

Sygn. akt KIO/UZP 23/08

WYROK
z dnia 8 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sadowy Stanisław

Członkowie: Marcjoniak Ewa
Szczytowska-Maziarz
Klaudia

Protokolant: Nowicka Dorota

po rozpoznaniu na rozprawie* w dniu 4.02.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Minova Ekochem S.A., 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18** protestu z dnia 24.12.2008 r.

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego xxx po stronie odwołującego się oraz xxx - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża **Minova Ekochem S.A., 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery zł) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Minova Ekochem S.A., 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset zł) przez **Minova Ekochem S.A., 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10** na rzecz **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx. na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć zł) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Minova Ekochem S.A., 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10**

Uzasadnienie

Zamawiający – Katowicki Holding Węglowy S.A. w dniu 19.12.2007 r. unieważnił przetarg nieograniczony na dostawę półmasek jednorazowego użytku (CPV: 29242479-5 Maski pochłaniające nieprzyjemne zapachy) dla Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w okresie od dnia zawarcia umowy do dnia 31.12.2008 r., nr postępowania: ZP/EZ/16/2008.

O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty – pismem z dnia 21.12.2007 r. Wskazał, iż unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, gdyż ceny najkorzystniejszych ofert przewyższają kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W dniu 24.12.2007 r. czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania oprotestował wykonawca Minova Ekochem S.A. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, zwany dalej „Odwołującym”.

W proteście zawarty został zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo braku rzeczywistych przesłanek do dokonania takiej czynności.

Jednocześnie, składający protest wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, dokonanie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł:

Stanowisko Zamawiającego o unieważnieniu postępowania nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach sprawy.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa półmasek jednorazowego użytku w łącznej ilości 1.551.000 sztuk, z czego na zadanie 3 przypada 1.051.000 sztuk, na zadanie nr 5 – 278.000 sztuk, a na zadanie nr 2 – 213.005 sztuk.

O wartości zamówienia decyduje duża ilość zamawianych półmasek, jednak ich cena jednostkowa jest niewielka. Według oferty złożonej przez Odwołującego ceny te wynoszą, odpowiednio: w zadaniu nr 3 – 1,45 zł/szt netto, w zadaniu nr 5 – 4.04 zł/szt netto.

Odwołujący podkreślił, że w świetle postanowień Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wykonawca zobowiązuje się dostarczyć półmaski we wskazanych w umowie ilościach, natomiast Zamawiający nie jest zobowiązany do zamówienia i odebrania takiej ilości wyrobów.

Ponieważ przedmiot dostaw jest podzielny i ma być dostarczany w częściach, a Zamawiający może samodzielnie, dowolnie decydować o wielkości i częstotliwości dostaw, nie ma możliwości uznania, zdaniem Odwołującego, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający może bowiem zamówić dostawę takiej ilości półmasek, na jaką pozwalają mu przeznaczone na ten cel środki.

Ponadto, Odwołujący zarzucił, iż podana przez Zamawiającego kwota, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia została błędnie oszacowana. W świetle obliczeń Odwołującego, przy zastosowaniu ceny z roku 2007, koszt zakupu półmasek w ilościach określonych w zadaniach nr 3 i nr 5 wynosiłby kwotę 3.392.307,60 zł, podczas, gdy na realizację zamówienia obejmującego ww. zadania i zadanie nr 4 Zamawiający zamierza przeznaczyć zaledwie 2.542.714,56 zł, tj. kwotę o co najmniej 30% niższą od kwoty faktycznie niezbędnej do nabycia półmasek w ilości wskazanej w SIWZ.

Odwołujący również wskazał, iż zaoferował, w odniesieniu do zadań nr 3 i nr 5 ceny niższe od cen, po których Zamawiający nabywa półmaski tych typów w roku 2007.

Z tych względów, zdaniem Odwołującego, brak było podstaw do unieważnienia całego postępowania.

Wobec braku rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, w dniu 08.01.2007 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od oddalenia przez

Zamawiającego protestu na czynność unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 1, zadania nr 2 i zadania nr 5.

Odwołujący podtrzymał zarzuty z protestu i wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, w zakresie zadania nr 1, zadania nr 3 i zadania nr 5.

Skład orzekający Izby po rozpatrzeniu odwołania ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie należało oddalić, bowiem nie potwierdziły się zarzuty w nim zawarte.

Skład orzekający Izby ustalił:

W pkt 3 rozdziału I SIWZ Zamawiający określił, iż przedmiot zamówienia obejmuje dostawę nowych Półmasek jednorazowego użytku (CPV: 29242479-5 Maski pochłaniające nieprzyjemne zapachy), filtrujących cząsteczki stałe i ciekłe w klasie P-1, P-2 i P-3 z zaworkiem, wymienionych w formularzach cenowych części zamówienia oznaczonych numerami 1/I, 1/II, 1/III, 1/IV i 1/V. Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia oraz wymagania techniczne zamówienia przedstawiono w Rozdziale II SIWZ.

