

sygn. akt: KIO 1564/13

Sygn. akt: KIO 1564/13

**WYROK**  
**z dnia 10 lipca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Emil Kuriata**

**Protokolant:** **Cyprian Świś**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2013 r. przez **Odwołującego – SIGMA S.A., Barak 6, 21-002 Jastków**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice**.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża SIGMA S.A., Barak 6, 21-002 Jastków, i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **SIGMA S.A., Barak 6, 21-002 Jastków**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **SIGMA S.A., Barak 6, 21-002 Jastków**, na rzecz **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice**, kwotę **3 930 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kosztów dojazdu.

**sygn. akt: KIO 1564/13**

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 **Katowicach**

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Katowicki Holding Węglowy Spółka Akcyjna z siedzibą i adresem ul. Damrota 16, 40-022 Katowice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę kompletnego przenośnika podścianowego z kruszarką kęsów, urządzeniem przekładkowym wraz z instalacją elektryczną dla KHW S.A. KWK „Wujek” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Zamawiający dnia 18 czerwca 2013 roku przesłał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Dnia 26 czerwca 2013 roku wykonawca SIGMA S.A., Barak 6, 21-002 Jastków (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez niedopełnienie ustawowego obowiązku zamawiającego odrzucenia ofert, które zawierały rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zwrócenia się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji, gdy zasadne było podejrzenie zawarcia w ofertach wykonawców rażąco niskiej ceny

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz o:

- 1) unieważnienie czynności oceny ofert, w tym czynności wyboru oferty Kopex Machinery S.A.,
- 2) dokonanie ponownej czynności oceny ofert,
- 3) odrzucenie ofert Kopex Machinery S.A. oraz konsorcjum firm: Matix Sp. z o.o i M-Profil Magdalena Polak,
- 4) dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający dnia 27 czerwca 2013 roku przekazał wykonawcom uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu kopię odwołania.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia.

Zamawiający, pisemnej odpowiedzi na odwołanie nie złożył.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podniósł, że w przypadku prawidłowego zastosowania przez zamawiającego przepisów ustawy, odwołującemu udzielone zostałyby w przedmiotowym postępowaniu zamówienie publiczne, ponieważ jego oferta nie podlega odrzuceniu, a po odrzuceniu ofert zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia jest ofertą najkorzystniejszą. Z związku z powyższym odwołujący wskazał, że ma interes prawny we wniesieniu odwołania od wyżej wymienionych zaniechań i czynności zamawiającego.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący wskazał, że zaniechania, od których wniósł odwołanie to odstąpienie od wystąpienia o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów ofert przedstawionych w toku aukcji elektronicznej w dniu 14 czerwca 2013 roku mających wpływ na wysokość ceny do wykonawcy Kopex Machinery S.A, oraz do wykonawcy - konsorcjum firm: Matix Sp. z o.o., i M-Profil M..... P....., w celu ustalenia, czy ich oferty zawierały rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto odwołujący wniósł odwołanie w zakresie zaniechania polegającego na nie odrzuceniu przedstawionej w toku aukcji elektronicznej oferty Kopex Machinery S.A. z ceną brutto w wysokości 1 799 400,00 złotych, oraz oferty konsorcjum Matix Sp. z o.o. i M-Profil M..... P..... z ceną brutto w wysokości 1 800 000,00 złotych. Czynności, od których odwołujący wniósł odwołanie polegały na dokonaniu przez zamawiającego oceny ofert oraz na wyborze oferty Kopex Machinery S.A. Wskazane wyżej zaniechania i czynności, zdaniem odwołującego naruszają art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez niedopełnienie ustawowego obowiązku zamawiającego odrzucenia ofert, które zawierały rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zwrócenia się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji, gdy, w ocenie odwołującego, zasadne było podejrzenie zawarcia w ofertach wykonawców rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu w trybie przetargu złożone zostały oferty z cenami brutto:

- 1) 3.911.400,00 zł (oferta Kopex Machinery S.A.),
- 2) 4.046.700,00 zł (oferta PATENTUS S.A.),

- 3) 4.059.00,00 zł (oferta konsorcjum: Matix Sp. z o.o. i M-Profil M..... P.....),
- 4) 4.594.050,00 zł (oferta FAMUR S.A.),
- 5) 4.895.799,75 zł (oferta odwołującego).

W wyniku przeprowadzonej w dniu 14 czerwca 2013 aukcji elektronicznej zostały złożone oferty z następującymi cenami brutto:

- 1) 1.799.400,00 zł (oferta Kopex Machinery S.A.),
- 2) 1.800.000,00 zł (oferta konsorcjum: Matix Sp. z o.o. i M-Profil M..... P.....),
- 3) 3.417.000,00 zł (oferta odwołującego),
- 4) 3.418.000,00 zł (oferta PATENTUS S.A.),
- 5) 3.470.000,00 zł. (oferta FAMUR S.A.).

Dwie oferty, tj. wybrana przez zamawiającego oferta Kopex Machinery S.A., a także przedstawiona na aukcji elektronicznej oferta konsorcjum: Matix Sp. z o.o. i M-Profil M..... P....., różnią się drastycznie od pozostałych przedstawionych ofert, są bowiem niższe od nich niemal o połowę. Co więcej, są one również o ponad połowę niższe od pierwszych ofert przedstawionych przez tych samych wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przed aukcją elektroniczną. Odwołujący wskazał, iż kwoty te znacznie odbiegają, od kwoty 3.136.500,00 zł brutto, którą to zamawiający przeznaczył na realizację zadania objętego postępowaniem.

Na potwierdzenie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny ofert Kopex Machinery S.A. oraz konsorcjum: Matix Sp. z o.o. i M-Profil M..... P..... odwołujący oświadczył, iż na potrzeby dostawy objętej przedmiotowym postępowaniem poniósłby następujące koszty:

1. elementy ze stali zwykłej oraz koszt wytworzenia trasy przenośnika zgrzeblowego podścianowego zgodnie z s.i.w.z. - ok. 480.000,00 zł brutto,
2. elementy wykonane ze stali gatunkowej (trudnościeralnej) - ok. 450.000,00 zł brutto,
3. jednostka napędowa (2 komplety) - ok. 415.000,00 zł brutto,
4. wyposażenie elektryczne zgodnie z zakresem s.i.w.z. - ok. 740.000,00 zł brutto,
5. kruszarka kęsów - ok. 470.000,00 zł brutto.

Odwołujący zastrzegł, że przedstawione powyżej koszty, których łączna suma wynosi 2.555.000,00 zł brutto nie obejmują pełnego zakresu dostawy zgodnie z wymaganiami technicznymi specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotowego postępowania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne. Izba nie stwierdziła przesłanek do uznania, że cena uzyskana w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej, u dwóch kwestionowanych wykonawców (Kopex Machinery S.A. oraz konsorcjum: Matix sp. z o.o., M-Profil M..... P.....), nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Tym samym Izba nie stwierdziła podstaw prawnych do nakazywania zamawiającemu wzywania tych dwóch wykonawców do składania wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ustawy

Pzp. Izba wskazuje, że doświadczenie zamawiającego, zarówno te odnoszące się do uzyskiwania korzystniejszych cen w wyniku przeprowadzania aukcji elektronicznej, nawet o 50% niższych niż te, które pierwotnie proponowane są w ofertach, jak też fakt częstej i prawidłowej współpracy w wykonawcą Kopex, jak i okoliczność, iż jest to wykonawca, który prawie w całości (bez silników) jest producentem wszystkich elementów (urządzeń, maszyn, itp.) wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia, pozwala na przyjęcie, że ceny oferowane przez Kopex, oraz konsorcjum Matix, są cenami wiarygodnymi, możliwymi do zaoferowania i nie noszą znamion ceny rażąco niskiej. Tym samym zamawiający nie miał wątpliwości, a tym samym podstaw prawnych by wszczynać procedurę opisaną w przepisie art. 90 ustawy Pzp.

Izba zwraca uwagę, że odwołujący, jako strona, która wywodzi określone skutki prawne winna przedstawić dowody na potwierdzenie stawianych zarzutów. Okoliczności wskazywane w odwołaniu, jak i na rozprawie o wielkości ponoszonych własnych kosztów takiego dowodu nie stanowią. Odwołujący nie przedstawił żadnego wyliczenia, symulacji, popartych chociażby korespondencją z producentami poszczególnych urządzeń składających się na przedmiot zamówienia, w jakiej wysokości koszty przedmiotowego zamówienia należałoby skalkulować. Odwołujący nie przedstawił również dowodu (wyliczenia) w jakiej wysokości będą ponoszone koszty pracownicze, czy inne tego typu kosztochłonne elementy.

W odniesieniu do wskazywanych w odwołaniu innych postępowań, odwołujący nie zaprzeczył stanowisku zamawiającego, że postępowania te charakteryzowały się tym, iż inna była forma wynagrodzenia wykonawcy, tym samym inaczej była skalkulowana cena ofert, gdyż była to forma leasingu.

Izba zwraca również uwagę na okoliczność, iż ceny pozostałych trzech wykonawców, w tym odwołującego, w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej przekraczają wartość szacunkową zamówienia. Tym samym zasadnym byłoby przeprowadzenie analizy, co do interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Izba nie była w stanie odnieść się również do przedstawionego w odwołaniu zestawienia kosztów, które, jak to wskazał sam odwołujący nie obejmują pełnego zakresu dostawy. Tym samym niemożliwym jest porównanie tych kosztów z ceną ofertową wykonawców Kopex i konsorcjum Matix.

Reasumując Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego oparte jedynie na własnym przekonaniu, co do wysokości ponoszonych kosztów związanych z realizacją przedmiotowego postępowania, nieoparte żadnymi dowodami, nie mogą się ostać, dlatego też Izba orzekła jak w sentencji.

**sygn. akt: KIO 1564/13**

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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:** .....