

Sygn. akt: KIO/UZP 602 /08

**WYROK**  
z dnia 1 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Dagmara Gałczewska-Romek

**Członkowie:** Marek Koleśnikow

Izabela Kuciak

**Protokolant:** Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 lipca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER Olga Koza, Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza, CETUS - Energetyka Gazowa Sp. z o.o. ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A. ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** protestu z dnia **30 maja 2008 r.**

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

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie**

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER Olga Koza, Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza, CETUS - Energetyka Gazowa Sp. z o.o. ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów**

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 **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER Olga Koza, Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza, CETUS - Energetyka Gazowa Sp. z o.o. ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER Olga Koza, Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza, CETUS - Energetyka Gazowa Sp. z o.o. ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów** na rzecz **Katowicki Holding Węglowy S.A. ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (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 zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER Olga Koza, Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza, CETUS - Energetyka Gazowa Sp. z o.o. ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów.**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Katowicki Holding Węglowy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa strzemion i łączników kątowych w okresie od dnia zawarcia umowy do dnia 31 grudnia 2008 roku.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą”.

Ogłoszenie o niniejszym postępowaniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 grudnia 2007 roku pod nr 2007/S 246-300416.

Odwołujący – Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Monter” Olga Koza, Zakład Metalowy KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza oraz CETUS - Energetyka Gazowa, którego Liderem jest Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Monter” Olga Koza, wniósł w dniu 2 czerwca 2008 roku protest na czynność Zamawiającego, o której został poinformowany w dniu 29 maja 2008 roku polegającą na unieważnieniu postępowania w zakresie części IV, VIII, IX przedmiotu zamówienia w oparciu o przesłankę określoną w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał, że zgodnie z brzmieniem art. 86 ust. 3 bezpośrednio przed otwarciem ofert, Zamawiający odczytał kwotę jaką, zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia określając ją na kwotę netto: 16.699.165,76 zł. oraz brutto 20.372.982,23 zł. Odwołujący wskazał, że w trakcie trwania procedury Zamawiający nie określił kwot, jakie przeznaczył na poszczególne zadania, dodał także że taka informacja nie została zamieszczona również w treści protokołu postępowania.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonał już w dniu 14 marca 2008 roku wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach IV, VIII oraz IX i mimo to, że w zadaniu VIII i IX wybrał oferty odpowiednio o 155 134, 22 zł oraz 236 362, 01 zł droższe nie unieważnił postępowania, bowiem uznał, że posiada wystarczającą ilość środków finansowych na realizację zamówienia publicznego. Zatem w ocenie Odwołującego już w dniu 14 marca Zamawiający musiał przed ogłoszeniem tej czynności zwiększyć kwotę, jaką może przeznaczyć na zawarcie umów we wskazanych częściach zamówienia z kwoty 20.372.982,23 zł. do kwoty 23 833 090,64 zł przez co powiększył swój budżet o 3 460 108,41 zł. Odwołujący wskazał, że dopiero po skutecznym unieważnieniu przez Odwołującego wyboru oferty

najkorzystniejszej dla zadań IV, VIII oraz IX i wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, Zamawiający stwierdził, że nie posiada środków na realizację zamówienia, wskazując jednocześnie kwoty jakie zmierza przeznaczyć na realizację poszczególnych zadań.

Odwołujący wywodzi, że skoro Zamawiający w dniu 14 marca 2008 roku posiadał środki finansowe na zawarcie umów na łączną kwotę 23 833 090,64 zł a wartość zadań I, II, III, V, VI, VII na które zawarł już umowy wynosi 12 881 171,30 zł, zatem z prostego wyliczenia wynika, że na sfinansowanie zamówienia w zadaniach IV, VIII oraz IX Zamawiający pozostawił kwotę 10 951 919,26, a zatem kwotę niższą niż kwota oferty Odwołującego w rozpatrywanych zadaniach.

Odwołujący podniósł również, że brak podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy wynika także z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie Zamawiający jednoznacznie określił, że podstawą rozliczenia pomiędzy wykonawcą a zamawiającym będą ceny jednostkowe, które są cenami stałymi a zamawiający zamierza realizować niniejsze zamówienie sukcesywnie w określonym przedziale czasu w ramach harmonogramu dostaw oraz zastrzega sobie możliwość niepełnej realizacji przedmiotu umowy. Z powyższego w ocenie Odwołującego wynika, że cena oferty wskazana w formularzu oferty służy jedynie porównaniu, zaś Zamawiający będzie rozliczał się za pomocą cen jednostkowych. Ponadto umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia miała zostać zawarta na okres do 31 grudnia 2008 roku, co oznacza że Zamawiający nie będzie realizował dostaw w pełnej wysokości, określonej w specyfikacji.

Zamawiający pismem z dnia 12 czerwca 2008 roku protest oddalił i wskazał, że w części szczegółowej protokołu postępowania znajdują się informacje o kwotach jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia odrębnie dla każdej części Zamawiający podał, że kwoty jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynoszą odpowiednio: w części IV - 6 782 622,08 zł , w części VIII - 656 199,94 zł, w części IX - 2 090 555,89 zł, zaś cena zaoferowana przez Odwołującego w poszczególnych częściach wynoszą dla części IV - 7 464 565,12 zł, dla części VIII - 772 104,82 zł, dla części IX - 2 376 832,85 zł.

Zamawiający w istocie przyznał, że w dniu 14 marca 2008 roku dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w rozpatrywanych częściach zamówienia za cenę wyższą niż cena zaproponowana przez Odwołującego, jednakże obecnie w wyniku weryfikacji swoich możliwości finansowych nie może zwiększyć środków na realizację zamówienia.

Biorąc pod uwagę fakt, że pierwotnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający dokonał w dniu 13 marca 2008 r., obecnie znalazł się w sytuacji, w której

musiał zweryfikować swoje plany finansowe przekraczające zamiar określony podczas otwarcia ofert i może przeznaczyć na finansowanie zamówienia kwoty, które podał na otwarciu ofert. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że nawet gdyby Zamawiający nie był zobowiązany do powtórzenia czynności oceny ofert, postępowanie o udzielenie zamówienia w częściach IV, VIII i IX zostałoby unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący w dniu 17 czerwca 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucając naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4, art. 86 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy i wniósł o:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie części IV, VIII i IX,
2. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie wskazanych części,
3. zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie,

Jednocześnie Odwołujący przekazał kopię odwołania tego samego dnia Zamawiającemu.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący jako podmiot, który złożył najkorzystniejszą i nie podlegającą odrzuceniu ofertę w niniejszym postępowaniu posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniający go do złożenia odwołania.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń:

Zamawiający łącznie zamierzał przeznaczyć na finansowanie wszystkich części zamówienia kwotę w wysokości 20 372 982,23 zł brutto i tę kwotę podał do publicznej wiadomości bezpośrednio przed otwarciem ofert, co jest okolicznością bezsporną między stronami. Jak wynika również ze zgodnych oświadczeń stron złożonych w trakcie rozprawy, kwoty

odnoszące się do każdej z części zamówienia nie zostały odczytane bezpośrednio przed otwarciem ofert.

Skład orzekający Izby uznaje, że z uwagi na dopuszczenie przez Zamawiającego możliwości składania ofert częściowych oraz okoliczność, że każda z części jest odrębnie rozpatrywana i oceniana, Zamawiający winien podać kwoty, jakie przeznaczył na finansowanie zamówienia odrębnie dla każdej z części. Informacja o wartościach przeznaczonych na realizację poszczególnych zadań została natomiast ujęta w treści protokołów szczegółowych, znajdujących się w aktach sprawy, gdzie wskazano odpowiednio:

dla części IV – 6 728 622,08 zł,

dla części VIII - 656 199,94 zł,

dla części IX – 2 090 555,89 zł

W odniesieniu do zamówień, objętych częściami I, II, III, V, VI, VII Zamawiający zawarł już umowy o zamówienie publiczne, których łączna wartość wyniosła 12 881 171,30 zł.

