

Sygn. akt KIO 1439/12

POSTANOWIENIE

z dnia 16 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **16 lipca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **9 lipca 2012 r.** przez **Kopalnię Wapienia Czatkowice Sp. z o.o., os. Czatkowice 248, 32-065 Krzeszowice** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów, 97-406 Bełchatów 5, Rogowiec, ul. Energetyczna 7,**

orzeka:

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Kopalnię Wapienia Czatkowice Sp. z o.o., os. Czatkowice 248, 32-065 Krzeszowice**, oraz:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Kopalnię Wapienia Czatkowice Sp. z o.o., os. Czatkowice 248, 32-065 Krzeszowice**, 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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na „Dostawę mączki kamienia wapiennego”, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 26.05.2012 r. pod pozycją 2012/S 100-166668, w dniu 9 lipca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie w formie pisemnej, złożone przez wykonawcę Kopalnię Wapienia Czatkowice Sp. z o.o. w Krzeszowicach, w kopii przekazane zamawiającemu w dniu 6 lipca 2012 r.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia w dniu 26 czerwca 2012 r. drogą elektroniczną o wynikach przetargu i o unieważnieniu postępowania na część nr 3 zamówienia.

Odwołanie zostało złożone wobec czynności podjętych przez zamawiającego, a polegających na unieważnieniu części 3 postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący zarzucił zamawiającemu PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), dalej ustawy Pzp, tj.:

- 1) naruszenie art. 93 ust 1 pkt 4) Pzp przez bezpodstawne jego zastosowanie i unieważnienie jedynie części 3 postępowania o udzielenie zamówienia, w sytuacji, gdy najkorzystniejsze oferty złożone przez wykonawców w każdej z części tego postępowania znacznie przewyższały kwoty, jakie zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia,
- 2) naruszenie art. 7 ust 1 w zw. z art. 93 ust. 1 i 4 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w nierównym traktowaniu odwołującego uczestniczącego w trzeciej części postępowania, a to poprzez uznanie, że jedynie ta część zamówienia podlega unieważnieniu z uwagi na przekroczenie kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przez swoje działanie zamawiający utrudnia uczciwą konkurencję, uniemożliwiając odwołującemu uzyskanie zamówienia pomimo spełniania przez niego wszystkich warunków postawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), i którego oferta jest zgodna z treścią SIWZ i najkorzystniejsza spośród ofert złożonych w trakcie licytacji elektronicznej.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia,
- 2) prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ewentualnie, na wypadek uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w całości jest niezasadne, odwołujący wnosił o unieważnienie czynności unieważnienia części 3 postępowania.

Ponadto odwołujący żądał:

- przeprowadzenia dowodów powołanych w treści niniejszego odwołania i dokumentów przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,
- obciążenia zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że unieważnienie części 3 postępowania nastąpiło pomimo braku podstaw do dokonania takiej czynności, uniemożliwia odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i tym samym bezpośrednio godzi w jego interes prawny, prowadząc jednocześnie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W przekonaniu odwołującego, zamawiający bezpodstawnie unieważnił ostatnią część postępowania, uniemożliwiając odwołującemu uzyskanie zamówienia, w sytuacji gdy zaoferowana przez niego cena była najkorzystniejsza spośród wszystkich złożonych ofert. Z uwagi na fakt, że ocena ofert dokonywana jest w oparciu o jedno kryterium - najniższą cenę ofertową, to właśnie odwołujący uzyskałby zamówienie, gdyby tylko zamawiający dokonywał czynności zgodnych z ustawą Pzp.

Odwołujący stwierdził, że zachował termin do wniesienia odwołania, albowiem powziął informację o wymienionych wyżej czynnościach zamawiającego w dniu 26 czerwca 2012 roku, w związku z doręczeniem drogą elektroniczną zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Dostawa mączki kamienia wapiennego”*. Zważywszy, że informacja o rozstrzygnięciu postępowania w części 1 i 2 oraz o unieważnieniu części 3, stanowiła podstawę do wniesienia odwołania, w ocenie odwołującego, niniejsze odwołanie składane jest zatem z zachowaniem 10 dniowego ustawowego terminu do jego wniesienia zgodnie z art. 182 ust., 1 pkt 1) ustawy Pzp. Przedstawił dowód: zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania otrzymane emailem w dniu 26.06,2012 r.