Przedmiot zamówienia Zamawiający podzielił na pięć części (rozd. II.1.1 SIWZ):

- część I – półmaska jednorazowa klasy P-1, czaszowa,
- część II – półmaska jednorazowa klasy P-2, czaszowa,
- część III - półmaska jednorazowa klasy P-2, płaska (składana),
- część IV – półmaska jednorazowa klasy P-3, czaszowa,
- część V – półmaska jednorazowa klasy P-3, płaska (składana).

W załączniku nr 2/I do SIWZ Zamawiający zawarł harmonogram dostaw.

Wartość zamówienia (obejmującego pięć części) Zamawiający oszacował na kwotę (netto) 2.542.714,56 zł (załącznik do protokołu z dnia 27.10.2007 r.).

Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych.

W dniu 15.11.2007 r., bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, iż zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia kwotę 2.542.714,56 zł netto, tj. 3.102.111,76 zł brutto.

W wyniku zbadania i oceny oferty, Zamawiający ustalił, że wartość najkorzystniejszych ofert wynosi 3.660.739,75 zł, tj. 3.000.606,35 zł netto.

Oceniając stan faktyczny i prawny sprawy Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Czynność ustalenia wartości zamówienia jest czynnością zastrzeżoną do właściwości zamawiającego. Również zamawiający decyduje o wielkości środków, które zamierza

przeznaczyć na finansowanie zamówienia, w oparciu o swoje plany finansowe, czy też finansowo-rzeczowe. Zaplanowana kwota wydatku powinna dotyczyć całego przedmiotu zamówienia, a więc dotyczą ilości maksymalnych, określonych w SIWZ. Ta ilość to przewidywane zapotrzebowanie zamawiającego na określone zamówienie (w przedmiotowej sprawie - dostawy).

Zamawiający jest zobowiązany zawrzeć umowę na warunkach określonych w ofercie, co wynika z art. 140 ust. 1 Pzp. Podkreślić należy, że zakres świadczenia wykonawcy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zamawiający zobowiązany jest podpisać umowę na ilości przewidziane w SIWZ.

Podpisując umowę w przedmiotowych okolicznościach Zamawiający dopuściłby się zaciągnięcia zobowiązania, które w części nie mogłoby być pokryte z zaplanowanych na to zadanie środków finansowych. W tej sytuacji, aktualnie nie jest możliwe do przewidzenia czy zapotrzebowanie Zamawiającego będzie na tyle duże, że konieczne stanie się wyczerpanie w pełnej ilości przedmiotu dostawy.

Postulowane przez Odwołującego proporcjonalne obniżenie ilości poszczególnych dostaw objętych przedmiotem zamówienia (typów masek) stanowiłoby naruszenie art. 87 ust. 1 zd. 2, gdyż taką zmianę należałoby zakwalifikować jako niedopuszczalne prowadzenie negocjacji z jednym z wykonawców.

Rozstrzygając w kwestii dopuszczalności unieważnienia przez Zamawiającego przedmiotowego postępowania o zamówienie Skład orzekający Izby ustalił, że:

Zamawiający wypełnił wymóg art. 86 ust. 3 Pzp, tj. bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (2.542.714,56 zł netto, 3.102.111,76 zł brutto). Wielkość kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynika z możliwości finansowych zamawiającego i jego potrzeb. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Ocena co do wysokości kwoty, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia należy wyłącznie do jego kompetencji, a nie wykonawcy.

Zwiększenie tej kwoty jest dopuszczalne. Możliwa jest także sytuacja, że kwota, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia okazać się niższa, niż kwota ogłoszona przez Zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert.

Decyzję w tym zakresie może podjąć wyłącznie zamawiający.

W toku rozpatrywania przedmiotowego odwołania Zamawiający podniósł na rozprawie, iż jego sytuacja w okresie ostatnich 8. miesięcy 2007 r. uległa pogorszeniu wskutek drastycznego obniżenia poziomu wydobycia węgla i wskazał przyczyny takiego stanu rzeczy. Oświadczył, że w zaistniałej sytuacji nie mógł zwiększyć kwoty zaplanowanego wydatku, w wyniku czego unieważnił przedmiotowe postępowanie o zamówienie.

W świetle dokonanej oceny stanu faktycznego i prawnego sprawy Skład orzekający Izby orzekł, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp jest bezpodstawny.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uwzględniając za uzasadnione koszty pełnomocnika Zamawiającego - Katowickiego Holdingu Węglowego S.A.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....