Sygn. akt: KIO 964/12

WYROK
z dnia 24 maja 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2012 roku przez wykonawcę **Matix Spółka z o.o. z siedzibą w Częstochowie,** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Matix Spółka z o.o. z siedzibą w Częstochowie** i

a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę, tytułem wpisu od odwołania;

b) zasądza od Odwołującego wykonawcy **Matix Spółka z o.o. z siedzibą w Częstochowie** kwotę **3 617 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) na rzecz Zamawiającego **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju,** stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach.**

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 964/12

UZASADNIENIE

W dniu 11 maja 2012 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zmianami), (zwanej dalej „ustawą Pzp") odwołanie złożył wykonawca **Matix Spółka z o.o. z siedzibą w Częstochowie.**

Odwołanie wniesiono w związku z czynnością Zamawiającego datowaną na 2 maja 2012 roku polegającą na unieważnieniu postępowania w zakresie zadania 3.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy w związku art.93 ust. 1 pkt 4 i ust. 2 ustawy Pzp przez złamanie zasady równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu na skutek unieważnienia postępowania w zakresie części 3, a tym samym naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego będącej ofertą najkorzystniejszą w zakresie części 3.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie realizacji zadania pod nazwą: „dostawa dla kopalń JSW S.A. odciągów i zawiesi trasy kolejki podwieszanej w łącznej ilości 52 111 szt. z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy. Zgodnie z pkt 4.3. SIWZ zamówienie podzielone zostało na pięć części. W trakcie otwarcia ofert Zamawiający podał kwoty brutto, jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie poszczególnych części zamówienia, to jest: w zakresie zadania 1: 737.526,45 zł; w zakresie zadania 2: 730.964,40 zł; w zakresie zadania 3: 2.139.412,80 zł; w zakresie zadania 4: 1.673.095,20 zł; w zakresie zadania 5: 1.052.880,00 zł. Łączna kwota, jaką Zamawiający zamierzał więc pierwotnie przeznaczyć na sfinansowanie prowadzonego postępowania to 6.333.878,85 zł.

Pismem z dnia 22 marca 2012 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie poszczególnych zadań, to jest: w zakresie zadania

1: Zakłady Produkcyjno-Handlowej STALPOL Sp. z o.o. z kwotą 996.545,20 zł; w zakresie zadania 2: Zakłady Produkcyjno-Handlowej STALPOL Sp. z o.o. z kwotą 824.007,75 zł; w zakresie zadania 3: Müller & Borggräfe Polska Sp. z o.o. z kwotą 1.899.874,97 zł; w zakresie zadania 4: Zakłady Produkcyjno-Handlowej STALPOL Sp. z o.o. z kwotą 2.309.497,20 zł; w zakresie zadania 5: TRANSL v.o.s. z kwotą 1.298.880,00 zł. Łączna kwota, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie prowadzonego postępowania uległa więc zmianie od pierwotnie zakładanej, gdyż wyniosła 7.328.805,12 zł.

W zakresie zadania 3 Odwołujący złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W dniu 13 kwietnia 2012 r., zapadł wyrok o sygn. akt KIO 626/12, na mocy którego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu

---

unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 3 zamówienia, unieważnienie czynności aukcji elektronicznej w części 3 zamówienia przeprowadzonej w dniu 8 marca 2012r: oraz powtórzenie badania i oceny ofert. Izba uznała, że przedmiotowa aukcja nie powinna mieć miejsca wobec zaistnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy wybranego oraz odrzucenia jego oferty. Gdyby bowiem Zamawiający to uczynił pozostawałyby tylko dwie oferty niepodlegające odrzuceniu, co wyklucza możliwość przeprowadzenia aukcji elektronicznej zgodnie z art. 91 a ust. 1 ustawy. Dodatkowo Izba podkreśliła również, że Zamawiający był bierny co do argumentacji przedstawionej przez Odwołującego w odwołaniu, jak i na rozprawie, jak również nie przedstawił dokumentu z przebiegu aukcji i składanych w jej toku postąpień.

W dniu 2 maja 2012 roku Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu z postępowania w zakresie zadania 3 Müller & Borggräfe Polska Sp. z o.o. Poinformował ponadto o unieważnieniu postępowania w tej części, podając jako podstawę prawną art. 93 ust. 1 pkt 4 i art. 93 ust. 2 ustawy stwierdzając, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Składając odwołanie Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców biorących w nim udział. Powołany przepis prawa zobowiązuje Zamawiającego do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający nie tylko zachowanie uczciwej konkurencji, ale i równe traktowanie wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji (Małgorzata Stachowiak, system informacji prawnej LEX, komentarz do art. 7 ustawy). Zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części. Natomiast stosownie do art.93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający jest zobowiązany unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. W ust. 2 powołanego przepisu zaznaczono, że jeżeli Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepisy ust. 1 stosuje się odpowiednio.