Odwołujący wyjaśniał, że postępowanie było podzielone na trzy części. W odpowiedzi na ogłoszenie ofertę złożył: WKG Trading Sp. z o.o., Kopalnia Wapienia Czatkowice Sp. z

o.o., Zakłady Przemysłu Wapienniczego „Truskawica” S.A., NORDKALK Sp. z o.o. oraz LHOIST Bukowa Sp. z o.o. (dowód: oferta odwołującego - w aktach postępowania). Odwołujący zapewniał, że jego oferta spełniała wszystkie wymagania określone w SIWZ. Żadna z ofert nie została odrzucona. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający wskazał kwotę 12.792.000,00 zł obejmującą całość zamówienia (trzy części), którą zamierza przeznaczyć na jego realizację. Zamówienie podzielono na trzy części: część 1 i 2 - dostawa 45.000 ton mączki kamienia wapiennego, część 3 - dostawa 40.000 ton mączki kamienia wapiennego. Po złożeniu ofert zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną, zgodnie z postanowieniami SIWZ. W aukcji elektronicznej, w każdej części zamówienia udział wzięło 4 oferentów. W zawiadomieniu o rozstrzygnięciu przetargu, zamawiający wskazał wykonawców, których oferty były najkorzystniejsze w 1 i 2 części postępowania i poinformował, że część 3 postępowania została unieważniona na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pz, tj, cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący zaznaczał, że najkorzystniejsze oferty złożone w poszczególnych częściach postępowania przekroczyły kwoty, jakie zamawiający zamierzał przeznaczyć na ich realizację. A jedynie trzecia część postępowania została unieważniona, co godzi w zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji – jak utrzymywał odwołujący. W części 1 najkorzystniejszą ofertę złożył WKG Trading Sp. z o.o. z siedzibą w Działoszynie - cena brutto 5.424.000,300 zł, podczas gdy zamawiający zamierzał przeznaczyć na 1- a część 4.428.000,00 zł brutto, w części 2 najkorzystniejszą ofertę złożyły Zakłady Przemysłu Wapienniczego „Truskawica” S.A. - cena brutto 5.701.050,00 zł, podczas gdy zamawiający zamierzał przeznaczyć kwotę 4.428.000,00 zł brutto. Natomiast Kopalnia Wapienia Czatkowice Sp. z o.o. złożyła najkorzystniejszą ofertę w części 3 postępowania - cena brutto 5.854.800 zł; kwota jaką zamierzał przeznaczyć na tę część zamawiający wynosiła 3.936.000,00 brutto. W każdej zatem części tego postępowania, najkorzystniejsze oferty znacznie przekraczały kwoty jakie zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, a jedynie część 3 przetargu została z tego powodu unieważniona. Odwołujący stwierdził, że zamawiający dokonał błędnego oszacowania przedmiotu zamówienia. Przyjął bowiem cenę jednostkową brutto ok 98 zł/t, podczas gdy w części 1 postępowania uzyskał cenę jednostkową brutto 120,54 zł/t, w części 2 - 126,64 zł/t, a w części 3 - 146,37 zł/t. Odwołujący utrzymywał, że skoro w części 3 postępowania brało udział 4 wykonawców, to zapewniało konkurencyjność składanych ofert. Uczestnicy aukcji elektronicznej odstąpili od dalszej licytacji po złożeniu przez odwołującego oferty cenowej 119 zł netto za dostawę 1 tony mączki kamienia wapiennego.

Odwołujący zaznaczał, że zamawiający nie może pozwolić sobie na rezygnację z części zamówienia dostawy mączki kamienia wapiennego, które zostało objęte trzecią częścią postępowania. Nie posiada bowiem wystarczającej ilości produktu koniecznego do odsiarczania spalin jakie emituje. W tym celu realizuje zakupy mączki kamienia wapiennego

