

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 kwietnia 2008 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Maria Kozubska-Maciąga (spr.)

Sędziowie: SSO Olga Gornowicz - Owczarek

SSO Dariusz Chrapoński

Protokolant: sekr.sądowy Barbara Sojka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2008 r. w Katowicach

sprawy z odwołania **Zakładów Gumowych Bytom Spółki Akcyjnej**
w Bytomiu

przeciwko **Katowickiemu Holdingowi Węglowemu Spółki Akcyjnej**
w Katowicach

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi wniesionej przez odwołującego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych
w Warszawie

z dnia 7 lutego 2008 r.

sygn. akt KIO/UZP 52/08

oddala skargę

Ma oryg-nale podpisy

ZGODNOŚĆ Z/ORY GINAŁEM

stwierdzam

SEKRETARZ

Sar ba Ja Sojka

y !*)■

i

•x•

—W

Sygn. akt XIX Ga 131/08

UZASADNIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez wykonawcę - Zakłady Gumowe Bytom S.A. w Bytomiu od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Katowicki Holding Węglowy S.A. w Katowicach protestu, wyrokiem z dnia 7 lutego 2008 r. oddaliła odwołanie, obciążając odwołującego kosztami postępowania.

KIO ustaliła, iż w dniu 13 listopada 2007 r. zamawiający - Katowicki Holding Węglowy S.A. w Katowicach ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawy taśm przenośnikowych dla Katowickiego Holdingu Węglowego w okresie od dnia zawarcia umowy do dnia 31 grudnia 2008 r. w trybie przetargu nieograniczonego”. W dniu 19 grudnia 2007 r. zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o jego unieważnieniu z tej przyczyny, że ceny najkorzystniejszych ofert przewyższały kwotę, jaką zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. ZGB S.A. złożył protest, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów 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 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie rozstrzygnął protestu, w związku z czym ZGB S.A. wniósł odwołanie do KIO. Podniósł w nim naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 32 ust. 4, art. 93 ust. 1 pkt 4, ust. 2 PZP, lecz nie podtrzymał argumentów w zakresie braku oszacowania wartości zamówienia z należytą starannością.

W ocenie KIO odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Uzasadniając swój interes prawny, odwołujący w proteście podnosił, iż w częściach zamówienia oznaczonych jako I/I, I/II, I/III złożył ofertę z najniższą ceną, a cena była jedynym kryterium w tym postępowaniu. Stąd unieważnienie postępowania zamykało odwołującemu drogę do uzyskania zamówienia. KIO uznała argumenty odwołującego w tym zakresie za przekonywujące.

Zamawiający podnosił, iż zarzuty zawarte we wniesionym przez ZGB S.A. odwołaniu nie pokrywały się z zarzutami sformułowanymi uprzednio w proteście, co powinno skutkować odrzuceniem odwołania na mocy art. 187 ust. 4 pkt 2 Pzp. KIO stwierdziła, że istotnie pewne rozbieżności miały miejsce, jednak nie dotyczyły one podstawowych zarzutów i wniosków. Zaś sam sposób argumentacji nie stanowił podstawy do odrzucenia odwołania. Nadto odwołujący wycofał się z zarzutu naruszenia art. 8, art. 32 ust. 1, art. 86

ust. 3, art. 93 ust. 3 PZP i oparł swoje twierdzenia przede wszystkim na naruszeniu art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP.

W ocenie KIO nie był uzasadniony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP, ponieważ zamawiający nie dokonał żadnych czynności naruszających zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Niezasadne było też wskazywanie na art. 7 ust. 3 PZP, gdyż zamawiający nie udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Nie znajdował też podstaw zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 4 i art. 94 ust. 2 PZP. Odwołujący podnosił, że zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia postępowania przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Z akt postępowania wynikało jednak, iż komisja przetargowa dokonała badania i oceny ofert i stwierdziła, że żadna z nich nie podlega odrzuceniu, a żaden z wykonawców - wykluczeniu. Ustaliła też, która z ofert jest najkorzystniejsza w poszczególnych częściach postępowania i wskazała, że cena zaoferowana we wskazanych ofertach przekracza ilość środków, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Komisja przetargowa skierowała tę kwestię do Zarządu Katowickiego Holdingu Węglowego S.A., który podjął uchwałę o unieważnieniu przetargu. Niezasadne było zatem zarzucanie zamawiającemu naruszenia art. 94 ust. 1 pkt 4 PZP. Rzeczywiście zamawiający nie upublicznił ustalenia, która z ofert była najkorzystniejsza, a do czego był zobowiązany w zw. z art. 8 ust. 1 PZP. Jednak okoliczność ta w ocenie KIO pozostawała bez znaczenia, gdyż uchybienie zamawiającego nie było na tyle znaczące, by prowadzić miało do nakazania zamawiającemu przeprowadzenia powtórnej oceny ofert. Ujawnienie „wyboru” zamawiającego prowadziłoby jedynie do przedłużenia postępowania. KIO uznała zatem za prawidłowe jednocześnie wskazanie, którą z ofert zamawiający uznał za najkorzystniejszą oraz unieważnienie postępowania, dokonane w tym samym piśmie.

Skargę na powyższe rozstrzygnięcie wywiódł ZGB S.A., zarzucając:

1. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP poprzez przyjęcie, iż zamawiający przed unieważnieniem postępowania przeprowadził ocenę ofert, podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazywał, iż nie dokonał on tej czynności,

2. art. 188 PZP poprzez nie przeprowadzenieawnioskowanych przez skarżącego dowodów, w szczególności dowodu z pkt 13 protokołu ZP-1, z którego bezspornie wynikało, iż zamawiający przed unieważnieniem postępowania nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

Nadto skarżący w oparciu o art. 381 kpc w zw. z art. 194 PZP wniósł o przeprowadzenie dowodu z

1. protokołu ZP-1, okazanego skarżącemu przez zamawiającego podczas przeglądania dokumentacji przetargowej przed czynnością oprotestowania unieważnienia przedmiotowego przetargu, w szczególności jego pkt 13 - na okoliczność jego treści,

2. protokołu ZP-1, okazanego skarżącemu przez zamawiającego podczas przeglądania dokumentacji przetargowej po wydaniu wyroku przez KIO, w szczególności jego pkt 13 - na okoliczność jego treści,

3. strony 49 oferty COBRA Polska Sp. z o.o. w Piekarach Śląskich - na okoliczność ustalenia, iż oferta ta nie zawierała informacji z Krajowego Rejestru Karnego, co w razie dokonania przez zamawiającego wyboru ofert powinno skutkować jej odrzuceniem,

4. stron 172-175 i 196-212 oferty Handlex Sp. z o.o. w Bytomiu - na okoliczność ustalenia, że wykonawca ten nie spełnił wymogu SIWZ (str. 7), tzn. nie złożył dokumentów potwierdzających wykonanie dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia - dostaw taśm przenośnikowych dla górnictwa,

5. pisma Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w Katowicach z dnia 5

grudnia 2007 r., L.dz. DE/DEP/KP/21/Mi/2007 - na okoliczność jego treści,

6. przesłuchanie w charakterze świadków Waldemara Tomaszewskiego, Andrzeja Hargesheimera i Piotra Rapusta na okoliczność przeglądania przez nich w siedzibie zamawiającego dokumentacji ofertowej w grudniu 2007 r. i lutym 2008 r., w szczególności okazanych im protokołów ZP-1.

Wskazując na podniesione zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania przez zamawiającego i nakazanie mu przeprowadzenia czynności wyboru ofert, jak również o zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżącego kosztów postępowania.

Zamawiający wnosił o oddalenie skargi. Podniósł też, że w sprawie nin. zamówienia ogłoszono nowe postępowanie o jego udzielenie.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Skarga podlega oddaleniu z uwagi na brak dostatecznych podstaw umożliwiających uwzględnienie żądań skarżącego.

Niekwestionowanym pozostaje, że zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art.93 ust.1 pkt.4 Prawa zamówień publicznych, a więc z uwagi na to, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, którą mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Z treści protokołu postępowania o udzielenie zamówienia (2T-1/PN) wynikało, że przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na finansowanie zamówienia i była to kwota 18.924.748 zł (netto) tj. 23.088.192,56 zł (brutto). Bezsprzecznie pozostawało też, że jedynym kryterium oceny ofert była cena.

Skarżący już w postępowaniu odwoławczym wycofał zarzut związany z nienależytym oszacowaniem wartości zamówienia przez zamawiającego (art.32 ust.1 Prawa zamówień publicznych) i zarzutu tego nie ponowił w postępowaniu skargowym.

Stąd też ocena prawidłowości czynności zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania na podstawie art.93 ust.1 pkt.4 Pzp, sprowadza się w nin. postępowaniu do ustalenia, czy zamawiający przed tą czynnością dokonał oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czy ewentualne uchybienia (zaniechania) w tym zakresie mogą skutecznie podważyć czynność unieważnienia postępowania.

Niewątpliwie rację ma skarżący, gdy wskazuje na uchybienia zamawiającego w sporządzaniu protokołu postępowania jak i zaniechanie obowiązków informacyjnych.

Przyznany bowiem przez zamawiającego zostało, że oryginał protokołu ZP-1 przedłożonego Krajowej Izbie Odwoławczej w postępowaniu odwoławczym w pkt. 13 wskazywał na wybrane oferty skarżącego w zakresie zadań w 1, 2 i 3 oraz Firmy Handlex dla zadania 4, natomiast kserokopia tegoż protokołu złożona do akt postępowania odwoławczego i udostępniona skarżącemu zapisów takich w pkt. 13 nie zawierała. Zamawiający nie upublicznił też ustalenia, która ze złożonych ofert jest najkorzystniejsza.

Zważyć jednak należy, że fakty dokonania oceny złożonych ofert pod kątem spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, zgodności ofert z treścią SIWZ oraz oceny ofert wg kryterium ceny - znalazły odbicie w dokumencie „Propozycja komisji przetargowej...” sporządzonym w oparciu o przepis art.20 ust.3 PZP.

W takiej sytuacji w ocenie Sądu Okręgowego uznać należało, iż zamawiający faktycznie dokonał oceny ofert i porównując cenę najkorzystniejszych z nich z kwotą, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia stwierdził, iż nie jest ona wystarczająca.

Zamawiający naruszył reguły jawności obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wg zasady wyartykułowanej w art.8 Pzp, a w szczególności obowiązki wynikające z treści art.92 i 96 Pzp; jednakże jak to trafnie skonstatowała Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia - uchybienia te nie mogły skutkować koniecznością nakazania zamawiającemu dokonania ponownie czynności ocennych i informacyjnych - a więc ponownego prowadzenia postępowania, bowiem i tak efekt końcowy prowadzić musiałby do unieważnienia postępowania na podstawie art.93 ust.1 pkt.4 Pzp.

Niekwestionowanym winno pozostawać, że to zamawiający dokonuje oceny, jaką kwotę może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a kontrola gospodarowania środkami finansowymi przez zamawiającego nie należy do kompetencji uczestników postępowania.

Reasumując, zarzut skarżącego dotyczący naruszenia art.93 ust.1 pkt.4 Pzp nie mógł się ostać, co skutkowało oddaleniem skargi.

Sąd Okręgowy nie dopatrywał się również naruszenia przepisu art. 188 Pzp, bowiem ani z treści odwołania ani z protokołu rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą nie wynika aby skarżący wniosek dowodowy obejmujący protokół ZP-1 złożył. Dowód taki nie był także konieczny przed Sądem Okręgowym z uwagi na przyznanie okoliczności przez zamawiającego.

Pozostałe wnioski dowodowe zgłoszone przez skarżącego w skardze - podlegały oddaleniu jako spóźnione. Powoływany przepis art.381 k.p.c. ma zastosowanie tylko do takich faktów lub dowodów których strona postępowania nie mogła wcześniej powołać, chyba że potrzeba powołania się na nie powstała później.

Wnioski o przeprowadzenie dowodów z ofert dwóch wykonawców czy pisma KHW - mogły zostać wcześniej zgłoszone, gdyż skarżący korzystał z uprawnienia do zapoznania się z dokumentacją przetargową. Dowody te zresztą dotyczą zarzutu dotychczas nie podnoszonego, a związanego z ofertami innych uczestników postępowania.

Mając zatem powyższe na uwadze skargę oddalono na podstawie art. 198 ust.2 Prawa zamówień publicznych.

Na oryginał .

Stwje;di2cij_r

SEKRETARZ

w- 7 podpisy
UGINAŁEM ZGODNOŚĆ Z