

Sygn. akt KIO/UZP 580/09

WYROK
z dnia 19 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska- Romek

Członkowie: Stanisław Sadowy
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **WAMAG S.A., ul. Prymasa S. Wyszyńskiego 1, 58-309 Wałbrzych** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia 14 kwietnia 2009 r.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, obejmującego zadanie nr 1.

2. Kosztami postępowania obciąża Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez WAMAG S.A., ul. Prymasa S. Wyszyńskiego 1, 58-309 Wałbrzych,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** na rzecz **WAMAG S.A., ul. Prymasa S. Wyszyńskiego 1, 58-309 Wałbrzych** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~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 **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **WAMAG S.A., ul. Prymasa S. Wyszyńskiego 1, 58-309 Wałbrzych.**

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

Zamawiający - Kompania Węglowa S.A. w Katowicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa części do urządzeń wyciągowych dla Oddziału Kompanii Węglowej S.A. KWK Ziemowit w 2009 roku.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 24.10.2008 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/ S 207 -274641.

Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) - *zwanej dalej ustawą pzp.*

Wykonawca – Wamag S.A., *zwany dalej Odwołującym*, wniósł w dniu 14.04.2009 roku protest na czynność Zamawiającego z dnia 9.04.2009 roku, polegającą na unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 1 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp.

Odwołujący wskazał na naruszenie:

1. art. 32 ust. 1 , art. 86 ust. 3 i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp przez uznanie, że cena najkorzystniejszej oferty dla zadania nr 1 przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz nie wyłonienie najkorzystniejszej oferty i nie zawiadomienie o jej wyborze w trybie art. 92 ustawy pzp.
2. art. 5 kc w zw. z art. 14 ustawy pzp przez zaniechanie oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty WAMAG S.A. oraz uczynienie z prawa do zastosowania przepisów art. 93 ustawy pzp użytku, który jest sprzeczny ze społeczno - gospodarczym znaczeniem tego prawa, jak również sprzeczny z zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący, wskazując na interes prawny, wyjaśnił, że z protokołu postępowania wynika, że kwotą jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zadania nr 1 wynosi 1 708.000 zł brutto i taką kwotę podał bezpośrednio przed otwarciem ofert. W otwarciu ofert uczestniczył pracownik Odwołującego. Cena oferty złożonej przez Odwołującego dla zadania nr 1 wynosi 1 629 920 zł brutto, a zatem jest mniejsza o 78 080 zł od kwoty podanej na otwarciu ofert.

Odwołujący wskazał, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, mówi, iż zamawiający unieważnia postępowania, jeśli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Cena podana przed otwarciem ofert wiąże Zamawiającego w tym zakresie, iż nie może on dowolnie wybierać oferty, która w znaczny sposób odbiega od ceny, którą podano na otwarciu ofert. Kwota ta oznacza maksimum możliwości finansowych Zamawiającego przewidzianych w planie finansowym.

W ocenie Odwołującego, nieprawdopodobnym jest aby w sytuacji, gdy przemysł górniczy boryka się z problemami finansowymi, nie dokonać wyboru oferty, która spełnia wszystkie wymagania i jest niższa niż planowana w budżecie Zamawiającego na realizację zamówienia. Zamawiający nie udowodnił, że od momentu podania kwoty zamierzonej na realizację zamówienia do momentu unieważnienia postępowania zmieniły się radykalnie możliwości finansowe Zamawiającego, w taki sposób że uniemożliwiają wybór najkorzystniejszej oferty i muszą skutkować unieważnieniem postępowania. Stanowisko Zamawiającego jest tym bardziej nieuzasadnione, że Zamawiający dokonał wyboru oferty dla zadania nr 6, mimo, że cena tej oferty przewyższała kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na to zadanie częściowe. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7.06.2002 sygn. akt. V Ca 678/02.

Czynność unieważnienia postępowania stanowi niewątpliwie nadużycie prawa w rozumieniu art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ustawy pzp., przeczy istocie postępowania i zmierza do naruszenia jego podstawowych zasad równości, bezstronności, uczciwej konkurencji.

Pismem z dnia 20.04.2009 roku, doręczonym Odwołującemu dnia 21.04, Zamawiający oddalił protest i wskazał, że bezpośrednio przed otwarciem ofert podał, że na zadanie nr 1 zamierza przeznaczyć 1 708 000 zł brutto. Z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia poziom cen szacunkowych, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy pzp, ustalony przez Zamawiającego z należytą starannością był utrudniony, ze względu na dynamiczne zmiany cen stali w 2008 roku, małą konkurencją na rynku w przedmiocie zamówienia oraz z uwagi na fakt, że zakup taki jest realizowany przez Zamawiającego stosunkowo rzadko.

Wartość szacunkowa ustalona została w oparciu o najtańszą ofertę wstępną, a Odwołujący także złożył ofertę wstępną. Wykonawcy, składając oferty uwzględnili wzrost cen czynników produkcji jaki wystąpił w pierwszej połowie 2008 roku, uwzględnili także prognozowany przez producentów stali i ekspertów wzrost cen stali na połowę 2008 roku i cały 2009 rok. W rzeczywistości zapowiadane i uwzględnione w ofertach wstępnych, wzrosty cen stali w IV kwartale 2008 i w 2009 roku nie wystąpiły, przeciwnie w okresie tym nastąpił gwałtowny spadek cen.

Wartość przyjęta w planie zakupów materiałowych w roku 2009 w zakresie zadania nr 1 wynosi 1 207 800 zł brutto.

Ponadto Zamawiający wskazał na zmiany czynników kosztotwórczych (koszty energii, robocizny i stali węglowej) i podał, że wyliczony dopuszczalny wzrost ceny kształtuje się na poziomie 6,79 %.

Wyjaśnił, że zaistniała sytuacja jest wynikiem nadzwyczajnej zmiany stosunków gospodarczych spowodowanych kryzysem finansowym jaki wystąpił w skali globalnej w IV kwartale 2008 roku. Skutkiem kryzysu jest odwrócenie tendencji cenowych na rynku surowców, w tym cen węgla i stali. Ceny tych produktów od IV kwartału 2008 roku wykazują tendencję spadkową.

Zamawiający wskazał także na spadek przychodów ze sprzedaży, który w I kwartale 2009 roku wyniósł o 7 616 tys. mniej i stwierdził, że przychody ze sprzedaży określają możliwości finansowe zakupu materiałów.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego, Odwołujący w dniu 29.04.2009 roku wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i argumentację zawartą w proteście.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i uchylenie zaskarżonej czynności unieważnienia postępowania oraz
2. przyznanie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia a także po wysłuchaniu stanowisk stron, zgłoszonych do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Na wstępie, Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki z art. 187 ust. 4 ustawy pzp, których uwzględnienie skutkowałoby koniecznością odrzucenia odwołania a Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, bowiem ewentualne uwzględnienie zarzutów w nim zawartych skutkuje unieważnieniem czynności unieważnienia postępowania, co stwarza możliwość uzyskania przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia.

Zamówienie zostało podzielone na 7 zadań, obejmujących dostawy różnych części do urządzeń wyciągowych. Przedmiotem protestu i odwołania jest zadanie nr 1, obejmujące wykonanie i dostawę 2 szt. skipów 30 T.

Zgodnie z treścią protokołu ZP- 1, ustalenia wartości szacunkowej zamówienia dokonano w dniu 13.10.2008 roku, na podstawie rozeznania cen rynkowych w kopalniach i zakładach Kompanii Węglowej S.A. W części szczegółowej protokołu dla zadania nr 1 podano, że kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie tej części zamówienia wynosi 1 708 000 zł brutto.

Do upływu terminu składania ofert, wyznaczonego na dzień 1.12.2008 roku, na zdanie nr 1 złożono dwie oferty:

1. oferta Odwołującego z ceną 1 629 000 zł brutto.
2. oferta FMG Pioma S.A. z ceną 1 903 200 zł brutto.

Bezspornym między stronami jest, że kwota oferty zaproponowana przez Odwołującego na zadanie nr 1, jest mniejsza od kwoty, jaką Zamawiający podał bezpośrednio przed otwarciem ofert, zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy pzp.

W ocenie Izby, podanie do publicznej wiadomości i ujawnienie kwoty przeznaczonej na finansowanie zamówienia ma na celu zapobieżenie bezzasadnemu i arbitralnemu unieważnianiu postępowań o udzielenie zamówienia. Zamawiający, składając oświadczenie w sprawie kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia zobowiązuje się przyjąć ofertę najkorzystniejszą pod warunkiem, że zaoferowana cena nie przekroczy podanej przez niego wysokości środków.

Użycie przez ustawodawcę odmiennych sformułowań - w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp „zamawiający może przeznaczyć” i w art. 86 ust. 3 ustawy pzp „zamawiający zamierza przeznaczyć” - stwarza możliwość dokonywania zmian finansowych w okresie między datą otwarcia ofert a datą rozstrzygnięcia postępowania o zamówienie publiczne. Przepisy ustawy

dopuszczają zatem możliwość bieżącego reagowania, również po otwarciu ofert, na zachodzące zmiany sytuacji finansowej jednostki przeprowadzającej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to tym bardziej uzasadnione, że pomiędzy otwarciem ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej może upłynąć nawet kilka miesięcy, a w rozpatrywanym przypadku okres ten wyniósł ponad 4 miesiące.

Nie ulega zatem wątpliwości, że kwota podana bezpośrednio przed otwarciem ofert może ulec zarówno zwiększeniu jak i zmniejszeniu w stosunku do pierwotnych, podanych bezpośrednio przed otwarciem ofert możliwości finansowych Zamawiającego.

Ocena czy w konkretnej sprawie zachodzi okoliczność braku środków finansowych na realizację zamówienia, wynikła na skutek pogorszenia się sytuacji finansowej, musi być traktowana jako wyjątkowa i wymaga rzetelnego uzasadnienia ze strony Zamawiającego, podejmującego decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. Zgodnie z orzecznictwem, przywoływanym także w trakcie rozprawy przez Zamawiającego, unieważnienie postępowania na skutek zmniejszenia wysokości posiadanych środków jest dopuszczalne wówczas gdy „uszczerplenie tych środków” wynika z okoliczności nieprzewidzianych i niezależnych od Zamawiającego. Podobne stanowisko wyraził Sąd Okręgowy w Siedlcach (wyrok z 30.10.2005 r. Sygn. II Ca 484/04 niepubl.).