w systemie bieżących małych zamówień „z wolnej ręki”, które przy obecnym zużyciu zabezpieczają jego potrzeby na okres 4-5 dni. Zamówienia te realizowane są przez odwołującego. Abstrahując od powyższych twierdzeń, wskazał, że kwota którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, podana bezpośrednio przez otwarciem ofert, nie jest tożsama z kwotą wskazaną w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdzie ustawodawca celowo posługuje się pojęciem kwoty, jaką zamawiający „może” przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jest to ugruntowane stanowisko w doktrynie zamówień publicznych. Może on zatem posiadać dodatkowe środki, które pozwolą na dokonanie zakupu mączki kamienia wapiennego wraz z usługą transportu po cenie najkorzystniejszej oferty. O posiadaniu funduszy na ten cel świadczy chociażby fakt realizowania przez zamawiającego bieżących zamówień na ten produkt u odwołującego, w sytuacji gdy nie ma zapewnionej stabilizacji i bezpieczeństwa w zakresie dostawy tak strategicznego dla niego surowca. Zatem za niekwestionowany przyjął fakt, że PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów, ze względu na rodzaj wykonywanej działalności gospodarczej ma zapotrzebowanie na całość zamówienia obejmującego 130.000 ton mączki kamienia wapiennego i w związku z tym nie może zrezygnować z trzeciej części zamówienia obejmującego 40.000 t. oraz mając na uwadze, że kwoty jakie zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia zostały przekroczone w każdej z trzech części postępowania, uzasadnionym jest unieważnienie całości postępowania przetargowego, a nie jego części, co nastąpiło z naruszeniem prawa i zasad uczciwej konkurencji i równości. W ocenie odwołującego, w obecnym stanie rzeczy celowym jest zwiększenie przez zamawiającego pierwotnie przeznaczonej kwoty na sfinansowanie zamówienia.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 6 lipca 2012 r., pismem które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2012 r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca Zakłady Przemysłu Wapienniczego „Trzuskawica” S.A., który wnosił o oddalenie odwołania. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało złożone z uchybieniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż dla swej skuteczności winno ono wpłynąć do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej najpóźniej w terminie do 9 lipca 2012 r. Przedmiotowe przystąpienie zostało zaopatrzone prezentatą jego wpływu do Izby - w dniu 11 lipca 2012 r., albowiem zostało nadane przesyłką pocztową w dniu 9 lipca 2012 r. Z uwagi na uchybienie terminu 3 dni na złożenie przystąpienia od daty otrzymania kopii odwołania, Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcy Zakłady Przemysłu Wapienniczego „Trzuskawica” S.A. do udziału w sprawie.

Skład orzekający Izby rozpatrując sprawę na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania ustalił, co następuje.

Zamawiający w dniu 26 czerwca 2012 r. poinformował wykonawców o wyborze ofert na część nr 1 i 2 postępowania oraz o unieważnieniu postępowania w zakresie części nr 3 zamówienia, przy czym nastąpiło to w sposób wskazany w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, tj. drogą elektroniczną (okoliczność przyznana).

Zgodnie z art. 180 ust. 4 ustawy Pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego, kwalifikowanego certyfikatu. Przepis art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi natomiast, że odwołanie przy danej wartości zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego – jeżeli została przesłana sposobem określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, tj. faksem lub elektronicznie. Oznacza to, że przed upływem ww. ustawowego terminu, odwołanie winno zostać doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej. Przedmiotowe odwołanie zostało zaopatrzone prezentatą jego wpływu do Izby - w dniu 9 lipca 2012 r., gdyż zostało nadane przesyłką pocztową w dniu 6 lipca 2012 r.

Przechodząc do podstaw odrzucenia odwołania, Izba uznała w oparciu o dostępną dokumentację i bezsporne okoliczności daty doręczenia zawiadomienia o wyborze ofert i unieważnieniu postępowania w zakresie części nr 3, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu. Odwołanie dotyczy czynności unieważnienia postępowania. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia powiadomienia o wyniku przetargu. Termin na wniesienie odwołania upłynął zatem w dniu 6 lipca 2012 r.

Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity, a jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z wymienionego środka ochrony prawnej. Bezskuteczny upływ w dniu 6 lipca 2012 r. ustawowo określonego terminu - spowodował wygaśnięcie uprawnień wykonawcy do skorzystania z rzeczonego środka ochrony prawnej. Z tych względów, Izba nie miała podstaw do merytorycznego rozpoznania odwołania.

Postępowanie w sprawie wykazało, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co obligowało Izbę do jego odrzucenia w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie.

Zaistnienia którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które Izba ustala z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało odrzucone kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego, zaliczając uiszczony wpis na poczet kosztów postępowania stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Na podstawie § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydane na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....