

Sygn. akt KIO/UZP 194/08

POSTANOWIENIE
z dnia 18.03.2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Luiza Łamejko
Ewa Marcjoniak

Protokolant: Dorota Nowicka

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 18 marca 2008 roku w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo „CarboMasz” Sp. z o.o., 40-036 Katowice, ul. Ligonia 30/1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18** protestu z dnia 15 lutego 2008 roku

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo „CarboMasz” Sp. z o.o., 40-036 Katowice, ul. Ligonia 30/1** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo „CarboMasz” Sp. z o.o., 40-036 Katowice, ul. Ligonia 30/1**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo „CarboMasz” Sp. z o.o., 40-036 Katowice, ul. Ligonia 30/1.**

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

Zamawiający – Katowicki Holding Węglowy S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę „*Siatek okładzinowych zgrzewanych*”, w trybie przetargu nieograniczonego za numerem ZP/EZ/6/2008.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 20 października 2007 r. za numerem: 2007 / S 203 – 247168.

Zamawiający, pismem znak: DE/DEP/KP/6/Ko/991/2008 z dnia 12 lutego 2008 roku poinformował Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone.

Dnia 15 lutego 2008 roku Wykonawca – Przedsiębiorstwo „CARBOMASZ” Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach wniosło protest - w odniesieniu do części zamówienia Nr 5, zarzucając Zamawiającemu prowadzenie procedury udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, poprzez naruszenie przepisów:

1. **Art. 7 ust. 1** – *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”;*
2. **Art. 89 ust. 1 pkt 2** – *„Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.*

Protestujący żąda uwzględnienia protestu i zmiany decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do części zamówienia Nr 5, poprzez przeprowadzenie postępowania zgodnie z przepisami i zasadami ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenie oferty Konsorcjum ze względu na nie uwzględnienie w jej treści wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Protestujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych przez:

- 1) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez to, że Zamawiający potraktował w sposób uprzywilejowany

ofercie Wykonawcy – Konsorcjum firm: DUMAT z Mysłowic, DREMEX z Rudy Małej, POLMET ze Starogardu Gdańskiego, SIWEK z Biestrzykowa (Konsorcjum DUMAT). Uprzywilejowanie to polegało na korzystniejszym traktowaniu oferty jednego z Wykonawców i nie zauważeniu uchybień jego oferty. Skutkiem tego było zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum DUMAT, mimo, że treść oferty tego Wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym Zamawiający dopuścił się nierównego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie i naruszył zasady zachowania uczciwej konkurencji.

- 2) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez to, że oferta Konsorcjum DUMAT nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż brak jest w niej wyników badań na siatkę okładzinową zgrzewaną łańcuchowo-węzłową dwuzaczepową lekką o oczkach 100x100 – część zamówienia Nr 5 – Lp. 2, wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozdział II pkt 2.3.c, str. 30. O stwierdzonym uchybieniu świadczy sprawozdanie Głównego Instytutu Górniczo-Hutniczego Nr 07-349 (strona oferty 172), w którym określone zostały jakie próbki siatek zostały dostarczone do badania. W dostarczonych do badania próbkach siatek, nie było siatki lekkiej z prętami podłużnymi o średnicy 7 mm i oczku 100x100, które są przedmiotem części zamówienia Nr 5 – Lp. 2. W związku z powyższym – zdaniem Protestującego – GIG nie mógł wykonać badań siatki lekkiej z prętami podłużnymi o średnicy 7 mm i oczku 100x100 mm ponieważ nie była dostarczona do badań. Przedłożony w ofercie certyfikat Nr KOMAG/07/B/287 uprawniający do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa przywołuje w swoim załączniku do certyfikatu (strona oferty 167), pkt (A3) a) „dokumenty opisowe” w oparciu o które wydano certyfikat. Jednym z tych dokumentów jest sprawozdanie GIG Nr 07-349, w którym nie była badana siatka lekka o oczkach 100x100. Certyfikat Nr KOMAG/07/B/287 obejmujący siatkę lekką o oczkach 100x100 bez wykonania wymaganych badań, nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla części zamówienia Nr

5. Powyższe uwagi nie uprawniają do zastosowania siatki lekkiej o oczkach 100x100 w wyrobiskach górniczych, ponieważ wyniki badań dokonania oceny zgodności wyrobu (w rozumieniu ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 roku o systemie oceny zgodności Dz. U. Nr 204 poz. 2087 z 2004r. z późn. zm.) nie potwierdzają, że dany wyrób spełnia wymagania dokumentacji, odpowiednich norm lub innych przepisów oraz zapewnia bezpieczeństwo powszechne i ochronę środowiska.

Pismem z dnia 21 lutego 2008 roku Konsorcjum DUMAT przystąpiło do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Zamawiający pismem znak: DE/DEP/6/Ko/1291/2008 z dnia 25 lutego 2008 roku zwrócił się do Centrum Mechanizacji Górnictwa KOMAG Zakład Badań Atestacyjnych Jednostka Certyfikująca (CMG) z prośbą o zajęcie stanowiska w sprawie objęcia certyfikatem siatek lekkich o oczku 100x100, które nie były objęte badaniem.

W odpowiedzi, pismem znak: DBA/JK/408/2008 z dnia 27 lutego 2008 roku CMG potwierdził, że w wyniku przeprowadzonego przeglądu występują niezgodności opisane w piśmie Zamawiającego. W związku z powyższym CMG uruchomił działania polegające na:

- 1) cofnięciu (czasowemu zawieszeniu) certyfikatu KOMAG/07/B/287;
- 2) wewnętrznych działaniach korygujących 2/2008 mających na celu wyjaśnienie przyczyn niewłaściwego przeprowadzenia procesu certyfikacji.

Pismem znak: DE/DEP/6/Acz/1374/2008 z dnia 27 lutego 2008 roku Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego uwzględnienie.

Pismem znak: DE/DEP/6/Acz/1420/2008 z dnia 29 lutego 2008 roku Zamawiający poinformował, iż rozstrzygnięcie protestu przekazane pismem jw. zostaje anulowane. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że *„w kontekście przedmiotowego protestu nie będzie dokonywał żadnych czynności, a co za tym idzie, dzień 19 lutego 2008 roku należy uznać za datę, od której należy liczyć terminy wynikające z procedury protestacyjnej i odwoławczej”*.

W związku z powyższym, dnia 5 marca 2008 r. Protestujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wnosząc o uwzględnienie odwołania, podtrzymując zarzuty i żądania jak w proteście.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający pismem z dnia 27 lutego 2008 roku poinformował Odwołującego o swojej decyzji dotyczącej wniesionego protestu, tj. o tym iż protest został uwzględniony. Działanie Zamawiającego zgodne było z przepisem art. 183 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie uwzględniając protest, zgodnie z ust. 5 wyżej cytowanego artykułu Zamawiający poinformował Odwołującego o tym, iż dokona ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty dla części V ww. postępowania. Czynność tą winien wykonać niezwłocznie (art. 183 ust. 5 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Uwzględnienie protestu oznacza uznanie przez Zamawiającego merytorycznej zasadności protestu, zarówno zarzutów jak i żądania. Skutkiem prawnym uwzględnienia protestu jest powtórzenie przez Zamawiającego oprotestowanej czynności lub dokonanie czynności bezprawnie zaniechanej. Zamawiający ma obowiązek poinformować wszystkich Wykonawców o powtórzeniu lub dokonaniu czynności.

Jednakże Zamawiający pismem z dnia 29 lutego 2008 roku poinformował Odwołującego o tym, iż rozstrzygnięcie protestu z dnia 27 lutego 2008 roku zostaje anulowane.

Takie działanie Zamawiającego zdaniem Izby jest bezprawne.

Żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie dopuszcza możliwości anulowania czynności dokonanej przez Zamawiającego, w tym przypadku wcześniej rozstrzygniętego protestu. Ustawa Prawo zamówień publicznych jednoznacznie wskazuje sposób i tryb postępowania w przypadku wniesienia protestu. Czynność rozstrzygnięcia protestu nie można, zdaniem Izby, zmienić żadną kolejną czynnością Zamawiającego. Skoro Zamawiający w swoim piśmie uwzględniającym protest, uzasadnia

swoją decyzję, iż po przeanalizowaniu dokumentów postępowania oraz złożonych ofert, jak również po przeprowadzeniu czynności wyjaśniających zachodzą przesłanki do uznania protestu za zasadny, to nie może kolejnym pismem anulować swojej decyzji informując jednocześnie iż w kontekście przedmiotowego protestu nie będzie dokonywał żadnych czynności. Obowiązujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie dopuszczają takiej możliwości wobec czego pismo Zamawiającego z dnia 29 lutego 2008 roku znak: DE/DEP/6/Acz/1425/2008 treścią swoją anulujące rozstrzygnięcie protestu uznać należy za bezprawne działanie Zamawiającego. Nie może ono odnosić żadnych skutków prawnych wobec Odwołującego. Izba stoi na stanowisku, że ostateczną decyzją Zamawiającego, prawnie wiążącą jest decyzja z dnia 27 lutego 2008 roku znak: DE/DEP/6/Acz/1347/2008 o uwzględnieniu protestu Przedsiębiorstwa „CarboMasz” Sp. z o.o. i tylko ta czynność wywołuje skutki prawne wobec Odwołującego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej odrzucając odwołanie na podstawie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uznał, że podmiot wnoszący odwołanie jest nieuprawniony do dokonania tej czynności, ponieważ nie posiada interesu prawnego w uwzględnieniu odwołania. Odwołanie nie może być wniesione na pozytywne, zgodne z żądaniem rozstrzygnięcie wniesionego protestu. Zamawiający zobowiązał się do powtórzenia oprotestowanej czynności, czyli wypełnił żądania protestu. Takie rozstrzygnięcie nie daje podstaw prawnych do wniesienia odwołania, a wobec tego trudno jest wskazać interes prawny Odwołującego we wniesieniu odwołania.

Odwołujący uzyskując informację od Zamawiającego o anulowaniu rozstrzygnięcia protestu winien oprotestować tą czynność Zamawiającego jako niezgodną z obowiązującymi przepisami, naruszającą zasadę przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zapewniającą zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Swoim postępowaniem Zamawiający zasadę powyższą naruszył.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy - Prawo zamówień Publicznych oraz na podstawie Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej nie uwzględnił kosztów pomocy prawnej w wysokości wynikającej z faktury proforma Nr 03/2008, gdyż zgodnie z ustaloną linią orzecniczą sądów powszechnych jak i Sądu Najwyższego, do kosztów postępowania zalicza się uzasadnione koszty uczestnika postępowania odwoławczego (§ 4 ust. 1 pkt 2 wyżej cytowanego rozporządzenia). W przedmiotowym postępowaniu nie doszło do otwarcia rozprawy – Zamawiający nie bronił swoich argumentów na rozprawie, jak i nie wystosował żadnego pisma procesowego, co uzasadnia nieuwzględnienie kosztów wynikających z ww. faktury.

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 niniejsze 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*