

**WYROK**  
**z dnia 7 lutego 2008r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Członkowie: Andrzej Niwicki**  
**Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakłady Gumowe Bytom S.A. z siedzibą w Bytomiu, ul. Szyby Rycerskie, 43-909 Bytom** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego - **Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** protestu z dnia 27 grudnia 2007r.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Zakłady Gumowe Bytom S.A. z siedzibą w Bytomiu, ul. Szyby Rycerskie, 43-909 Bytom**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote 00/100) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Zakłady Gumowe Bytom S.A. z siedzibą w Bytomiu, ul. Szyby Rycerskie, 43-909 Bytom,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) przez **Zakłady Gumowe Bytom S.A. z siedzibą w Bytomiu, ul. Szyby Rycerskie, 43-909 Bytom** na rzecz **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 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 złotych 00/100) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakładów Gumowych Bytom S.A. z siedzibą w Bytomiu, ul. Szyby Rycerskie, 43-909 Bytom.**

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

W dniu 13.11.2007r. Zamawiający, Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice, ogłosił postępowanie na wykonanie zadania publicznego pn. „Dostawy taśm przenośnikowych dla Katowickiego Holdingu Węglowego w okresie od dnia zawarcia umowy do dnia 31.12.2008r. w trybie przetargu nieograniczonego” (Dz. Urz. UE, 2007/S 218-265886).

W dniu 19.12.2007r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych „gdyż ceny najkorzystniejszych ofert przewyższają kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”. W dniu 12.12.2007r. Odwołujący – Zakłady Gumowe Bytom S.A. z siedzibą w Bytomiu, ul. Szyby Rycerskie, 43-909 Bytom – złożył protest, zarzucając Zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 8, art. 32 ust. 1 i 4, art. 86 ust. 3, art. 93 ust. 1 pkt 4, ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4, „mimo iż Zamawiający był świadom, że nie jest możliwe uzyskanie cen najkorzystniejszych ofert nie przewyższających kwoty, którą Zamawiający ustalił jako tę, którą >>może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia<<”, a Wykonawca w częściach zamówienia oznaczonych I/I, I/II i I/III złożył ofertę z najniższą ceną. Wykonawca uzasadnił swoje stanowisko argumentując, że

Zamawiający z nienależytą wartością oszacował wartość przedmiotu zamówienia i wnosił o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, dokonanie oceny złożonych ofert, i wybór oferty najkorzystniejszej spośród złożonych ofert”.

Do protestu przyłączyła się po stronie Zamawiającego Fabryka Taśm Transportowych STOMIL WOLBROM S.A. z siedzibą w Wolbromiu, wskazując, że złożyła ona uprzednio protest, podnosząc konieczność unieważnienia postępowania w części IV, protest nie został uznany za zasadny przez Zamawiającego, a Przystępujący nadal twierdzi, że postępowanie powinno być unieważnione, bez względu na podstawę prawną.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu, w związku z czym Odwołujący w dn. 11.01.2008r. wniósł odwołanie, przekazując jednocześnie kopię odwołania Zamawiającemu. W odwołaniu wskazano na naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 32 ust. 4, art. 93 ust. 1 pkt 4, ust. 2 Pzp i nie podtrzymano argumentów zawartych w uzasadnieniu protestu, dotyczących braku oszacowania wartości zamówienia z należytą starannością. W uzasadnieniu odwołania podano, iż „czynność unieważnienia postępowania, w sytuacji, gdy Zamawiający nie dokonał w tymże postępowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, jest niezgodna z przepisami Prawa zamówień publicznych”. Odwołujący wywodzi, że w wypadku gdyby należało unieważnić postępowanie „w częściach II lub III lub w szczególności IV, ceny najkorzystniejszych ofert (łącznie dla poszczególnych części) nie przewyższą kwoty, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”. Hipotetyczna konieczność unieważnienia postępowania w częściach I/II i I/III uzasadniono ewentualnym odrzuceniem wszystkich ofert złożonych w tych częściach, bądź wykluczeniem wykonawców, którzy te oferty złożyli.

Przystępujący do protestu nie przystąpił do postępowania odwoławczego.

Po analizie dokumentacji postępowania i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wskazując interes prawny w proteście Odwołujący podniósł, iż w częściach zamówienia oznaczonych I/I, I/II i I/III Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną, a jedynym kryterium w tym postępowaniu jest cena. W odwołaniu interes prawny opisano następująco: „wadliwa czynność unieważnienia postępowania zamyka Odwołującemu drogę do uzyskania niniejszego zamówienia”. Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków prawnych, ponieważ zarówno w proteście, jak i w odwołaniu wnosi o unieważnienie unieważnienia postępowania i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, a skoro w 3 częściach złożył ofertę z najniższą

ceną, to unieważnienie postępowania uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia w częściach I/I, I/II, I/III.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego przez Zamawiającego na posiedzeniu, wskazującego, że odwołanie powinno być odrzucone na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r., Nr 223, poz.1655; dalej: Prawo zamówień publicznych), ponieważ odwołanie nie zostało poprzedzone protestem (uzasadnienie odwołania nie jest skorelowane z uzasadnieniem protestu prowadzącego się do analizy, czy oszacowania wartości zamówienia dokonano z należytą starannością), stwierdzić należy, że rozbieżności pomiędzy treścią protestu a treścią odwołania faktycznie zaistniały, jednak podstawowe zarzuty oraz wnioski protestu i odwołania są tożsame, a sposób argumentacji nie ma znaczenia przy ustaleniu, czy zachodzi przesłanka odrzucenia odwołania opisana w art. 187 ust. 4 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący wycofał się z zarzutu naruszenia dotyczącego naruszenia art. 8, art. 32 ust. 1, art. 86 ust. 3, art. 93 ust. 3 Prawa zamówień publicznych i wskazał, że swoje zarzuty opiera głównie na naruszeniu art. 93 ust. 1 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych.

