

Sygn. akt: KIO 2234/14

WYROK

z dnia 14 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 października 2014 r. przez wykonawcę FAMUR SA w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie

przy udziale wykonawcy KOPEX-FAMAGO Sp. z o.o. Wrocławiu, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża FAMUR SA w Katowicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez FAMUR SA w Katowicach tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. : "Zaprojektowanie, wykonanie i koparki wielonaczyniowej łańcuchowej".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 25 lutego 2014 r., poz. 2014/S 0390065213. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 27 października 2014 r. FAMUR SA w Katowicach (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Kopex-Famago Sp. z o.o. we Wrocławiu do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny pomimo, że analiza okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wskazuje, że cena zaproponowana przez wykonawcę Kopex-Famago Sp. z o.o. we Wrocławiu w niniejszym postępowaniu powinna budzić wątpliwości Zamawiającego z punktu widzenia przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, poprzez nieodrzuconie oferty złożonej przez wykonawcę Kopex-Famago Sp. z o.o. we Wrocławiu pomimo zawierania przez ww. ofertę rażąco niskiej ceny.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący podnosił, iż okoliczności sprawy wskazują, że oferta Kopex-Famago Sp. z o.o. we Wrocławiu zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 Prawa zamówień publicznych. Cena zaoferowana przez Kopex-Famago Sp, z o.o. we Wrocławiu nie wzbudziła jednak żadnych wątpliwości po stronie Zamawiającego, wskutek czego nie dokonał on ani czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ani odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący podawał, że już różnice pomiędzy zaoferowanymi cenami w jego ofercie i w ofercie uznanej za najkorzystniejszą oraz różnica pomiędzy jej wysokością a wartością szacunkową zamówienia powinna spowodować powzięcie wątpliwości przez Zamawiającego.

Przedstawił analizę kosztów cenotwórczych, które musi ponieść wykonawca w celu realizacji całego przedmiotu zamówienia. W kwestii kosztów wykonania tzw. części maszynowej koparki, podnosił, że koszty te są określane (zwyczajowo w branży) według cen rynkowych za wykonanie 1 kg części maszynowej. Dokonując analizy przeprowadzonych postępowań przetargowych w roku 2014, wskazywał, że przeciętna cena rynkowa netto wykonania części maszynowej to 25,40 zł.

Celem udowodnienia rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez wykonawcę Kopex-Famago Sp. z o. o, w przedmiotowym postępowaniu, która kształtuje się na poziomie 28,50 PLN za kg maszyny (co przy masie maszyny, 960.000,0 kg, oferowanej przez Kopex-Famago stanowi kwotę 27.360.000,00 zł netto), Odwołujący wskazywał dwie maszyny realizowane w ostatnim czasie przez Kopex-Famago Sp. z o. o. w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na rzecz PGE KWB Turów. Pierwsza z nich to koparka wielonaczyniowa kołowa KWK1500.1 realizowana w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w okresie 17.08.2010 - 14.03.2013, nr postępowania ZP10/09 . Koparka ta została oddana do użytkowania w 14.03.2013 Umowa na dostawę KWK1500.1 zawarta przez Kopex Famago Sp. z o.o. z zamawiającym PGE KWB Turów opiewała na kwotę netto 55.990.000,00 PLN.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
5. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym,
6. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Kopex-Famago Sp. z o.o., ul. Fabryczna 14d, 53 ~ 609 Wrocław jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Kopex-Famago Sp. z o.o., ul. Fabryczna 14d, 53 — 609 Wrocław do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w odniesieniu do oferty złożonej w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Kopex-Famago Sp. z o.o. we Wrocławiu, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałyby odrzucona – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić.

Izba ustaliła, co następuje:

Wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 36 600 000 zł.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: z ceną 33 652 800,00 zł (cena oferty Przystępującego) i z ceną 39 237 000,00 zł (cena oferty Odwołującego).

Aby udowodnić podnoszone przez siebie zarzuty, Odwołujący powinien wykazać, że cena oferty Przystępującego jest rażąco niska, albo przynajmniej uprawdopodobnić, że istnieją wątpliwości co do jej wysokości, uzasadniające przeprowadzenie procedury wyjaśniającej w tym zakresie.

Same różnice pomiędzy wartością szacunkową a zaoferowanymi cenami i między zaoferowanymi cenami między sobą nie uzasadniają zdaniem Izby takiej wątpliwości. Nie uzasadniają jej też różnice w cenach za 1 kg koparki oferowane w innych postępowaniach. Trudno bowiem porównywać ceny koparek na przełomie kilku lat, do tego bez stwierdzenia, na ile są podobne do przedmiotu zamówienia zaoferowanego w niniejszym postępowaniu (na rozprawie między stronami toczył się spór, które koparki były mniej, a które bardziej skomplikowane). Odwołujący powinien raczej zmierzać do wykazania, że w danym postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, nie da się wykonać zamówienia poniżej pewnego poziomu cenowego. W ocenie Izby Odwołujący tego nie dokonał – dokonywał co prawda, już w odwołaniu, analizy kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia, załączając oferty swoich kontrahentów. Z takimi wyliczeniami Przystępujący w zasadzie nie

polemizował – jednak zauważyć należy, że przedstawione kalkulacje Odwołującego to wyłącznie kalkulacje jego kosztów minimalnych, a Przystępujący może ponieść je niższe. Wykazał to przedkładając własne wyliczenia, co do rodzajów kosztów w dużej mierze zbieżne z kosztami wskazywanymi przez Odwołującego, jednak niższe. Do kalkulacji dołączono oferty kontrahentów, w kilku przypadkach tych samych, co podani przez Odwołującego – jednak oferty kontrahentów Przystępującego były na niższym poziomie cenowym. Odwołujący kwestionował również, że część prac Przystępujący może wykonać siłami własnymi, ponieważ posiada pracownię projektową – Izba dała wiarę oświadczeniu Przystępującego, że pracownię taką posiada. Izba nie znalazła powodów, aby zakwestionować czy w jakikolwiek inny sposób poddawać w wątpliwość (nakazując przeprowadzenie procedury wyjaśniającej) wyliczenia Przystępującego co do ponoszonych przez niego kosztów.

Odnosnie złożenia wniosków przez Odwołującego i Przystępującego co do utajnienia niektórych składanych przez nich dokumentów, Izba uznała wnioski te za uzasadnione. Na podstawie § 23 rozporządzenia w sprawie regulaminu przy rozpatrywaniu odwołań (Dz.U nr 48, poz. 280) skład orzekający może podjąć decyzję w sprawie dopuszczalności udostępnienia stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego treści dokumentu, mogącego zawierać tajemnicę ustawowo chronioną. W ocenie Izby nie ma przeszkód, aby stosując ten przepis odpowiednio, zaniechać ujawnienia konkurencji tajemnicy przedsiębiorstwa – a ceny zaoferowane przez dostawców mogą być objęte taką tajemnicą.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło wskazywanych w odwołaniu naruszeń, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....