Ciężar udowodnienia faktu braku środków finansowych na realizację zadania nr 1, zgodnie z treścią art. 6 k.c. spoczywa zatem w całości na Zamawiającym.

W ocenie Izby, Zamawiający w trakcie przeprowadzonego postępowania dowodowego, nie wykazał skutecznie, że powoływane przez niego ogólne pogorszenie się kondycji finansowej, spowodowało utratę bądź przesunięcie środków finansowych, pierwotnie przeznaczonych na realizację przedmiotowego zamówienia publicznego. Ogólne powoływanie się na pogorszenie sytuacji finansowej, spowodowanej spadkiem przychodów ze sprzedaży węgla oraz globalny kryzys gospodarczy i podjęcie z tym związanych działań antykryzysowych w jednostce Zamawiającego, bez przedstawienia żadnych dowodów, jest w ocenie Izby, niewystarczające dla wykazania usprawiedliwionych przyczyn unieważnienia postępowania.

Z dokumentów przedłożonych przez Zamawiającego w trakcie rozprawy: decyzji z dnia 21.08.2008 roku nr 330803083/2008 dotyczącej wszczęcia postępowania o zamówienie oraz decyzji z dnia 13.10.2008 roku nr 330803083/2008 dotyczącej ponownego oszacowania wartości postępowania, wynika, że:

1. wartość szacunkowa dla całości zamówienia ustalona:
 - w dniu 21.08.2008 roku we wniosku o wszczęcie postępowania, wyniosła 2 506 828 zł netto,
 - w dniu 13.10.2008 roku, w wyniku ponownego oszacowania wartości zamówienia wyniosła 2 539 828 zł netto.

2. wartość, ujęta w Planie zamówień materiałowych na rok 2009 dla całości zamówienia wynosi 2 049 448 zł (grupa materiałowa 292-9 części do urządzeń wyciągowych).

Wskazane wartości odnoszą się do całości zamówień dotyczących zakupów części do urządzeń wyciągowych i wynika z nich, że Zamawiający zabezpieczył środki finansowe na realizację tego rodzaju zamówień w wysokości 2 049 448 zł. Zamawiający nie przedstawił dokumentu, który wskazywałby na wartość aktualnie posiadanych środków finansowych na realizację zadania nr 1, obejmującego dostawę 2 szt. skipów.

Przedstawiona weryfikacja wartości szacunkowej zamówień materiałowych zaplanowanych na rok 2009, stanowiąca załącznik do decyzji z dnia 13.10.2008 roku nr 330803083/2008, odnosi się, co prawda do poszczególnych części do urządzeń materiałowych i wskazuje na cenę 1 sztuki skipa w wysokości 495 000 zł, ale dotyczy ona jedynie wartości szacunkowej zamówienia i nie może świadczyć o możliwościach finansowych Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba, uznała, że Zamawiający nie udowodnił, że w planie zakupów materiałowych środki finansowe przeznaczone na realizację zamówienia, objętego zadaniem nr 1 są niewystarczające na dokonanie zakupu za cenę zaoferowaną przez Odwołującego w ofercie złożonej w dniu 1.12.2008 roku. Twierdzenie Zamawiającego, ujęte w treści rozstrzygnięcia protestu, że „wartość przyjęta w planie zakupów materiałowych w 2009 roku dla przedmiotu zamówienia w zakresie zadania nr 1 wynosi 1 207 800 zł brutto”, pozostało zatem bez dowodu.

Powoływana przez Zamawiającego okoliczność spadku cen stali, o ile może mieć istotny wpływ na cenę urządzeń, będących przedmiotem zamówienia a zatem wartość szacunkową zamówienia o tyle, nie wpływa w żaden sposób na kondycję finansową i możliwości finansowe Zamawiającego.

Zamawiający nie może w trakcie trwania procedury o zamówienie publiczne dokonywać zmiany wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania o zamówienie publiczne. Wniosek taki wynika z dyspozycji art. 35 ust. 2 ustawy pzp, który dopuszcza ponowne oszacowanie zamówienia w sytuacji wystąpienia zmiany okoliczności, mających wpływ na dokonane ustalenie, zastrzegając jednocześnie, że zmiana wartości jest możliwa wyłącznie przed wszczęciem postępowania.

Zatem niedopuszczalnym i niezgodnym z przepisami ustawy pzp jest zmniejszenie wysokości kwoty przeznaczonej pierwotnie na finansowanie zamówienia, wynikające wyłącznie ze zmiany wartości szacunkowej zamówienia spowodowanej spadkiem cen stali.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uwzględniła zarzuty naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4, art. 86 ust. 3 i art. 32 ust. 1 ustawy pzp a także art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ustawy pzp i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie zadania nr 1.

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a oraz ust. 2 pkt 2 ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. 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 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600,00 zł.

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