

Sygn. akt: KIO 1761/14

WYROK
z dnia 9 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę **M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Chemika M. G., ul. Zebrzydowicka 117c, 44-200 Rybnik** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

przy udziale **wykonawcy Chemistil S.C., ul. Sosnowa 10, 56-400 Spalice**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Chemika M. G., ul. Zebrzydowicka 117c, 44-200 Rybnik** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Chemika M. G., ul. Zebrzydowicka 117c, 44-200 Rybnik** 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 2013 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 Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę Preparatów do zwalczania zapylenia dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w latach 2014 – 2015 (nr grupy 248-1)”. Postępowanie to zostało podzielone na dwa zadania z możliwością składania ofert częściowych. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 23 kwietnia 2014 r. pod nr 2014/S 079-139196.

W postępowaniu tym wykonawca M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Chemika M. G. z siedzibą w Rybniku (dalej: „Odwołujący”) w dniu 27 sierpnia 2014 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie dotyczy zadania nr 2 („Preparat do zwalczania zapylenia przy pracach związanych z urabianiem i transportem węgla w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych z zastosowaniem dozujących pomp lub agregatów - roztwór wodny”). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 26 sierpnia 2014 r. Informacja o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę wniesionego odwołania została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu pocztą elektroniczną w dniu 18 sierpnia 2014 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 27 sierpnia 2014 r. Do postępowania odwoławczego w dniu 29 sierpnia 2014 r. do Prezesa Izby swoje przystąpienia złożyli:

- 1) Chemistil S.C. z siedzibą w Spalicach (dalej: „Przystępujący Chemistil”) po stronie Zamawiającego i
- 2) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe ADW Sp. z o.o. z siedzibą w Wyrach (dalej: „ADW”) po stronie Odwołującego.

Kopie zgłoszeń przystąpień zastały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 9 września 2014 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnej z ustawą Pzp czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego, w sytuacji, gdy oferta ta nie jest najkorzystniejszą, a najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu jest oferta Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

a w przypadku nieuwzględnienia niniejszego zarzutu,

- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 ust 4 ustawy Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty Przystępującego Chemistil, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu: uchylecia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej oceny ofert oraz odrzucenia oferty Przystępującego Chemistil jako zawierającą rażąco niską cenę oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty. Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutów odwołania wskazał, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) niniejszego postępowania pozwala mu na postawienie dwóch, jak wskazał, z pozoru sprzecznych zarzutów. Wskazał, że Zamawiający ogłosił postępowanie na dostawę preparatu do zwalczania zapylenia dla Oddziałów Kompanii Węglowej i w postępowaniu tym oferty złożyły trzy podmioty, które wskazały na swoje preparaty, których różne cechy, w tym również wydajność, potwierdzały wymagane przez Zamawiającego dokumenty. Wskazał, że z dokumentów tych, ale również z istoty samego produktu wynika, że stanowi on mieszaninę substancji zaoferowanej przez wykonawców oraz wody, przy czym we wszystkich badaniach technicznych, w tym również złożonych przez wykonawców do niniejszego postępowania, wskazuje się niezbędną ilość

