1 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2015 r. przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Dremex Sp. z o.o. w Głogowie Małopolskim w postępowaniu prowadzonym przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. w Jastrzębiu Zdroju

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Dremex Sp. z o.o. w Głogowie Małopolskim i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Dremex Sp. z o.o. w Głogowie Małopolskim tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Dremex Sp. z o.o. w Głogowie Małopolskim na rzecz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. w Jastrzębiu Zdroju kwotę 3.720 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

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 Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. w Jastrzębiu Zdroju - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są dostawy dla kopalń JSW S.A. strzemion SDS dołączenia odrzwi obudowy chodnikowej z kształtownika V29 i V32/36 wg dokumentacji JSW S.A, z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zadarcia umowy. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 kwietnia 2015 r. pod numerem 2015/S 067-120813. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 8 czerwca 2015 r. informacji o unieważnieniu postępowania 17 czerwca 2015 r. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Dremex Sp. z o.o. w Głogowie Małopolskim wniosło odwołanie. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 3 w zw. z art. 93 ust, 1 pkt 4 Pzp przez unieważnienie postępowania pomimo zaniechania podania uzasadnienia faktycznego swojej czynności i brak możliwości weryfikacji stanowiska zamawiającego. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania

W uzasadnieniu odwołujący powołał, że zgodnie z art. 93 ust. 3 Pzp zamawiający zawiadamiając wykonawców o unieważnieniu postępowania ma obowiązek podać uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający nie wywiązał się z tego obowiązku, gdyż skierował do wykonawców pismo o dużym poziomie ogólności. Podał w nim wprawdzie podstawę prawną swojego działania, jednakże nie wskazał żadnego uzasadnienia faktycznego. Zawarto w nim formułę, która w żadnej mierze nie odwołuje się do okoliczności faktycznych prowadzonego postępowania, w związku z czym nie można dokonać jej weryfikacji. Zarzucił, że czynność unieważnienia postępowania jest więc wadliwa, gdyż nie zawiera wszystkich elementów, o których stanowi art. 93 ust. 3 ustawy. Brak uzasadnienia faktycznego mógł mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, gdyż dopiero weryfikacja wskazanych tam okoliczności faktycznych pozwoliłaby na ustalenie, czy zamawiający miał podstawy do unieważnienia postępowania.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko, a zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 14.5. SIWZ zamawiający ustalił, że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie dokonany na podstawie dwóch kryteriów: ceny i terminu płatności. W pkt 14.6.2. zamawiający uregulował wagę poszczególnych kryteriów:

- cena - waga 90% - max liczba punktów w kryterium 90;
- termin płatności - waga 10%- max liczba punktów w kryterium 10.

W pkt 14.6.3. zamawiający przedstawił sposób wyliczenia punktów zaznaczając, że minimalny termin płatności wynosi 120 dni. W przypadku, gdy wykonawca zaoferuje termin płatności krótszy niż 120 dni jego oferta zostanie odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ. Wykonawca, który zaproponuje termin płatności 360 dni lub więcej otrzyma maksymalną liczbę punktów przyznawaną w kryterium «termin płatności», tj. 10 punktów. W pkt 14.7. zazaczył, że za najkorzystniejszą ofertę zamawiający uzna ofertę, która uzyska największą ilość punktów.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części (zadanie nr 1 i 2). Zgodnie z pkt 4.3. SIWZ przedmiotem zadania nr 1 jest dostawa 58.773 sztuk strzemion SDS V29, natomiast przedmiotem zadania nr 2 jest dostawa 433.059 sztuk strzemion SDS V32/36.

29 kwietnia 2015 r. zamawiający w dokonał otwarcia ofert. Odwołujący i przedstawiciele pozostałych wykonawców, którzy złożyli ofertę, byli obecni przy dokonaniu tej czynności. Przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie całego zamówienia 16,652.881,63 z i poszczególnych części zamówienia :zadanie nr 1 -1.946.068,07 zł, zadanie nr 2 - 14.706.813,56 zł.

