

Sygn. akt: KIO/UZP 870/09

**WYROK**  
**z dnia 21 lipca 2009r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Członkowie: Anna Packo**  
**Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PCC Rail Rybnik S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kokocińska 51 (lider konsorcjum) oraz PCC Rail INFRASTRUKTURA S.A.** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18** protestu z dnia 4 czerwca 2009 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PCC Rail Rybnik S.A., PCC Rail INFRASTRUKTURA S.A.**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PCC Rail Rybnik S.A. oraz PCC Rail INFRASTRUKTURA S.A.,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PCC Rail Rybnik S.A. oraz PCC Rail INFRASTRUKTURA S.A.** na rzecz **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A.**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PCC Rail Rybnik S.A. oraz PCC Rail INFRASTRUKTURA S.A.**

### **U z a s a d n i e n i e**

I. Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej: Zamawiający) prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm., dalej: Prawo zamówień publicznych) postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usług w zakresie przewozu masy towarowej oraz pełnej obsługi infrastruktury bocznic kolejowych dla KHW SA KWK „Murcki” z wykorzystaniem składników majątkowych Zamawiającego”, oznaczone przez Zamawiającego jako sprawa: ZP/457/2008.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 13.03.2009 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2009/S 52 – 075498 z dnia 17.03.2009 r.

Do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym zostały złożone 3 wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zamówienie; wykonawcom, którzy złożyli wnioski, przekazano Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ).

W dniu 15.05.2009 r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PCC Rail Rybnik S.A. z siedzibą w Rybniku (lider konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego INFRASTRUKTURA S.A. z siedzibą w Rybniku; uczestnik konsorcjum w trakcie postępowania zmienił nazwę na „PCC Rail INFRASTRUKTURA S.A.” (zwani dalej: Konsorcjum bądź Odwołujący) wnieśli do Zamawiającego protest wobec treści postanowień SIWZ. Zamawiający protestu nie rozstrzygnął, w związku z czym Konsorcjum wniosło odwołanie, które zostało rozstrzygnięte wyrokiem KIO/UZP 760/09 z dn. 2.06.2009 r.

Zamawiający w dn. 27.05.2009 r. dokonał czynności otwarcia ofert. W postępowaniu złożono trzy oferty, w tym ofertę, uplasowaną na drugim miejscu w rankingu cenowym, złożyło Konsorcjum.

W dniu 4.06.2009 r. Konsorcjum wniosło protest, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 180 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, ponieważ nie przedłużył on terminu składania ofert, mimo, że zostały oprotestowane postanowienia SIWZ. W ocenie Odwołującego, użyte w przepisie art. 180 ust. 5 Prawa zamówień publicznych wyrażenie "może przedłużyć", nie może przesądzać, iż przedłużenie bądź nieprzedłużenie przez Zamawiającego terminu składania ofert w razie wniesienia protestu na SIWZ zależy od jego swobodnego, dowolnego uznania. Zamawiający winien był przedłużyć termin złożenia i otwarcia ofert i – według Odwołującego - w każdym razie wstrzymać się z otwarciem ofert do ostatecznego rozstrzygnięcia wniesionego protestu.

W konsekwencji Konsorcjum wniosło o uchylenie (unieważnienie) czynności otwarcia ofert i nakazanie Zamawiającemu przedłużenia terminu złożenia ofert i powtórzenia czynności ich otwarcia.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu, co zgodnie z art. 183 ust. 3 Prawa zamówień publicznych uznaje się za jego oddalenie.

Odwołujący w dniu 23.06.2009 r. wniósł odwołanie, będące przedmiotem badania w niniejszym postępowaniu odwoławczym. W odwołaniu podtrzymano wszystkie zarzuty zgłoszone w proteście.

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej w szerokim rozumieniu, ponieważ wskazując na ewentualne wady postępowania, dąży do doprowadzenia go do zgodności z przepisami.

Skład orzekający Izby nie mógł się zgodzić ze stanowiskiem Odwołującego, iż przepis art. 180 ust. 5 Prawa zamówień publicznych bezwzględnie nakazuje Zamawiającemu przedłużenie terminu otwarcia ofert w przypadku oprotestowania postanowień SIWZ. W ocenie Izby, ustawodawca przyznał Zamawiającemu taką możliwość, lecz nie nałożył obowiązku w tym zakresie. Faktycznie, dla daleko posuniętej ostrożności, przedłużenie terminu otwarcia ofert przez Zamawiającego jest właściwe, ale niezastosowanie takiego uprawnienia nie jest czynnością wadliwą czy niezgodną z przepisami. Oczywiście, jeżeli w wyniku wniesienia protestu na postanowienia SIWZ, doszłoby do uwzględnienia zarzutów

w nim podniesionych, i nastąpiłoby to po terminie otwarcia ofert, postępowanie mogłoby być obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy; ryzyko takie obarcza Zamawiającego i musi on sobie z niego zdawać sprawę.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wniesiono odwołanie, Zamawiający, jak oświadczył na rozprawie, był przekonany, że SIWZ jest zgodna z przepisami, tak więc w jego ocenie nie było powodów do przedłużenia terminu otwarcia ofert. Stanowisko Zamawiającego (co do poprawności treści SIWZ w oprotestowanym zakresie) zostało potwierdzone przez wyrok KIO/UZP 760/09 z dn. 2.07.2009 r., które to orzeczenie, jak Zamawiający słusznie wskazywał, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych było ostatecznym rozstrzygnięciem protestu w sprawie odwołania wniesionego w związku z postanowieniami SIWZ; złożenie ewentualnej skargi do sądu nie tamuje dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający stwierdził, że zarzut naruszenia art. 180 ust. 5 Prawa zamówień publicznych nie potwierdził się – Zamawiający rzeczywiście nie przedłużył terminu otwarcia ofert, lecz nie miał takiego obowiązku.

Zauważyć należy, iż nie miałyby celu wstrzymywanie się z ponownym otwarciem ofert, jak chciał Odwołujący, do czasu wydania wyroku przed Sąd Okręgowy (na dzień rozpatrywania niniejszego odwołania skarga jeszcze nie została złożona, zresztą, jak już wskazano wyżej, wydanie wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą jest ostatecznym rozstrzygnięciem protestu). Na dzień orzekania, sytuacja w postępowaniu (tj. treść SIWZ) nie różni się w żaden sposób od tej, która istniała w dniu otwarcia ofert, dlatego wniosek Odwołującego nie może zostać uwzględniony.

Izba nie odnosiła się do spostrzeżeń Odwołującego dotyczących ewentualności stwierdzenia rażąco niskiej ceny w ofercie konkurencyjnej, bowiem Odwołujący nie podnosił tej kwestii jako odrębnego zarzutu, a jedynie wskazywał, że niska cena konkurencji mogła być konsekwencją wadliwych postanowień SIWZ, zakwestionowanych w postępowaniu odwoławczym KIO/UZP 760/09 – o ile Odwołujący nie podnosił tego zarzutu samodzielnie, w oderwaniu od uprzednio podnoszonych zarzutów na SIWZ, to rozpatrywanie merytoryczne zastrzeżeń co do treści SIWZ nie mogło być przedmiotem rozważań składu orzekającego w niniejszej sprawie, bowiem po pierwsze, termin na zgłoszenie zarzutów wobec SIWZ już minął, po drugie – były one rozpatrywane w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO/UZP 760/09.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), zgodnie z par. 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....