substancji na tysiąc litrów wody. Z tego Odwołujący wywodzi, że Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 746.500 l (litrów) preparatu do zwalczania zapylenia wiewiał, że preparat ten będzie mieszał z wodą, w zależności od deklaracji producenta, a wydajność produktu oceniana była również jako odrębne kryterium obok ceny. Z tych też względów, aby wybrać najkorzystniejszą ofertę Zamawiający musiał uzyskać najniższą cenę za całość zamówienia, przy czym musiał wziąć pod uwagę ile substancji do zwalczania zapylenia z zaoferowanego preparatu jest w stanie wykonać. Wskazał, że Zamawiający, wyliczając wielkość zamówienia, musiał skorzystać z ostatnio stosowanych preparatów, których stężenie minimalne wynosiło 0,1%, co jego zdaniem oznacza, że Zamawiający przewidział zapotrzebowanie na preparat do wykonania 746 500 litrów gotowego produktu. Do odwołania Odwołujący załączył tabelę, w której zawarł w tym zakresie stosowne wyliczenia. Opierając się na tych wyliczeniach stwierdził, że wybrana w postępowaniu oferta Przystępującego Chemistil pozwoli na wytworzenie jedynie 373 996 500 l gotowego produktu w cenie $x 0,00838 \text{ zł} = 3 135 300 \text{ zł}$, co spowoduje dodatkowe zapotrzebowanie na $(746 500 000 \text{ l} - 373 996 500 \text{ l}) 372 503 500 \text{ l}$ gotowego produktu w cenie $0,00838 \text{ zł} = 3 121 579,33 \text{ zł}$, zatem – jego zdaniem - całkowity koszt wytworzenia potrzebnej ilości gotowego produktu z oferty Przystępującego Chemistil wyniesie $6 256 879,33 \text{ zł}$ (netto). Podkreślił też, że wybierając ofertę Odwołującego, Zamawiający zrealizuje w całości swoje zapotrzebowanie na gotowy produkt $(747 246 500 \text{ l})$ za cenę netto $3 941 520 \text{ zł}$. Uwzględniając powyższe Odwołujący wyliczył, ile wyniesie strata finansowa Zamawiającego, powstała w wyniku wybrania oferty Przystępującego Chemistil: $6 256 879,33 \text{ zł}$ (oferta Przystępującego Chemistil) $3 941 520,00$ (oferta firmy Odwołującego) $= 2 315 359,33 \text{ zł}$ netto plus VAT, brutto $2 847 892,00 \text{ zł}$. Odwołujący zwrócił też uwagę na okoliczność, iż po ogłoszeniu wyników niniejszego postępowania Zamawiający ogłosił inne postępowanie na dostawę preparatu do zwalczania zapylenia „DO WYTWORZENIA” 4 000 000 litrów gotowego roztworu. Podkreślił, że właśnie takie kryterium jest istotą postępowania również w niniejszej sprawie, bowiem chodzi o najkorzystniejszą cenę za dostawę określonej ilości produktu, który w użyciu będzie najtańszy, a zatem najtańszy będzie gotowy produkt. W ocenie Odwołującego Zamawiający zreflektował się po zakończeniu niniejszego postępowania, że chodzi o uzyskanie najniższej ceny za produkt, pozwalający najtaniej wytworzyć gotowy roztwór, niemniej w niniejszym postępowaniu zdaje się do końca kwestii tej nie zauważać.

Co do zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał, że oferta Przystępującego Chemistil powinna być odrzucona z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę. Podkreślił, że wskazana wcześniej przez niego specyfika niniejszego postępowania nakazuje mu postawić zarzut rażąco niskiej ceny ponawiając argumentację jak wyżej z innym

podsumowaniem. Wskazał, że w ofercie Przystępującego Chemistil cena za dostawę wymaganej przez Zamawiającego ilości produktu została obniżona do poziomu znacznie poniżej wartości szacunkowej samego Zamawiającego i jest o niemal 60 i 90% niższa od ceny pozostałych wykonawców (kosztem wydajności). Wybierając ofertę Przystępującego Chemistil – zdaniem Odwołującego - Zamawiający dopuścił się wyboru oferty z rażąco niską ceną, która jednak w finalnym rozliczeniu spowoduje, że Zamawiający zapłaci za realizację dostawy o blisko 3 miliony złotych brutto więcej, aniżeli gdyby dokonał wyboru oferty Odwołującego. Z tych też względów jego zdaniem oferta Odwołującego jest korzystniejsza od wybranej o blisko 3 miliony złotych brutto, a Zamawiający z nieznanym Odwołującemu przyczyn nie skorzystał z prawa weryfikacji oferty Przystępującego Chemistil w trybie art. 90 ustawy Pzp, ani też nie dokonał poprawnego badania ofert z uwzględnieniem własnego ekonomicznego interesu.

Swoje stanowisko Odwołujący podtrzymał w toku rozprawy, wnosząc o uwzględnienie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 8 września 2014 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał w niej na postanowienia SIWZ dotyczące kryteriów oceny ofert (cena 70% i wydajność – 30% według rozdziału XX SIWZ) oraz na definicję ustawową najkorzystniejszej oferty (art. 2 pkt 5 ustawy Pzp), tj. oferty która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Wskazał też, że oferta Przystępującego Chemistil w zakresie zadania nr II, biorąc pod uwagę także wyniki przeprowadzonej przez Zamawiającego aukcji elektronicznej uzyskała 85 pkt i była w tym zadaniu najkorzystniejsza, stąd też zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp według Zamawiającego uznać należy za chybiony. Z ostrożności procesowej podkreślił, że argumentacja przedstawiona przez Odwołującego sprowadza się w efekcie do negowania prawidłowości ustalenia przez Zamawiającego samych kryteriów oceny ofert w tym postępowaniu, a do zaskarżenia powyższego upłynął już ustawowy termin wynikający z art. 182 ust. 2 ustawy Pzp, stąd też zarzut ten nie może być rozpoznany przez Izbę. Przy tym na marginesie zauważył, że ustalone przez niego kryteria oceny ofert były prawidłowe dla całego wolumenu zakupów (węgiel typów 31, 32, 22 oraz 34), co pozwoliło na wyłonienie wykonawcy oferującego najlepsze warunki realizacji przedmiotu zamówienia. Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Chemistil z powodu rażąco niskiej ceny Zamawiający podkreślił, że stawiając ten zarzut Odwołujący jako jedyne uzasadnienie wskazuje, że cena zaoferowana przez Przystępującego Chemistil jest odpowiednio o 60% i 90% niższa od cen pozostałych

wykonawców. Zamawiający nie zgodził się z powyższym wskazując, że cena wskazanej oferty stanowi ok. 79% ceny oferty Odwołującego oraz ok. 67% ceny oferty trzeciego z wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Według niego Odwołujący też nie udowodnił, że za wskazaną cenę Przystępujący Chemistil nie może zrealizować zamówienia, a dowodem na powyższe nie może być tylko okoliczność, iż cena ta stanowi ok. 70% wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. Zamawiający powołał w tym zakresie, na poparcie swojego stanowiska na orzecznictwo ETS (C-295/89, C-76/91, C-103/88), Zespołów Arbitrów (UZP/ZO/0-1038/05). Wskazał, że pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie zostało zdefiniowane ani w przepisach ustawy Pzp, ani w przepisach dyrektyw UE, jak też w orzecznictwie ETS. Wskazał na wypracowane rozumienie tego pojęcia w doktrynie (www.uzp.gov.pl), jak i w orzecznictwie (KIO/UZP 2081/10). Podkreślił, że mechaniczne porównywanie wartości zamówienia z cenami złożonych ofert nie daje podstaw do odgórnego założenia, że mamy do czynienia z ceną nierealną i dumpingową, a odnoszenie ceny ofertowej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia nie jest wystarczające. Powołał się na orzecznictwo KIO (KIO/UZP 691/08 oraz KIO/UZP 1492/08) oraz ETS (C-103/88), SO w Katowicach (XIX Ga 230/10). Podkreślił, że to na Odwołującym spoczywa ciężar dowodowy, a dowodów na potwierdzenie się wskazanego zarzutu Odwołujący nie przedstawił.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia popierał stanowisko Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazywał tam, że zarzuty odwołania są niezasadne, a jego oferta jako zgodna z ustawą Pzp została uznana za najkorzystniejszą, nie zawierała braków, niezgodności z treścią SIWZ czy rażąco niskiej ceny, co potwierdził wyrok KIO w sprawie KIO 1496/14. Podkreślił, że skoro zarzuty odwołania dotyczą treści SIWZ oraz czynności Zamawiającego i sytuacji przedstawionej w odwołaniu, o której Odwołujący wiedział od dnia złożenia oferty przez Przystępującego Chemistil, to powinny podlegać odrzuceniu. Odnosząc się merytorycznie do podniesionych zarzutów Przystępujący Chemistil podkreślił, że w postanowieniach SIWZ Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert na produkty o różnych minimalnych stężeniach koncentratu, jednocześnie stosując do oceny ofert obok ceny kryterium wydajności. Podkreślił, że Odwołujący wychodzi z mylnego rozumowania, że preparat Amberol DOS, oferowany przez Przystępującego Chemistil, którego minimalne stężenie (zużycie preparatu w 1 na 1000 l wody, przy którym średni czas nawilżania próbek pyłu węglowego o masie 1 g pochodzącego z węgla typu 33 nie przekracza 20s) wynosi 0,20% co oznacza, że czas zwilżania pyłu typu 33 w warunkach

laboratoryjnych wynosi poniżej 20 sekund (18,4 s.) to Amberol DOS w stężeniu 0,10% nie będzie zwilżał w ogóle, a tym samym jego zużycie wzrośnie dwukrotnie. Podkreślił, że czas zwilżania pyłu typu 33 w warunkach laboratoryjnych dla Amberolu DOS w stężeniu 0,10% roztworu wodnego wynosi 30 s, co nie ma wpływu na bezpieczeństwo w warunkach dołowych. Przy czym wskazał, że granica 20 sekund dla zwilżania pyłu 33 nie wywodzi się z żadnej normy i jest w jego ocenie tylko kryterium umownym, więc tylko do oceny Zamawiającego należy, czy jest to warunek miarodajny i przekładający się w praktyce na pozbawienie lotności pyłu węglowego w warunkach kopalnianych. Wskazał na nieprawidłowe wyliczenia Odwołującego w tym zakresie i podkreślił, że różnica w czasie zwilżania w warunkach laboratoryjnych dla pyłów węglowych o różnej granulacji między produktem Odwołującego, a Przystępującego Chemistil dla typy węgla 33 i stosowanym stężeniu 0,10% wynosi zaledwie 13,8 sekundy co nie wskazuje na dwukrotnie większe zużycie. Wskazał też, że na przeprowadzenie badań czasu zwilżania dla różnych pyłów węglowych nie ma żadnej normy bądź wytycznych regulujących to badanie. Przystępujący Chemistil wskazywał też na większe zużycie preparatu Odwołującego pomimo spadku wydobywania węgla. Podkreślił, że Zamawiający posiada kopalnie węgla kamiennego o typach węgla od 31 do 33, więc choćby z tego względu wyliczenia Odwołującego – jego zdaniem - są błędne. W ocenie Przystępującego Chemistil argument Odwołującego o rażąco niskiej cenie nie jest trafny. Podkreślił, że zaoferowana przez niego cena jest ceną realną i rynkową, a co do tego nie miał też wątpliwości sam Zamawiający, który nie skorzystał w tym zakresie z procedury wynikającej z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W toku rozprawy Przystępujący Chemistil podtrzymał swoje stanowisko.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba nie uwzględniła w tym zakresie wniosków podniesionych w odpowiedzi na odwołanie, jak też w zgłoszeniu przystąpienia po stronie Zamawiającego o nierozpoznawanie zarzutu dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie

z kryteriami oceny ofert jako zarzutu dotyczącego postanowień SIWZ, gdyż formalnie wniesione odwołanie odnosi się do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Zaskarżony przez niego wybór oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Przystępującego Chemistil z części drugiej zamówienia, bezpośrednio pozbawiał Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia we wskazanej części zamówienia, w której Odwołujący także złożył swoją ofertę. Tym samym Odwołujący wykazał swój uszczerbek (szkodę) w interesie, co stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła również skuteczność zgłoszenia przystąpienia dokonanego w przedmiotowej sprawie po stronie Zamawiającego, uznając, że wszystkie wymogi formalne wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały przez Przystępującego Chemistil wypełnione.

Jednocześnie też w toku posiedzenia z udziałem stron Izba postanowiła o uwzględnieniu zgłoszonej przez Zamawiającego opozycji co do zgłoszenia przystąpienia dokonanego w postępowaniu przez firmę ADW po stronie Odwołującego. Izba uznała, że firma ADW nie ma interesu w zgłoszeniu przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego w rozumieniu art. 185 ust. 3 ustawy Pzp po stronie Odwołującego, z uwagi na to, iż nie jest już wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, ze względu na skuteczne wykluczenie tego wykonawcy z postępowania decyzją Zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2014 r., co do której wskazany podmiot nie złożył odwołania. Izba stwierdziła bowiem, że - stosownie do art. 185 ust. 2 ustawy Pzp - skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego może zgłosić wyłącznie wykonawca.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że jest ono niezasadne.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie, na dwa zadania z dopuszczeniem możliwości składania ofert częściowych (pkt IV SIWZ). W postępowaniu tym (pkt XX SIWZ) Zamawiający przewidział dla oceny ofert dwa kryteria:

- 1) ceny z wagą 70% i
- 2) wydajności z wagą 30%

W ramach kryterium wydajności Zamawiający wskazał, że będzie brał pod uwagę minimalne oferowane stężenie koncentratu / stężenie substancji stałej, tj. zużycie koncentratu (l) / substancji stałej (kg) na 1000 litrów wody, przy którym średni czas nawilżania próbek pyłu węglowego o masie 1 g pochodzącego z węgla typu 33 nie przekracza 20 sekund. Wskazał też, że do obliczenia punktów w kryterium wydajność przyjęte zostaną dane zawarte w dokumencie wymaganym przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych w SIWZ, tj. w wynikach badań skuteczności pozbawienia lotności pyłu węglowego wodą z dodatkiem oferowanego przez wykonawcę preparatu wykonanych przez jednostkę notyfikowaną lub akredytowaną.

Do upływu terminu składania ofert w postępowaniu tym dla zadania nr 2 wpłynęły trzy oferty:

- 1) Oferta Odwołującego z ceną 4 848 069,60 zł brutto i parametrem wydajności: 1,0 l/1000 l wody;
- 2) Oferta Przystępującego Chemistil z ceną: 3 856 419,00 zł brutto i parametrem wydajności: 2,0 l/1000 l wody (co do oferowanego przez tego wykonawcę preparatu: AMBEROL DOS);
- 3) Oferta PPG ADW z ceną: 5 591 807,55 zł brutto i parametrem wydajności: 1,5 l/1000 l wody.

W ofercie Przystępującego Chemistil parametr wydajności został potwierdzony dokumentem badań i oceną skuteczności pozbawienia lotności pyłów węglowych wodą z dodatkiem preparatu AMBEROL DOS (str. 75 oferty Przystępującego Chemistil).

Zamawiający przeprowadził w niniejszym postępowaniu (zadanie nr 2) aukcję elektroniczną i ogłosił – w oparciu o powyższe - wyniki postępowania, wskazując na najkorzystniejszą ofertę Przystępującego Chemistil. Zamawiający jednocześnie poinformował, że Odwołujący w kryterium ceny uzyskał: 54,62 pkt zaś w kryterium wydajność: 30,00 pkt, tj. łącznie 84,62 pkt. Jednocześnie też Przystępujący Chemistil w kryterium ceny uzyskał 70 pkt, zaś w kryterium wydajność: 15 pkt, tj. łącznie 85,00 pkt.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, co następuje.