Skład orzekający Izby ustalił również, że ceny, jakie zaproponował Odwołujący w swojej ofercie w rozpatrywanych częściach zamówienia wynoszą odpowiednio:

dla części IV - 7 464 565,12 zł,

dla części VIII - 772 104, 82 zł,

dla części IX - 2 376 832, 85 zł.

Z tak poczynionych ustaleń bezsprzecznie wynika, że kwoty jakie zaoferował Odwołujący w odniesieniu odpowiednio do każdej z części zamówienia przekraczają kwoty, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie poszczególnych zadań oraz że łączna wartość tych kwot przekracza łączną wartość przeznaczoną na realizację zadań IV, VIII, IX.

Zatem w ocenie składu orzekającego zachodzi podstawa prawna wynikająca z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy obligująca do unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne w częściach IV, VIII oraz IX.

Odmienne brzmienie sformułowań określonych w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy „Zamawiający może przeznaczyć” i art. 86 ust. 3 ustawy „Zamawiający zamierza przeznaczyć” istotnie stwarza możliwość do dokonania zmian finansowych w okresie pomiędzy datą otwarcia ofert a datą rozstrzygnięcia postępowania o zamówienie publiczne i uprawnia Zamawiającego do ewentualnego zwiększenia środków, które pierwotnie przeznaczył na realizację zamówienia, jednak zawsze w granicach możliwości finansowych Zamawiającego i w wysokościach ustalonych w planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych, zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy o finansach publicznych z dnia 30 czerwca 2005 roku ( Dz. U. z dnia 20 grudnia 2005 roku)

Ujawnienie kwoty przeznaczonej na finansowanie zamówienia, zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy zapobiega bezzasadnemu unieważnianiu postępowań o udzielenie zamówień. Należy jednak pamiętać, że Zamawiający składając oświadczenie w sprawie kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia zobowiązuje się przyjąć ofertę najkorzystniejszą, jednak pod warunkiem że zaoferowana cena nie przekroczy podanej przez niego wysokości środków. Zamawiający ma więc obowiązek zagwarantować w planie finansowym środki, jakie podał bezpośrednio przed otwarciem ofert, a ewentualne zwiększenie kwoty podanej przez Zamawiającego jest wyłącznie jego samodzielną, wewnętrzną decyzją, na którą Wykonawcy nie mają żadnego wpływu. Zamawiający jest zobligowany do unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy po analizie swoich możliwości finansowych dojdzie do wniosku, że nie jest możliwe zwiększenie pierwotnie przeznaczonej kwoty lub jest to niecelowe.

Podjętą decyzję o unieważnieniu postępowania Zamawiający winien wziąć pod uwagę okoliczność, że celem każdego postępowania o zamówienie publiczne jest wybór najkorzystniejszej oferty i zawarcie umowy, zgodnie z przepisami prawa z zachowaniem reguły wydatkowania środków publicznych w sposób oszczędny, celowy.

W ocenie składu orzekającego, w zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający wykazał w trakcie rozprawy, że nie posiada kwot większych niż zamierzał przeznaczyć na realizację poszczególnych zamówień.

Okoliczność, że Zamawiający dokonał w pierwszej połowie marca bieżącego roku wyboru oferty najkorzystniejszej, która oferowała cenę wyższą niż cena zaproponowana przez Odwołującego i zadeklarował chęć zawarcia umowy za cenę przekraczającą kwoty przeznaczone na realizację poszczególnych zamówień nie może świadczyć, w ocenie składu orzekającego o tym, że Zamawiający na obecnym etapie dysponuje nadal kwotą większą niż kwota przeznaczona na realizację zamówienia i zamieszczona w protokole postępowania sporządzonym dla każdej z części zamówienia odrębnie. Skład orzekający uznał, że Zamawiający wykazał (oświadczenie Zamawiającego oraz wyjaśnienie pełnomocnika złożone do protokołu w trakcie rozprawy), że w wyniku przedłużającej się procedury przetargowej musiał wydatkować pierwotnie zwiększone w dniu 14 marca 2008 roku środki i przeznaczyć je na inne nieprzewidziane cele związane z pokryciem tąpnięć, jakie miały miejsce w kopalniach KHW KWK S.A. „Wujek”, „Staszic”. Zatem sytuacja finansowa Zamawiającego i jego możliwości w zakresie zaciągania zobowiązań o wartości wyższej niż wartość zadeklarowana bezpośrednio przed otwarciem ofert i przeznaczona na każdą z części zamówienia uległa istotnej zmianie na skutek okoliczności nieprzewidzianych i niezależnych od niego, co wykazał w trakcie rozprawy, a strona Odwołująca nie przedstawiła dowodu przeciwnego.

Skład orzekający ustalił również, że Zamawiający wskazał w załączniku nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia precyzyjne ilości strzemion, będących przedmiotem zamówienia w zadaniach IV, VIII i IX z jednoczesnym zastrzeżeniem, że przedmiot zamówienia będzie realizowany sukcesywnie od dnia zawarcia umowy do dnia 31.12.2008 roku. W załącznikach nr 1 do oferty p.n. formularz cenowy części zamówienia sporządzanego do każdej z części zamówienia odrębnie Zamawiający wymagał wskazania cen jednostkowych poszczególnych strzemion przy uwzględnieniu podanych ilości. Zgodnie z pkt III.5 istotnych postanowień umowy Zamawiający zastrzegł możliwość niepełnej realizacji przedmiotu umowy.

Analiza treści powyższych postanowień skłania do stwierdzenia, że nie można zgodzić się z kolejnym argumentem Odwołującego, że z uwagi na możliwość realizacji niepełnego zakresu zamówienia dopuszczalne jest zawarcie umowy obejmującej ilość mniejszą niż przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skład orzekający zwraca uwagę na generalną regułę, wynikającą z art. 140 ust. 1 ustawy dotyczącą zakazu zmiany zakresu świadczenia wynikającego z umowy w stosunku do zobowiązania zawartego w ofercie. Zgodnie z powyższym zakres świadczenia objęty umową co do ilości musi być zgodny ze zobowiązaniem określonym w ofercie wykonawcy. Przywołane przez Odwołującego postanowienie pkt III.5 istotnych postanowień umowy odnosi się do innego etapu tj. do realizacji zamówienia publicznego i daje Zamawiającemu prawo do ograniczenia zakresu objętego umową. Jednak pozostaje ono bez wpływu na konieczność zapewnienia tożsamości zobowiązania umownego z zakresem objętym umową.

Ponadto z argumentem Odwołującego nie można się zgodzić również z innego powodu, bowiem w sytuacji gdyby przyjąć, że Zamawiający jest uprawniony do ograniczenia ilości przedmiotu zamówienia w stosunku do ilości zaoferowanej przez Wykonawcę należałoby wówczas zasadniczo wykluczyć sytuację, w której kwota oferty przekraczałaby kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia. Przy takiej interpretacji przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy nie znajdowałby w ogóle zastosowania. Mogłoby to prowadzić także do zawierania umów na niekorzystnych ekonomicznie dla Zamawiającego warunkach i sytuacji, że Zamawiający musiałby dokonywać zamówień do wartości kwot przeznaczonych na realizację przy jednoczesnym znacznym zmniejszeniu ilości przedmiotu, objętego umową.

Na marginesie skład orzekający zwraca uwagę na postępowanie Zamawiającego, przyznane przez niego w trakcie rozprawy i polegające na dokonywaniu zakupów, objętych przedmiotem zamówienia po cenach wyższych niż ceny zaoferowane przez Odwołującego. W ocenie składu orzekającego Izby takie postępowanie jest sprzeczne z zasadą wyrażoną w art. 35 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, która obliuguje Zamawiającego do wydatkowania środków w sposób oszczędny, celowy, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.



Okoliczność ta, jakkolwiek naganna pozostaje jednak bez wpływu na orzeczenie wydane w rozpatrywanej sprawie, bowiem w odniesieniu do zadań IV, VIII i IX przesłanka art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy znajduje zastosowanie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 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 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz.1655) 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:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*