

Sygn. akt KIO/UZP 1296/08

WYROK / POSTANOWIENIE*
z dnia 27 listopada 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

**Członkowie: Renata Tubisz
Barbara Bettman**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu/~~rozprawie*~~ w dniu /~~w dniach*~~ 27 listopada 2008r. w odwołania wniesionego przez **Kołobrzesckie Przedsiębiorstwo Instalacyjne sp. z o.o. z siedzibą w Kołobrzegu, ul. Matejki 10** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Goleniowskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Goleniowie, ul. Wincentego Witosa 7** protestu /~~protestów*~~ z dnia **28 października 2008r.**

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

orzeka:

1 . odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Kołobrzesckie Przedsiębiorstwo Instalacyjne sp. z o.o. z siedzibą w Kołobrzegu, ul. Matejki 10** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Kołobrzesckie Przedsiębiorstwo Instalacyjne sp. z o.o. z siedzibą w Kołobrzegu, ul. Matejki 10**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: xxxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 936** zł **00** gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Koło-brzeskie Przedsiębiorstwo Instalacyjne sp. z o.o. z siedzibą w Kołobrzegu, ul. Matejki 10**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę budynku mieszkalnego, wielorodzinnego, podpiwniczonego z instalacjami : kanalizacji sanitarnej, kanalizacji deszczowej, wodociągowej, ciepłej i elektrycznej oraz drogą wewnętrzną i miejscami parkingowymi zlokalizowanymi na działkach nr 243/13 i 243/14 obręb geodezyjny nr 5 w Goleniowie, a także zjazdu z drogi powiatowej – działki nr 239 stanowiącej ul. Króla Władysława Jagiełły do działki 243/14 obręb geodezyjny nr 5 miasta Goleniów oraz usunięcie 3 sztuk drzew gatunku klon jesionolistny – III przetarg nieograniczony zostało wszczęte przez Zamawiającego Goleniowskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Goleniowie, ul. Wincentego Witosa 7 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych za numerem 234647 w dniu 25 września 2008r.

W dniu 22 października 2008r. Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2008r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058) – dalej ustawa wskazując, iż w dniu 17 października 2008r. otrzymał od Banku Gospodarstwa Krajowego – Oddział w Szczecinie zawiadomienie o odmowie udzielenia promesy kredytowej na realizację przedmiotowego postępowania, co powoduje, że postępowanie przestało leżeć w interesie publicznym.

W dniu 28 października 2008r. na czynność unieważnienia postępowania wniosło protest Koło-brzeskie Przedsiębiorstwo Instalacyjne sp. z o.o. z siedzibą w Kołobrzegu, ul. Matejki 10 – zwany dalej Odwołującym, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy oraz art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy i żądając przywrócenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej oraz podpisania

umowy z wybranym oferentem. W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że postępowanie w przedmiotowej sprawie prowadzone jest już po raz trzeci i, że Zamawiający zgodnie z ustawą powinien być posiadać środki na realizację inwestycji, a kwestię promesy kredytowej powinien był wyjaśnić przed wszczęciem postępowania. Ponadto wskazał, że interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem Zamawiającego, w tym miejscu przytoczył wyrok TK z 12 marca 1997r. oraz Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 lipca 2002r. sygn. akt V Ca 960/02 i wskazał, że brak środków finansowych na realizację inwestycji nie uzasadnia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy. Oferta Odwołującego nie została odrzucona i w części 13 była najkorzystniejsza cenowo i powinna być wybrana przez Zamawiającego.

W dniu 5 listopada 2008r. Zamawiający protest oddał i w uzasadnieniu podał, że w siwz zawarł klauzule wskazujące na to, że umowa kredytowa jest integralną częścią siwz i stanowi załącznik nr 4 do umowy, a zgodnie z § 12 wzoru umowy postanowił, że „Zamawiający zastrzega sobie prawo odstąpienia od umowy w przypadku określonym w art. 635 kc oraz w przypadku nie uzyskania kredytu ze środków Krajowego Funduszu Mieszkaniowego, zgodnie z art. 395 § 1 kc i art. 145 ustawy Prawo Zamówień Publicznych – umowne prawo odstąpienia, a także prawo do stosowania wobec Wykonawcy następujących kar: (...)”

W dniu 10 listopada 2008r. Odwołujący wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i wnioski z protestu dodatkowo zarzucając naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy i wnosząc o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert, zasądzenia na rzecz Odwołującego kosztów poniesionych w związku z postępowaniem odwoławczym według spisu, który zostanie złożony na rozprawie. Rozwinął swoją argumentację o dodatkowe orzecznictwo sądów powszechnych, wskazał, że Zamawiający nie musi fizycznie posiadać środków finansowych, aby wszcząć postępowanie, ale wystarczające jest ich zabezpieczenie oraz podkreślił, iż podniesiona przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu argumentacja jest chybiona, gdyż § 12 wzoru umowy wchodzi w życie dopiero z chwilą jej podpisania i nie ma zastosowania na obecnym etapie postępowania.

Zamawiający na wezwanie Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 12 listopada 2008r. wskazał, że wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 3 797 179, 38zł. netto, co stanowi 979 386,49 euro.

Izba zaważyła, co następuje ;

Do postępowania odwoławczego mają zastosowanie przepisy Działu VI ustawy w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy – prawo Zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 171 poz. 1058), gdyż zgodnie z art. 4 ust. 2 tej ustawy do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie cyt. ustawy z dnia 4 września 2008r. tj. od dnia 24 października 2008r. oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy działu VI ustawy w brzmieniu nadanym cyt. ustawą z dnia 4 września 2008r. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł protest w dniu 28 października 2008r. Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego były roboty budowlane. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekraczała równowartości 5 150 000 euro i stanowiła równowartość 979 386,49 euro. Zatem do postępowań o wartości mniejszej niż 5 150 000 euro zastosowanie ma art. 184 ust. 1 a ustawy w znowelizowanym brzmieniu. Przepis ten w sposób enumeratywny wymienia czynności Zamawiającego od których przysługuje prawo wniesienia odwołania i są nimi :

- 1) wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;
- 2) opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenie oferty.

W powyższym katalogu nie mieści się czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Biorąc to pod uwagę, Izba zobowiązana jest odrzucić odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecin**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....