Nie znajduje uzasadnienia zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ w czynnościach Zamawiającego nie można się dopatrzeć czynności naruszających zasadę równego traktowania wykonawców czy zasadę uczciwej konkurencji (Zamawiający wszystkich uczestników postępowania potraktował na równych zasadach); nietrafny jest również zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (Zamawiający nie udzielił zamówienia wykonawcy, który został wybrany zgodnie z przepisami ustawy).

Nie znajduje również zarzut naruszenie art. 94 ust. 1 pkt 4 (i art. 94 ust. 2) Prawa zamówień publicznych. Odwołujący twierdzi, że Zamawiający nie ma prawa dokonać unieważnienia postępowania na podstawie ww. artykułu przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Z akt postępowania wynika, że Komisja Przetargowa dokonała badania i oceny ofert, ustaliła, że żadna oferta nie podlega odrzuceniu, ani żaden wykonawca – wykluczeniu, ustaliła również, która oferta jest najkorzystniejsza w poszczególnych częściach postępowania (propozycja Komisji Przetargowej z dnia 17.12.2007r., w aktach sprawy). Równocześnie Komisja Przetargowa wskazała, że cena zaoferowana we wskazanych ofertach przekracza ilość środków, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Komisja przetargowa skierowała propozycję w tej materii do Kierownika Zamawiającego (Zarządu Katowickiego Holdingu Węglowego SA), w wyniku czego podjął on uchwałę o unieważnieniu postępowania (uchwała z dnia 19.12.2007r., w aktach sprawy); propozycja Komisji Przetargowej stanowi załącznik do uchwały. Nie można zatem zarzucić

Zamawiającemu naruszenia art. 94 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień Publicznych. Faktem jest, że Zamawiający nie upublicznił ustalenia, która oferta jest najkorzystniejsza, jednak jest to uchybienie nie mające w wyżej opisanych okolicznościach znaczenia skutkującego nakazaniem powtórnej oceny ofert. Zamawiający bowiem podtrzymuje stanowisko, że nie może dojść do zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia, ani nie może przeksięgować środków w ramach poszczególnych zadań, ponieważ uniemożliwiłoby to realizację określonej części zamówienia. Niewątpliwie, z zasady jawności postępowania (art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych) wywieść można obowiązek Zamawiającego polegający na upublicznieniu, którą ofertę uznano za najkorzystniejszą, w celu umożliwienia uczestnikom postępowania ustalenie, czy faktycznie prawidłowo Zamawiający uznał, że cena najkorzystniejszej oferty przekracza ilość środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia. Jednak można mieć wątpliwości, czy Zamawiający winien informować w takiej sytuacji, iż dokonano „wyboru” zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp oferty najkorzystniejszej. Prowadziłoby to do zbędnego przedłużania postępowania – Zamawiający po informacji o wyborze musiałby oczekiwać na ewentualne protesty i odwołania; ostatecznego wyboru oferty można by dokonać dopiero po wyczerpaniu środków ochrony prawnej (albo po upływie terminu do ich wniesienia), i dopiero wówczas Zamawiający, ściśle wykonując wszystkie czynności w kolejności przewidzianej ustawą, mógłby unieważnić postępowanie, podczas gdy uczestnicy postępowania oczekiwaliby już wówczas podpisania umowy. Zatem właściwe jest skrócenie tej drogi poprzez ujawnienie, którą ofertę uznano za najkorzystniejszą i równoczesne (w tym samym piśmie) unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych jest dopuszczalne (skoro Zamawiający ma wiedzę, iż nie jest w stanie zwiększyć ilości środków).

Podsumowując, w niniejszym postępowaniu Zamawiający ustalił, jaka oferta jest najkorzystniejsza, jednak informacji tej nie upublicznił, co jest uchybieniem przepisowi art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych; uchybienie to jednak nie może być uznane za tyle znaczące, aby prowadziło do nakazania Zamawiającemu powtórnej oceny ofert, w konsekwencji czego Zamawiający musiałby ponownie unieważnić postępowanie na tej samej podstawie prawnej, tj. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Wskazać również należy, że Zamawiający udostępnił Odwołującemu, na jego wniosek, dokumentację postępowania wraz z przytaczaną uchwałą Zarządu Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. i propozycją Komisji Przetargowej.

Reasumując, postanowiono jak w sentencji.

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

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła koszty zastępstwa Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł; kwota ta wynika z przedłożonego do akt sprawy rachunku zgodnego z par.4 ust. 1 pkt 2 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 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. 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:**

.....

.....