Nie ulega wątpliwości, że cena oferty złożonej przez MATIX Sp. z o.o. opiewająca na kwotę 2.349.533,70 zł jest wyższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na daną część zamówienia, czyli 2.139.412,80 zł. Kluczowe jednak dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest to, że w zakresie każdej z pozostałych części zamówienia Zamawiający zdecydował się na zwiększenie, i to istotne, pierwotnie zakładanej kwoty i zadecydował o wyborze ofert pomimo,

---

że opiewały na wyższą cenę niż zakładał, że będzie dysponował. Nie uczynił tego jedynie w przypadku oferty Odwołującego, do której oceny został zobowiązany ponownie po ogłoszeniu wyroku KIO.

Odwołujący nie zaprzecza, że co do zasady to w gestii Zamawiającego pozostają decyzje finansowe w zakresie ewentualnego zwiększenia kwoty na realizację zamówienia. Jednakże swoboda ta nie jest nieograniczona w sytuacji, gdy decyzje Zamawiającego skutkują nierównym traktowaniem wykonawców biorących udział w danym postępowaniu. Fakt, że zamówienie podzielone zostało na części nie oznacza, że nie prowadzono jednego postępowania oraz nie oznacza, że zmienia się wartość przedmiotu zamówienia, którą stanowi przecież suma poszczególnych części, zgodnie z powołanych wcześniej art. 32 ust. 4 ustawy.

Końcowo podkreślenia wymaga, że Zamawiający zdecydował się na akceptacje oferowanych kwot na poszczególne części pomimo tego, że przekraczały one znaczenie zakładany przez Zamawiającego budżet (w zadaniu nr 4 kwota zaoferowana była wyższa o 636.402,00 zł), co z kolei stanowi dowód tego, że Zamawiający nieprawidłowo oszacował wartość przedmiotu zamówienia. Przedstawione okoliczności prowadzą do wniosku, że gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził postępowanie w zakresie części 3, to jest odrzucił ofertę Müller & Borggräfe Polska Sp. z o.o., co skutkowałoby brakiem aukcji elektronicznej, oferta Odwołującego zostałaby z pewnością wybrana, gdyż Zamawiający nie podjął decyzji o unieważnieniu postępowania w żadnej z pozostałych części. Mając powyższe na uwadze, odwołanie jest uzasadnione.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania stwierdzając naruszenie przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie części 3 zamówienia; nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części 3 zamówienia. Odwołujący wnosi o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami związanymi z udziałem w rozprawie fachowego pełnomocnika.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż zarzucane Zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzutów i naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie przesłanek unieważnienia postępowania. W przeciwnym przypadku Odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie jedynej ważnej oferty w postępowaniu w zadaniu nr 3. Odwołujący wykazał także, że nieuwzględnienie odwołania może skutkować poniesieniem przez niego szkody. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę dla kopalń JSW S.A. odciągów i zawiesi trasy kolejki podwieszanej w łącznej ilości 52 111 szt. z terminem realizacji 12 -miesięcy od daty zawarcia umowy prowadzi Zamawiający **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju.**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowych Unii Europejskiej w dniu 10 grudnia 2011 roku pod nr 2011/S 238-385347.

Szacunkowa wartość zmówienia wynosi 5 149 495,00 zł (za wszystkie części zamówienia, w tym za zadanie nr 3 – 1 739 360,00 zł), co stanowi równowartość 1 341 363,64 euro (zapisy z protokołu komisyjnego oszacowania wartości zamówienia datowanego na 8 listopada 2011 roku oraz druku ZP-PN pkt 2 – Przedmiot zamówienia). Wartość ustalono na podstawie planów potrzeb materiałowych ujętych w systemie „SZYK" z dnia 7 listopada 2011 roku podane przez kopalnie JSW S.A. na 2012 rok.

Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 6 333 878,85 zł brutto (za wszystkie części zamówienia, w tym za zadanie nr 3 – 2 139 412,80 zł) (zapisy z protokołu ZP-PN, pkt 8.7.1 Otwarcie ofert). W postępowaniu podzielonym na 5 zadań dopuszczono składanie ofert częściowych.

W wyniku wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 kwietnia 2012 roku, sygn. akt KIO 626/12, Zamawiający wykluczył pierwotnie wybranego w części 3 wykonawcę i dokonał

unieważnienia tego zadania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdza, że:

Zarzuty zawarte w odwołaniu nie zasługiwały na uwzględnienie.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym osią sporu pomiędzy stronami jest odmienna ocena, czy w realiach rozpoznawanej sprawy Zamawiający był uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Dokonując oceny przedmiotowego zarzutu, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo unieważnił postępowanie nie naruszając reguł określonych w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Art. 93 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregokolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w powołanym przepisie ustawy. Oznacza to, że działanie Zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiejkolwiek uznaniowości. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły, przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej, a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było prawidłowe, spoczywa zawsze na Zamawiającym.

Zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Natomiast według art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Powyższe regulacje gwarantują wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pewność, co do kwoty podanej przez Zamawiającego przed otwarciem ofert. Chroni to wykonawców przed arbitralnymi decyzjami Zamawiającego w trakcie oceny ofert w zakresie unieważnienia postępowania z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia. Należy przyjąć, iż kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jest przynajmniej kwotą minimalną, gwarantującą przejrzystość i jawność postępowania oraz służącą realizacji zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), znaną wykonawcom od momentu otwarcia ofert.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy trzeba podkreślić, iż cena oferty Odwołującego (2 349 533,70 zł brutto) przekracza kwotę podaną przez Zamawiającego przed otwarciem ofert (2 139 412,80 zł). Fakt ten nie był sporny między stronami. Podana na otwarciu ofert kwota wynika z protokołu ZP-PN prowadzonego w toku postępowania.

Podawana przed otwarciem ofert kwota jest pewną wartością wyrażoną liczbowo w złotówkach. Odnosić należy wartość oferty brutto do podanej przez Zamawiającego kwoty przed otwarciem ofert. Decydujące znaczenie zatem będzie mieć kwota podana

---

bezpośrednio przed otwarciem ofert i tylko do takiego aspektu należało odnieść się rozpatrując możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Czynność ustalania szacunkowej wartości zamówienia jest irrelewantna w odniesieniu do uregulowanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przesłanki unieważnienia postępowania. (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 sierpnia 2011 roku, sygn. akt KIO 1693/11).

Dostrzeżenia również wymaga zmiana brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dokonana nowelizacją ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Obecnie nie istnieje już dyferencja pojęciowa między art. 86 ust. 3 a art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, podkreślana przez orzecznictwo i sprowadzająca się do rozróżnienia sformułowań użytych w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy *„zamawiający może przeznaczyć”* i w art. 86 ust. 3 ustawy *„zamawiający zamierza przeznaczyć”* powodująca dopuszczalność zmniejszenia przez Zamawiającego przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia kwoty w okresie między datą otwarcia ofert, a datą unieważnienia postępowania. W obecnym brzmieniu ustawy ustawodawca posługuje się pojęciami tożsamymi, co potwierdza tezę, że przesłankę unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnosić należy do kwoty podanej przez

Zamawiającego przed otwarciem ofert, na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający podkreślił, że decyzja o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp podjęta została, ponieważ wykluczony został wykonawca, którego oferta z najniższą ceną w zadaniu trzecim mieściła się w jego budżecie. Niewątpliwie, Zamawiający prowadząc przedmiotowe postępowania, w innych zadaniach dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych, których cena nie mieściła się w jego pierwotnym budżecie (np. zadanie nr 4). Zachowania takiego nie należy jednak traktować jako reguły. Nie ma obowiązku zwiększania kwoty przeznaczonej na sfinansowanie konkretnego zadania, tak aby obowiązkowo dokonać wyboru w każdej części zamówienia. Możliwość zwiększenia budżetu warunkowana jest z pewnością wieloma czynnikami, a wykonawca nie ma prawnych możliwości domagać się zwiększenia budżetu, ponieważ takie zachowanie w pewnych przypadkach mogłoby narazić Zamawiającego na zarzuty niegospodarnego zarządzania środkami publicznymi. Z faktu wyboru w innych częściach zamówienia ofert, z ceną przekraczającą budżet Zamawiającego, nie sposób wnioskować o naruszeniu zasady równego traktowania. Każdy z wyborów prowadzony był w innym czasie i być może w innej sytuacji gospodarczo-finansowej Zamawiającego. Możliwe również, że skoro w pozostałych zadaniach złożono po dwie oferty i nie było możliwości przeprowadzenia aukcji elektronicznej, z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, podobna sytuacja miałaby miejsce w następnym postępowaniu. W przypadku zaś, kiedy możliwe jest przeprowadzenie aukcji, możliwe jest uzyskanie cenowo korzystniejszych warunków realizacji zamówienia.

Warto podkreślić również, że Zamawiający nie dokonywał jakichkolwiek zmian co do kwoty w zadaniu 3 więc nie można mówić o celowym działaniu na niekorzyść wykonawcy. A zatem, uznać należało, że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący nie udowodnił tezy zaprezentowanej w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, zatem że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania uwzględniając koszty strony (Zamawiającego) obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości dopuszczonej rozporządzeniem, tj. 3 600,00 zł oraz koszt opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł. Nie uwzględniono wniosku pełnomocnika Zamawiającego o zwrot kosztów dojazdu na wyznaczoną rozprawę w wysokości 756,30 zł z uwagi na nieprzedłożenie dowodu poniesienia wnioskowanego kosztu, bowiem w ocenie składu orzekającego za taki dowód nie można uznać przedłożonej faktury wystawionej przez kancelarię prawną na rzecz Zamawiającego.

Przewodniczący: