

Sygn. akt KIO/UZP 107/08

**WYROK**  
**z dnia 25 lutego 2008 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek**

**Członkowie: Renata Tubisz**  
**Barbara Bettman**

**Protokolant: Magdalena Sierakowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25.02.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Robót Górniczych "Metro" Sp. z o.o., Warszawa, ul. Wólczyńska 133** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Miasta i Gminy Konstancin-Jeziorna, Konstancin-Jeziorna, ul. Warszawska 32** protestu z dnia 22.01.2008 r.

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

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i dokonanie badania i oceny ofert.**

2. kosztami postępowania obciąża **Urząd Miasta i Gminy Konstancin-Jeziorna, Konstancin-Jeziorna, ul. Warszawska 32**

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 **Przedsiębiorstwo Robót Górniczych "Metro", Warszawa, ul. Wólczyńska 133.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Urząd Miasta i Gminy Konstancin-Jeziorna, Konstancin-Jeziorna, ul. Warszawska 32** na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Górniczych "Metro", Warszawa, ul. Wólczyńska 133**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Górniczych "Metro", Warszawa, ul. Wólczyńska 133.**

## Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Konstancin - Jeziorna, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie „Kanalizacji sanitarnej i wodociągu ul. Piaseczyńska – Pułaskiego I etap – dokończenie: droga 721 oraz II etap odc. od ul. Kołobrzeskiej do ul. Śniadeckich. Ogłoszenie o niniejszym postępowaniu ukazało się w BZP z dnia 18.10.2007 roku pod poz. 199111- 2007.

Pismem z dnia 15 stycznia 2008 roku, przekazany Wykonawcom w dniu 21 stycznia 2008 roku Zamawiający poinformował Wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, powołując się na przesłankę określoną w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy – Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U. 2007, Nr 223, poz. 1655) – zwanej dalej „ustawą”. W uzasadnieniu faktycznym podjętej decyzji Zamawiający stwierdził, że przetarg został unieważniony z uwagi na okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia a Zamawiający nie ma możliwości na uzyskanie w terminie związania ofertą niezbędnych środków finansowych umożliwiających zawarcie umowy.

Jednocześnie w tym samym piśmie Zamawiający zawarł informację, że firma Ajmix Sp. z o.o. nie wyraziła zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co skutkuje jej wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Pismem z dnia 22 stycznia 2008 roku czynność unieważnienia postępowania została oprotestowana przez Przedsiębiorstwo Robót Górniczych „METRO” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust 4 oraz art. 91 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 86 ust.3 ustawy. W uzasadnieniu Protestujący podniósł, że Zamawiający nie dokonał czynności wykluczenia z postępowania firmy Ajmix, która nie wyraziła zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz nie dokonał odrzucenia jej oferty.

Ponadto Protestujący wskazał, że Zamawiający unieważniając postępowanie o zamówienie publiczne na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy winien w pierwszej kolejności dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej a następnie dopiero stwierdzić, czy oferta mieści się z jego możliwościami finansowych. Zdaniem Protestującego, dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej jest możliwa do zastosowania przesłanka unieważnienia postępowania określona w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Zamawiający natomiast unieważnił postępowanie dokonując porównania kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, ogłoszoną zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy z cenami wszystkich ofert.

Na poparcie swojej argumentacji Protestujący wskazał wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4.12.2007 roku ( sygn. akt UZP/ZO/0-1395/07).

Zamawiający pismem z dnia 31.01.2008 roku przedmiotowy protest oddalił. Nie zgodził się z Protestującym, że nie dokonał wykluczenia firmy Ajmix z postępowania i odrzucenia jego oferty, wskazując w tym zakresie na treść pisma z dnia 15 stycznia 2008 roku, w którym wykluczył Wykonawcę z postępowania z uwagi na nie wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, podając jako podstawę prawną art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Jednocześnie wskazał, że zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 4 ustawy ofertę Wykonawcy wykluczonego uważa się za odrzuconą.

Ponadto Zamawiający nie zgadzając się z zarzutem Protestującego co do unieważnienia postępowania wskazał, że w przypadku wystąpienia przesłanki określonej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Zamawiający nie dokonuje przed unieważnieniem postępowania wyboru najkorzystniejszej oferty. W sytuacji, gdy wszystkie ważne oferty przewyższają kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na finansowanie zamówienia zobowiązany jest do dokonania „wewnętrznego ustalenia” najkorzystniejszej oferty celem stwierdzenia czy posiada środki na finansowanie zamówienia, czego wyrazem jest sporządzenie właściwego protokołu z tej czynności. Dodatkowo Zamawiający podniósł, że ewentualne zwiększenie kwoty na realizację zamówienia jest wyłącznym uprawnieniem Zamawiającego, którego może on dokonać jeśli uzna to za uzasadnione i celowe. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie miał możliwości zwiększenia środków na realizację zamówienia, co w konsekwencji musiało spowodować unieważnienie postępowania.

Zamawiający podniósł również, że Protestujący nie ma interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy we wnoszeniu środków ochrony prawnej z uwagi na brak możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący wniósł dnia 5 lutego 2008 roku odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty określone w proteście i wniósł o:

1. wykluczenie z postępowania Wykonawcy, który nie przedłużył terminu związania ofertą i odrzucenie jego oferty.
2. powtórzenie czynności oceny ofert – w następstwie, której nastąpi wyłonienie oferty Odwołującego.

**Na podstawie akt sprawy oraz oświadczeń stron złożonych na rozprawie Krajowa Izba Odwoławcza zważyła i ustaliła, co następuje:**

Wartość szacunkowa zamówienia publicznego oszacowana na podstawie kosztorysów inwestorskich została określona w wysokości 12 890 350,81 zł. Zgodnie z treścią protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (ZP-1), Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotowego zamówienia publicznego kwotę w wysokości 13 000 000 zł netto, o czym poinformował bezpośrednio przed otwarciem ofert. Kwota brutto, którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia tj. kwota określona w planie finansowym wynosi 14 200 000 brutto.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia złożono trzy oferty, z których wszystkie przewyższały kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 15 stycznia 2008 roku, przekazanym w dniu 21 stycznia Zamawiający poinformował Wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, powołując się na przesłankę określoną w art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy.

Na wstępie skład orzekający Izby dokonał ustalenia, że Odwołujący jako podmiot, który złożył ofertę najkorzystniejszą nie podlegającą odrzuceniu w niniejszym postępowaniu i będący uczestnikiem postępowania, posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniający go do złożenia protestu, jak i odwołania.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności zwraca uwagę na odmienne brzmienie sformułowań określonych w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 86 ust 3 ustawy. Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1pkt 4 ustawy Zamawiający unieważnienia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na fakt, że kwota najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zaś art. 86 ust 3 ustawy nakazuje Zamawiającemu podanie bezpośrednio przed składaniem ofert kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Istotą różnicy sformułowań określonych w wyżej wskazanych przepisach ustawy jest stworzenie możliwości dokonania zmian finansowych w okresie pomiędzy datą otwarcia ofert a datą rozstrzygnięcia postępowania o zamówienie publiczne. Zatem kwota ogłoszona bezpośrednio przed otwarciem ofert, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy może być wartością inną niż kwota, jaką Zamawiający może przeznaczyć na finansowanie zamówienia, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Przesłanki unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne, określone w art. 93 ustawy pzp należy interpretować ściśle.

Zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy unieważnienie postępowania z przywołaniem tej przesłanki może mieć miejsce, w sytuacji gdy Zamawiający

dokona porównania ceny oferty najkorzystniejszej z kwotą, którą może przeznaczyć na realizację zamówienia i kwota najkorzystniejszej oferty będzie przewyższała kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zatem zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu Zamawiający przed unieważnieniem postępowania o zamówienie publiczne w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy zobowiązany jest przeprowadzić ocenę złożonych ofert i wskazać ofertę najkorzystniejszą. Bez przeprowadzenia oceny ofert zgodnie z zasadami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu Zamawiający nie ma możliwości unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Zgodnie z oświadczeniem złożonym na rozprawie Zamawiający dokonywał analizy i badania złożonych ofert pod względem formalnym, zgodnie zaś z informacją zawartą w pkt 9 druku ZP-2 protokołu postępowania uznał, że ofertą najkorzystniejszą jest oferta Odwołującego. Jednak w ocenie Izby były to wyłącznie ustalenia „wewnętrzne”, bowiem Zamawiający nie zawiadomił o tych czynnościach wykonawców, zgodnie z brzmieniem art. 92 ust. 1 ustawy. Zamawiający nie poinformował uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, przez co nie dochował procedury obowiązującej przy wyborze oferty najkorzystniejszej.

Należy zaznaczyć, że informacje, o których mowa w art. 92 ustawy są przejawem jednej z naczelnych zasad systemu zamówień publicznych tj. zasady jawności, która w tym postępowaniu została złamana. Zawiadomienie wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, zgodnie z art. 92 ustawy ma istotne znaczenie prawne, bowiem na czynność tę przysługują środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie.

Należy więc w tym zakresie przyznać rację Odwołującemu, że Zamawiający unieważniając postępowanie naruszył przepis art. 92 oraz 93 ust 1 pkt 4 ustawy, bowiem nie dokonał uprzedniego wyboru oferty najkorzystniejszej. Stanowisko to zostało potwierdzone również wyrokiem Sądu Okręgowego w Opolu sygn. akt. II Ca 752/05 z dnia 8 listopada 2005 r., w którym sąd stwierdził, że „czynność w postaci ewentualnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 następuje dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej skarżący ma interes prawny, w domaganiu się ochrony prawnej. Unieważnienie jest bowiem dalszym etapem postępowania, od której to czynności również przysługiwałyby środki prawne w postaci protestu, odwołania, ewentualnie skargi”.

Zdaniem składu orzekającego Izby, uprzednie dokonanie oceny złożonych ofert i wybór oferty najkorzystniejszej jest niezbędne z kilku innych powodów. Przede wszystkim w wyniku przeprowadzenia oceny złożonych ofert może okazać się, że postępowanie podlega unieważnieniu z innych przyczyn niż brak środków finansowych.

Po analizie ofert może okazać się bowiem, że np. wszystkie złożone oferty podlegają odrzuceniu. Wówczas zaistnieją okoliczności wskazane w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy. Podstawa prawna unieważnienia postępowania ma istotne znaczenie, bowiem na czynność unieważnienia postępowania wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej.

Skład orzekający Izby nie podziela stanowiska Odwołującego w kwestii braku wykluczenia z postępowania o zamówienie publiczne firmy AJMIX Sp. z o.o., która nie przedłużyła terminu związania ofertą. Pismem z dnia 15 stycznia 2008 roku, Zamawiający poinformował Wykonawców o wykluczeniu z postępowania firmy AJMIX Sp. z o.o., powołując przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, z uwagi na nie wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co w ocenie Izby jest zgodne z przepisami ustawy, w szczególności z art. 24 ust. 3 ustawy.

Należy przyznać natomiast rację Odwołującemu, że Zamawiający nie poinformował o odrzuceniu oferty Wykonawcy wykluczonego z postępowania, czym naruszył przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, który nakazuje Zamawiającemu niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej przekazać informację o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Jednak w ocenie Izby czynność ta ma charakter wyłącznie formalny i jest następstwem dokonanej czynności wykluczenia z postępowania, zatem nie pociąga odmiennych skutków prawnych tak dla Wykonawcy wykluczonego jak i dla Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył przepis art. 92 ustawy, a zatem bez uprzedniego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej nie mógł skorzystać z przesłanki określonej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy .

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*