

Sygn. akt: KIO 1285/11

**WYROK**  
**z dnia 30 czerwca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2011 r. przez wykonawcę

**MPK Sp. z o.o. ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka**

w postępowaniu prowadzonym przez

**EKO DOLINA Sp. z o.o. Al. Parku Krajobrazowego 99, Łężyce, 84-207 Koleczkowo**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża MPK Sp. z o.o. ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez MPK Sp. z o.o. ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – „EKO DOLINA” Sp. z o.o. z siedzibą w Łęczycach prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbiór frakcji energetycznej z sortowania odpadów” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Postępowanie to zostało przez Zamawiającego unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

17 czerwca 2011 r. Odwołujący – MPK Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1, art. 86 ust. 3, art. 93 ust. 1 pkt 4 i art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wnosząc o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący wskazał, że 3 czerwca 2011 r. roku otrzymał informację o wyborze w obu częściach oferty PPUH Czyścioch Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, która jednak odmówiła zawarcia umowy, wobec czego 8 czerwca 2011 r. Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stwierdzając, że na otwarciu ofert błędnie odczytał kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia tłumacząc się, że przy obliczaniu tej kwoty naliczył od kwoty netto 23% podatek VAT zamiast 8% podatku.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji unieważniając postępowanie pomimo braku podstaw, przez co pozbawił go możliwości realizowania zadania. Ustawa nie zezwala bowiem zamawiającemu na swobodną zmianę kwoty, jaką odczytał na sesji otwarcia ofert, tym bardziej, że zmiana nastąpiła dopiero w momencie wycofania się wybranej pierwotnie oferty firmy Czyścioch. Unieważnienie postępowania powinno być pozbawione uznaniowości, a interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły, przy zachowaniu prymatu wykładni literalnej i celowościowej norm prawnych wyrażonych w art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych. W odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawodawca zagwarantował mechanizm uniemożliwiający jej nadużycie zobowiązując zamawiającego do podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na

sfinansowanie zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający dopuścił się niejakiej manipulacji zmniejszając kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na zadanie, po kilku tygodniach od otwarcia ofert i po dokonaniu wyboru wykonawcy PPUH Czyścioch Sp. z o.o. Tym samym naruszył on art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tłumaczenie Zamawiającego jest nieprzekonujące, gdyż jest on profesjonalistą i doskonale zna branżę, w której działa i obowiązujące w niej stawki VAT. Poza tym odczytując kwotę, którą zamierza przeznaczyć na zadanie, podaje kwotę brutto i nie ma dla wykonawcy znaczenia, jaką stawkę VAT przyjął. Podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota przewyższa kwotę brutto, jaką zaoferował Odwołujący za realizację całości przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie może zatem unieważnić postępowania, skoro dysponuje kwotą, która pokrywa w całości wartość brutto tej oferty, brak jest bowiem zarówno podstaw faktycznych, jak i prawnych do unieważnienia postępowania.

Zamawiający powinien wybrać ofertę Odwołującego w momencie, kiedy początkowo wybrany wykonawca PPUH Czyścioch Sp. z o.o. wycofała się z podpisania umowy. Należy zaznaczyć, że w tej sytuacji wybór oferty spośród ważnie złożonych ofert jest obowiązkiem zamawiającego w sytuacji, kiedy wartość oferty mieści się w kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na zadanie, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie w całości. Zamawiający stwierdził, że znane mu są poglądy orzecznictwa w zakresie art. 86 ust. 3 i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak decyzja o unieważnieniu postępowania wynikała z konkretnego stanu faktycznego. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 5.616.000 zł i taka wartość powinna być odczytana przed otwarciem ofert. Tymczasem sekretarz komisji popełnił błąd i zamiast wskazać wartość wynikającą z zatwierdzonego przez Zarząd Spółki wniosku, sam dokonał w błędny sposób obliczenia kwoty i do wartości podanej w tym planie, którą była kwota netto 5.200.000 zł, dodał VAT w stawce 23%, co dało kwotę brutto 6.396.000 zł, która została podana na otwarciu ofert. Zatem w wyniku tego błędu podana wartość była wartością nieprawdziwą, nie tylko nieprawidłową ze względu na faktycznie obowiązujące stawki VAT, ale przede wszystkim o 780.000 zł wyższą niż zatwierdzona przez Zarząd Spółki i możliwą do zapłacenia przez Spółkę. Po zauważeniu tego błędu Zamawiający rozważał możliwość i konieczność unieważnienia przetargu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale okazało się, iż złożona oferta najkorzystniejsza tj. oferta PPUH Czyścioch Sp. z o.o. jest niższa od kwoty, którą Zamawiający faktycznie mógł przeznaczyć na realizację zamówienia. Tym samym zaistniały błąd nie miał znaczenia i nie było podstaw do unieważnienia postępowania. Wykonawca ten jednak nie podpisał umowy, a więc Zamawiający mógł wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych, czyli ofertę

Odwołującego z kwotą 5.832.000 zł. Jednak oferta ta o ponad 200.000 zł przekracza kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający dokonał analizy swoich możliwości finansowych zwiększenia tej kwoty, jednak okazało się to niemożliwe, gdyż Zamawiający nie osiąga w roku bieżącym ze swojej działalności zaplanowanych przychodów, a musi ponosić dodatkowe wydatki. Jakkolwiek więc rozumie, jak istotna jest funkcja gwarancyjna przepisu art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, to tak samo istotne jest to, że nie może dojść do sytuacji, w której Zamawiający, wobec nieuwzględnienia stanu faktycznego realnie zaistniałego w konkretnym przypadku, w efekcie byłby zmuszony do zawarcia umowy, na którą nie posiada środków finansowych.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych w pismach oraz podczas rozprawy, a także przedłożonych dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła także, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest sporny, a ze względu na to, że został przytoczony w stanowiskach Stron, nie będzie ponownie opisywany.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, 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. Określenie „kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” jest ściśle powiązana z kwotą, którą, zgodnie z dyspozycją art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający podaje wykonawcom przed otwarciem ofert, a co ma zabezpieczyć wykonawców przed nieuzasadnionym unieważnianiem postępowań.

W niniejszym postępowaniu niewątpliwe jest, iż pomiędzy kwotą, którą Zamawiający w rzeczywistości zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, a kwotą, którą podał przed otwarciem ofert – zobowiązującą go do zawarcia umowy – zaistniała rozbieżność wynikająca z błędu Zamawiającego. Przy tym, jakkolwiek również przy stosowaniu ustawy

Prawo zamówień publicznych obowiązują ogólne zasady prawa cywilnego i nie ma przeszkód, by Zamawiający powołał się na błąd oświadczenia woli, to jednak w niniejszym przypadku nie zaistniały przesłanki wskazane w art. 84 § 1 kodeksu cywilnego, tj. błąd nie został wywołany przez żadnego z wykonawców, nie wiedzieli oni o jego zaistnieniu ani nie mógł być on przez nich z łatwością zauważony.

Z drugiej strony cena oferty Odwołującego jednak przewyższa kwotę, którą zamawiający w rzeczywistości zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający, jak wykazywał, nie był w stanie jej zwiększyć, tym samym w praktyce zaistniała przesłanka unieważnienia postępowania. Poza tym niecelowe byłoby jednak przymuszanie Zamawiającego do zawarcia umowy, której nie będzie w stanie sfinansować.

Powyższe jednak nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia ze względu na kluczową w niniejszym stanie faktycznym okoliczność – oferta Odwołującego nie jest ani ofertą z najniższą ceną, ani ofertą najkorzystniejszą (była nią oferta PPUH Czyścioch Sp. z o.o.), a Odwołującemu na gruncie obecnych przepisów nie przysługuje roszczenie o jej uznanie za najkorzystniejszą.

Zgodnie bowiem z aktualnym brzmieniem art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert. W przeciwieństwie więc do pierwotnego brzmienia tego przepisu („zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą”), wybór kolejnej oferty nie jest już obowiązkiem zamawiającego, lecz zależy od jego woli, a tym samym wykonawcy nie mogą domagać się dokonania tej czynności i zarzucać zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru kolejnej oferty.

Nowe brzmienie art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych powoduje także zaistnienie nowej sytuacji, w której dane postępowanie nie kończy się w żaden z dwóch dotychczasowych sposobów, a więc ani zawarciem umowy, ani jego unieważnieniem.

Tym samym w niniejszym postępowaniu Zamawiający mógł zamknąć postępowanie nie dokonując czynności unieważnienia, a fakt, że się powołał na art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i to, czy zrobił to w sposób prawidłowy, nie ma wpływu na wynik postępowania – w tym znaczeniu, że w obu tych przypadkach i tak nie doszłoby do zawarcia umowy z żadnym z wykonawców.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....