O zamówienie w każdej części ubiegało się trzech wykonawców: Konsorcjum O. K. „Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER” i P. K. – B. „INTERSTALEX”, Huta Łabędy S.A. oraz odwołujący.

W części 2 zamówienia odwołujący otrzymał maksymalną liczbę punktów w kryterium termin płatności, zaś ofertę z najniższą ceną złożyło Konsorcjum O. K. „Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER” i P. K. – B. „INTERSTALEX”.

Zamawiający nie odrzucił żadnej oferty i zgodnie z pkt 15 SIWZ przeprowadził aukcję elektroniczną. Aukcje odbyły się 12 maja (zadanie nr 1) oraz 13 maja 2015 r. (zadanie nr 2). Odwołujący wziął udział obu aukcjach, jego najniższe ceny to odpowiednio: 31.60 zł i 30,54 zł. Oferta odwołującego w zadaniu nr 1 sklasyfikowana została na drugim miejscu i była drugą w kolejności pod względem ceny. Natomiast w zadaniu nr 2 oferta Odwołującego okazała się ofertą najkorzystniejszą, dzięki najwyższej ocenie w kryterium płatności ofertę z najniższą ceną złożyło Konsorcjum O. K. „Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER” i P. K. – B. „INTERSTALEX”.

W aktach sprawy znajduje się informacja Komisji Przetargowej z 25 maja 2015 r., w której komisja stwierdziła po przeprowadzeniu aukcji, że cena oferty Huty Łabędy S.A., która jest ofertą najkorzystniejszą, wynosi 2.024.142,12 zł i jest wyższa od 4,01% od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W odniesieniu do części 2 cena

najkorzystniejsza oferta odwołującego 16.267.514,89 zł przekracza o 10,6% kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, lecz pismem z 8 czerwca poinformował o unieważnieniu postępowania. Pismo zamawiającego głosi, że unieważnienie nastąpiło na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 oraz art. 93 ust. 2 Pzp ze względu na fakt, iż cena najkorzystniejszej oferty lub cena oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę na obie części zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą w części 1 i 2 postępowania.

Szkoda, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, może mieć charakter nie tylko bezpośredni, ale również hipotetyczny. W pierwszym przypadku wykonawca traci bezpośrednio możliwość otrzymania zamówienia, w drugim szansę na jego uzyskanie. Izba nie miała wątpliwości co do tego, że unieważnienie postępowania, w sytuacji, gdy zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, grozi odwołującemu poniesieniem szkody. Odwołujący jest bowiem wykonawcą, którego oferta nie została odrzucona i który wziął udział w aukcji elektronicznej.

Izba rozpoznała zatem odwołanie w odniesieniu do obu części postępowania i zważyła, że podlega ono oddaleniu.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter pisemny. Zasada pisemności wymaga dokonywania przez uczestników postępowania czynności w postępowaniu na piśmie, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie. Również obowiązek dokumentacyjny zamawiającego, polegający na sporządzeniu protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, jest aktualnie wykonywany w formie pisemnej. Zasada pisemności nie może być traktowana jako wymaganie o jedynie formalnym charakterze, gdyż jest ściśle powiązana z pozostałymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia.

Realizacja wskazanych w art. 7 ust. 1 Pzp zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wymaga transparentności działań zamawiającego. Wymienione zasady nakazują zatem tak interpretować wymóg pisemności, że informacje zamawiającego o czynnościach dokonanych w postępowaniu, które przesyła on wykonawcom, powinny być nie tylko sporządzone w wymaganej formie, ale również muszą zawierać treść niezbędną dla oceny danej czynności przez wykonawców.

Nie odpowiada prawu pogląd, że uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia, na podstawie znanych sobie okoliczności postępowania powinni samodzielnie ustalać, czy czynność zamawiającego, o której zostali poinformowani, jest prawidłowa, czy nie.

Przepis art. 93 ust. 3 *in fine* Pzp nakazuje podanie uzasadnienie faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Samo powołanie jednostki redakcyjnej oraz brzmienie przepisu zawierającego przywołanie przesłanki unieważnienia postępowania jest zatem niewystarczające, gdyż istotne jest, czy przesłanki te zaszły w okolicznościach faktycznych konkretnej sprawy.

Zamawiający wskazał, że znajomość jednostkowych cen netto ustalonych w wyniku aukcji elektronicznych w kontekście informacji zawartej w punkcie 4.3. SIWZ pozwalała odwołującemu dokonać porównania zaoferowanych cen z kwotami, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a które to kwoty podał on bezpośrednio przed otwarciem ofert. Powołał, że porównanie to wskazuje, że w zadaniu nr 1 Huta Łabędy S.A. złożyła ofertę zawierającą najniższą cenę w wysokości 2.024.142,14 zł brutto (28 zł x 58.773 sztuk) x 23% podatku VAT. Natomiast w zadaniu nr 2 zaoferowana przez Odwołującego cena wyniosła 16.267.514,89 zł brutto (30,54 zł x 433.059 sztuk) x 23% podatku VAT. Obie ceny przekraczają kwoty, które zamawiający przeznaczył na realizację poszczególnych części zamówienia i przedstawił przed otwarciem ofert.

W ocenie Izby wskazane okoliczności powinny być uwzględnione przez zamawiającego w przesyłanej informacji. Tymczasem treść pisma zamawiającego powielająca przepis ustawy nie pozwala na poznanie zaistniałych w postępowaniu podstaw faktycznych dokonanej czynności unieważnienia postępowania.

Rację należy przyznać również odwołującemu w tym, że przed unieważnieniem postępowania w części 2, zamawiający powinien dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty. Art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi bowiem, że zamawiający unieważnia postępowanie w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub cena oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba, że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Powołany przepis pozwala zatem na unieważnienie postępowania albo po wyborze najkorzystniejszej oferty albo przed dokonaniem tego wyboru, jeśli możliwości finansowe zamawiającego nie pozwalają na wybór oferty z najniższą ceną.

Druga z opisanych sytuacji zaszła w części 1 postępowania, gdyż oferta Huty Łabędy S.A. zawierała najniższą cenę i w tym przypadku zamawiający mógł unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Natomiast w części 2 postępowania ofertę z najniższą ceną złożyło Konsorcjum O. K. „Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER” i P. K. – B. „INTERSTALEX” jednak z uwagi na przyjęte kryteria oceny ofert (cena i termin płatności) najkorzystniejszą byłaby oferta odwołującego. Oferta z najniższą ceną nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą, gdyż kryterium terminu płatności przeważało ocenę na korzyść oferty odwołującego.

Skoro zamawiający nie dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 2 postępowania, nie zaszła żadna z przesłanek podmiotowych wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp pozwalających zamawiającemu, który nie dysponuje środkami umożliwiającymi sfinansowanie umowy, na unieważnienie postępowania. Powołany przepis wymaga, aby przed unieważnieniem postępowania w części 2 zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

Niedostatki informacji o unieważnieniu postępowania oraz brak formalnego wyboru najkorzystniejszej oferty nie mogą jednak przynieść skutku w postaci uwzględnienia odwołania w zakresie dotyczącym części 2 postępowania. Wyniki aukcji elektronicznej i jej przebieg nie były kwestionowane przez odwołującego, zatem uwzględnienie odwołania prowadziłoby jedynie do skutku w postaci formalnego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w części 2. Cena oferty odwołującego przekracza bowiem kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i postępowanie podlegałoby unieważnieniu po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp nie nakłada bowiem na zamawiającego obowiązku zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, ani też nie umożliwia wykonawcy badania rzeczywistych możliwości finansowych zamawiającego (*vide*: wyrok KIO z 14 marca 2014 r., sygn. akt KIO 392/14 oraz powołane tam orzecznictwo, Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze. M. Stręciwilk red. Zeszyt Nr 18, teza 143, str. 133-134). Odwołujący nie może zatem domagać się od zamawiającego zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie części 2 zamówienia. Wybór złożonej przez niego oferty nie prowadziłby zatem do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, lecz ponownie do unieważnienia postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: