

Sygn. akt: KIO/UZP 444/08

**WYROK**  
**z dnia 21 maja 2008 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Członkowie: Agnieszka Trojanowska  
Renata Tubisz**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Węglokoks S.A., Interkraż Sp. z o.o., PPH Interkraż Krzysztof Żyła, 40-085 Katowice, ul. Mickiewicza 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18** protestu z dnia 22 kwietnia 2008 r.,

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

**orzeka:**

**1. Unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na część pierwszą zamówienia na dostawę krążników do przenośników taśmowych;**

**2. kosztami postępowania obciąża Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr. (słownie: Cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)

- z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Węglokoks S.A., Interkraż Sp. z o.o., PPH Interkraż Krzysztof Żyła, 40-085 Katowice, ul. Mickiewicza 2,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 6504 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy pięćset cztery złote) przez **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Węglokoks S.A., Interkraż Sp. z o.o., PPH Interkraż Krzysztof Żyła, 40-085 Katowice, ul. Mickiewicza 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz zastępstwa prawnego,
  - 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
  - 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Węglokoks S.A., Interkraż Sp. z o.o., PPH Interkraż Krzysztof Żyła, 40-085 Katowice, ul. Mickiewicza 2.**

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

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na dostawę krążników do przenośników taśmowych, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego część – I (Dz. Urz. UE 2007/S 217 – 264531 z dnia 10.11.2007 r.), w dniu 22 kwietnia 2008 r. został złożony protest, a następnie odwołanie przez wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie: „Interkraż” Sp. z o. o., P.P.H. „Interkraż” Krzysztof Żyła z Wolbromia oraz lidera WĘGLOKOKS S.A. z Katowic, zwani dalej Konsorcjum WĘGLOKOKS S.A..

Protest był następstwem powiadomienia w dniu 16 kwietnia 2008 r. o odrzuceniu oferty Konsorcjum WĘGLOKOKS S.A. oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez: P.W. „Tominex” Tomasz Hebda z Gliwic,

Przedsiębiorstwo Produkcji Krążników „Mifamaroll” Sp. z o.o. z Mikołowic i „Carbologistic” Sp. z o. o. z Łodzi, zwane dalej Konsorcjum P.W. „Tominex” Tomasz Hebda.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu Katowickiemu Holdingowi Węglowemu S.A. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655)

1. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy przez prowadzenie postępowania mimo, że jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy wskutek upływu terminu związania ofertą,
2. art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania Konsorcjum WĘGLOKOKOKS S.A. do uzupełnienia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 przez nieuzasadnione odrzucenie oferty Konsorcjum WĘGLOKOKOKS S.A. oraz zaniechanie odrzucenia nie odpowiadającej treści SIWZ oferty złożonej przez Konsorcjum P.W. „Tominex” Tomasz Hebda.
4. naruszenie art. 7 ust 1 ustawy wskutek prowadzenia postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający oddalił protest przez brak jego rozstrzygnięcia. W dniu 7 maja 2008 r. zostało wniesione odwołanie, z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, w którym zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskiem o unieważnienie postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania wraz z załącznikami, oferty wybranego wykonawcy, oferty Odwołującego.

Nadto rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje.

Termin składania ofert na część I zamówienia został podany w ogłoszeniu do dnia 10 grudnia 2007 r.. Termin związania ofertą wynosił zgodnie z rozdziałem I pkt 9 SIWZ 60 dni, na wniosek Zamawiającego z dnia 30 stycznia 2008 r. w trybie art. 85 ust. 2 Pzp został przedłużony o 30 dni za zgodą wykonawców. Bieg terminu związania ofertą rozpoczął się zatem 10 grudnia 2007 r. i trwał do 8 marca 2008 r.

Na wybór najkorzystniejszej oferty Konsorcjum P.W. „Tominex” Tomasz Hebda i na odrzucenie pozostałych, o których to czynnościach wykonawcy zostali powiadomieni pismem z dnia 28 lutego 2008 r. doręczonym 5 marca 2008r., w dniu 7 marca 2008 r. wpłynęły protesty Konsorcjum WĘGLOKOKS S.A. oraz P.W. „BISEL-BIS Sp. z o.o. , ostatecznie rozstrzygnięte przez upływ terminu na wniesienie odwołania, to jest w dniu 25 marca 2008 r. (zawiadomienie o rozstrzygnięciu protestu doręczone zostało w dniu 20 marca 2008 r.).

Zgodnie z art. 181 ust. 1 Pzp wniesienie protestu powoduje zawieszenie biegu terminu związania ofertą, aż do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, w niniejszej sprawie do daty upływu terminu na wniesienie odwołania, jak stanowi art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Z powyższych ustaleń wynika, że termin związania ofertą trwał do 26 marca 2008 r.

Oferta Odwołującego nadal pozostaje zabezpieczona wadium, natomiast oferta wybranego Konsorcjum była zabezpieczona wadium do dnia 7 kwietnia 2008 r. Jedyne kryterium oceny ofert stanowi cena.

Cena brutto oferty na część I zamówienia wynosi:

Odwołującego – 5.291 634,80 zł.,

Wybranego Konsorcjum – 6 821 730,68 zł..

Po raz pierwszy Zamawiający dokonał oceny ofert i wyboru oferty P.W „Tominex” Tomasz Hebda w dniu 19 lutego 2008 r.

W wyniku tej oceny pismem doręczonym 5 marca 2008 r. odrzucił ofertę Konsorcjum WĘGLOKOKS SA na część I–ą zamówienia z tej przyczyny, że zaoferowane krążniki Ø 89 jak i pozostałych średnic mają uszczelnienia dwuelementowe, a wymagane były uszczelnienia pięcioelementowe. Ponadto

Zamawiający wymagał, aby krążnik Ø 159x600 miał płaszcz o minimalnej grubości 4,5 mm, z treści oferty wynika, że grubość ta wynosi 4,00 mm.

W proteście wniesionym 7 marca 2008 r. Odwołujący - Konsorcjum WĘGLOKOKS SA nie zgodziło się z powyższą oceną i podniosło, że oferowany krążnik Ø 159x600 posiada płaszcz o grubości 4,5 mm, co wynika z rysunku ŻK5W na stronie 88 oferty, gdzie jest informacja, iż na życzenie Zamawiającego krążnik jest wykonywany z płaszczem o grubości 4,5 mm, a ponadto Odwołujący przypisał Zamawiającemu zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów oferty, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie udokumentowania pięcioelementowych uszczelnień krążników. Odwołujący zarzucił jednocześnie, że wybrane Konsorcjum nie załączyło wymaganych certyfikatów na znak bezpieczeństwa B, na część asortymentu oferowanych krążników.

W proteście złożonym 7 marca 2008 r. przez P.W. BISEL– BIS Sp. z o.o. zostało podniesione, że informacja o rozstrzygnięciu postępowania została przekazana w dniu 5 marca 2008 r., na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zatem nie ma możliwości zawarcia umowy przed upływem ustawowego terminu.

Na wezwanie z 7 marca 2008 r. Odwołujący w dniu 10 marca 2008 r. przystąpił do postępowania protestacyjnego wywołanego przez P.W. BISEL – BIS Sp. z o.o., w którym wykazywał, że jest możliwe zawarcie umowy z wybranym wykonawcą po okresie związania ofertą w trybie art. 94 ust. 1 a Pzp.

W rozstrzygnięciu z dnia 20.03.2008 r., doręczonym w tej samej dacie, Zamawiający uwzględnił protest Konsorcjum WĘGLOKOKS S.A. i powiadomił, że powtórzy czynności oceny i wyboru ofert.

Pismem z dnia 25 marca 2008 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum P.W. „Tominex” Tomasz Hebda do uzupełnienia dokumentów oferty o certyfikaty uprawniające do oznaczania określonego asortymentu krążników znakiem bezpieczeństwa B. W dniu 26 marca 2008 r. wezwany wykonawca złożył wymagane certyfikaty. Zamawiający nie wzywał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów oferty.

W dniu 16.04.2008 r. Zamawiający powiadomił Konsorcjum WĘGLOKOKS S.A. o dokonaniu ponownej oceny ofert i o wyborze oferty Konsorcjum P.W. „Tominex” Tomasz Hebda oraz o ponownym odrzuceniu oferty Odwołującego.

Oferta Odwołującego została odrzucona z tych samych przyczyn co poprzednio. Zamawiający powołał się na wymagania aby krążniki Ø 89 jak i pozostałych średnic miały uszczelnienia pięcioelementowe, a z treści oferty wynika, że krążniki Ø 89 mają uszczelnienia dwuelementowe, ponadto wskazał na żądania SIWZ, aby krążnik Ø 159x600 miał płaszcz o minimalnej grubości 4,5 mm, a z treści oferty wynika, iż grubość ta wynosi 4,0 mm.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej podzielił stanowisko Odwołującego, że Zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz art. 94 ust. 1 i art. 94 ust. 1 a Pzp.

Zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu nie jest możliwe, bowiem termin związania ofertą upłynął bezskutecznie w dniu 27 marca 2008 r.

Ponowna ocena ofert i ponowny wybór oferty Konsorcjum P.W. „Tominex” Tomasz Hebda, po dokonaniu przez niego uzupełnienia w dniu 26 marca 2008 r. wymaganych dokumentów, miały natomiast miejsce w dniu 3 kwietnia 2008 r. o czym wykonawcy zostali powiadomieni pismem z dnia 14 kwietnia 2008 r. doręczonym 16 kwietnia 2008 r.

Zamawiający wywodził, że decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty przekazał wykonawcom w dniach 5 i 6 marca 2008 r., a zatem w terminie związania ofertą, przy czym uchwała Zarządu KHW S.A. z dnia 19 lutego 2008 r. nie została w momencie uwzględnienia protestu uchylona. Wezwanie Odwołującego Konsorcjum do uzupełnienia oferty o dokumenty związane z zaoferowaniem krążników posiadających uszczelnienia pięcioelementowe sprowadzałoby się do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Zamawiający stwierdził, że utrzymał w mocy pierwotny wybór oferty Konsorcjum PW „Tominex” Tomasz Hebda z dnia 19 lutego 2008 r., a w dniu 3 kwietnia 2008 r. (data ponownej uchwały Zarządu KHW S.A.) dokonał jedynie powtórnej czynności badania i oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła stanowiska Zamawiającego. Należy stwierdzić, że każdorazowo powtórna czynność wyboru oferty poprzedza ponowna ocena ofert, gdzie poprzedni wybór oferty winien być unieważniony wprost, lub jak w niniejszym przypadku anulowany poprzez powtórzenie czynności oceny ofert, w tym oferty wybranej, która w dacie pierwotnego wyboru

nie odpowiadała treści SIWZ, zatem jej skuteczny wybór okazał się możliwy dopiero w efekcie dokonanego uzupełnienia dokumentów.

Nie do zaakceptowania jest takie działanie Zamawiającego, że po okresie związania ofertą dokonuje ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i zamierza zawrzeć umowę o realizację zamówienia. Zawarcie umowy z wykonawcą możliwe jest w dwóch sytuacjach, określonej w art. 94 ust. 1 Pzp. to jest w okresie związania ofertą, jak również w sytuacji określonej w art. 94 ust. 1a Pzp, gdy Zamawiający dokona wyboru oferty i zawiadomi wykonawców przed upływem okresu związania ofertą, a wykonawca wybrany wyrazi zgodę na zawarcie umowy na warunkach oferty.

Bezspornie wybór oferty, o którym uczestnicy zostali powiadomieni w dniu w dniu 16 kwietnia 2008 r. miał miejsce po upływie okresu związania ofertą. Stosownie do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2005 r. sygn. akt III CZP 85/05 (OSNC z 2006 r. nr 10, poz. 1615), stwierdzenie upływu okresu związania ofertą prowadzi do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, która to uchwała zachowuje swoją aktualność we wskazanym zakresie mimo dopuszczalności zawarcia umowy po upływie terminu związania ofertą – art. 94 ust. 1a Pzp.

Odwołujący nie zachowuje interesu prawnego w żądaniu unieważnienia postępowania, co podnosił Zamawiający, jednakże wykazanie uszczerbku interesu prawnego jest przesłanką materialno prawną rozpatrywaną na rozprawie. Stwierdzenie zatem upływu okresu związania ofertą przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, obliguje skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej do unieważnienia takiego postępowania z urzędu w trybie art. 191 ust.3 zd. 2 Pzp, jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, o czym stanowi art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp. Zawarcie umowy z wykonawcą wybranym po okresie związania ofertą narusza bezwzględnie obowiązujący przepis art. 94 ust. 1 Pzp, zatem powodowałoby ten skutek, iż umowa taka byłaby nieważna z mocy prawa. Zamawiający naruszył powołany art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez zaniechanie czynności unieważnienia postępowania, ponadto uchybił przepisom art. 26 ust. 3 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp przez odstąpienie od zasady równego traktowania wykonawców. Wobec uwzględnienia protestu Odwołującego z dnia 7 marca 2008 r. w całości, skoro Zamawiający wezwał Konsorcjum reprezentowane przez P.W.

„Tominex” Tomasz Hebda do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania SIWZ, to taki sam sposób postępowania winien zastosować względem Odwołującego i umożliwić w wyznaczonym terminie złożenie dokumentów potwierdzających, że oferowane przez niego dostawy krążników odpowiadają wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dopuszczenie do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest obowiązkiem Zamawiającego, do którego winien stosować się na równych zasadach względem wszystkich wykonawców uczestniczących w przetargu.

Rozstrzygnięcie protestu Odwołującego, złożonego w dniu 7 marca 2008 r. nie pozostawiało wątpliwości, że protest został uwzględniony w całości, z czym będzie się wiązała możliwość uzupełnienia dokumentów oferty. Jeżeli zamiary Zamawiającego były odmienne i uważał, że dopuszczenie uzupełniania dokumentów prowadzi do zmiany treści oferty, winien temu dać wyraz przez oddalenie protestu w tej części, aby umożliwić Odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Wobec unieważnienia postępowania na część I-ą zamówienia oraz braku możliwości zawarcia umowy o wykonanie dostawy krążników w niniejszym postępowaniu, rozpatrywanie zarzutów dotyczących cech technicznych oferowanych elementów przenośników taśmowych w ofertach poszczególnych wykonawców jest bezprzedmiotowe, a ponadto treść rozstrzygnięcia sprawy jest zgodna z żądaniem Odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust 1 i 2 pkt 3 Pzp.

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

Za uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika Izba orzekła kwotę 2440 zł, stosownie do przedłożonego rachunku, na podstawie §4 ust. 1 pkt 2 b 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. (Dz. U. nr 128, poz. 886).



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 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*