Izba uznała, że żaden z podnoszonych zarzutów odwołania nie potwierdził się. Pierwszy zarzut wyboru oferty najkorzystniejszej nie na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ – zdaniem Izby – był oczywiście niezasadny. Zamawiający dokonał oceny ofert w oparciu o dwa kryteria oceny ofert opisane w SIWZ. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazywał na konieczność zaoferowania preparatu do zwalczania zapylenia przy pracach związanych z urabianiem i transportem węgla w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych z zastosowaniem dozujących pomp lub agregatów w formie roztworu wodnego w ilości 746 500 l. W szczegółowych wymaganiach dotyczących właściwości preparatu wskazał m.in. na czas zwilżania pyłu węglowego do 20 sekund dla typów węgla: 31, 32, 33 34 i 35. Co do wydajności Zamawiający nie przewidział szczególnych wymogów w opisie przedmiotu zamówienia, lecz wskazał na badanie tego parametru w ramach kryterium oceny ofert, wskazując, że powyższe będzie weryfikował w kontekście zużycia koncentratu na 1000 l wody przy średnim czasie nawilżania nie przekraczającym 20 s. próbek pyłu węglowego pochodzącego z węgla typu 33. Z tych też względów niezasadne są zarzuty odwołania sprowadzające się do stwierdzenia, że w efekcie tego postępowania Zamawiający uzyska mniejszą ilość preparatu do użycia, niż gdyby dokonał wyboru oferty Odwołującego z większą zaoferowaną wydajnością. Przedstawiane w tym zakresie wyliczenia przez Odwołującego nie mają żadnego znaczenia dla postawionego zarzutu, ponieważ w założeniach niniejszego postępowania, wyrażonych wprost w postanowieniach SIWZ, przewidziano, że za preparat o mniejszej wydajności Zamawiający będzie przyznawał odpowiednio mniejszą ilość punktów w ramach określonego kryterium oceny ofert: wydajność. W tym kryterium Odwołujący, który zaoferował preparat z większą wydajnością otrzymał w trakcie oceny ofert odpowiednio większą ilość punktów od Przystępującego Chemistil. Jednakże o wyborze oferty najkorzystniejszej nie przesądzało wyłącznie kryterium wydajności lecz łączny bilans dwóch kryteriów określonych przez Zamawiającego w SIWZ, tj. obok kryterium wydajności także kryterium ceny.

Argumentacja Odwołującego w zakresie rozpatrywanego zarzutu – jak zresztą wskazywał Zamawiający – sprowadza się *de facto* do kwestionowania sposobu wyboru oferty najkorzystniejszej, jaki przewidział Zamawiający w SIWZ, co ewentualnie należałoby zarzucać Zamawiającemu na wcześniejszym etapie postępowania (na etapie SIWZ).

Bez znaczenia w tym kontekście są także argumenty Odwołującego o ewentualnej stracie finansowej Zamawiającego z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia. W tym zakresie stwierdzić należy, że Izba nie ocenia celowości, zasadności czy słuszności dokonywania przez podmiot zamawiający określonych zakupów z punktu widzenia choćby gospodarności jednostki. Do oceny powyższego powołane są inne organy. Izba – zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – uprawniona jest do rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez

wykonawców w kontekście oceny zgodności czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie z przepisami ustawy Pzp. W tym kontekście także nie ma – zdaniem Izby – żadnego znaczenia argumentacja Odwołującego o zakupach czynionych przez Zamawiającego na podobny przedmiot zamówienia w odrębnym postępowaniu. Izba ocenia bowiem zgodność czynności i zaniechań Zamawiającego w danym, konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe ma szczególne znaczenie w niniejszym przypadku, bowiem – jak oświadczył Zamawiający w toku rozprawy – dodatkowe zakupy, na które powołuje się Odwołujący prowadzone były przez Zamawiającego według własnej, wewnętrznej procedury, bez stosowania przepisów ustawy Pzp, wobec braku takiego obowiązku.

Ponadto podkreślić należy, że na tym etapie postępowania, skoro warunki prowadzenia postępowania i wyboru oferty najkorzystniejszej zostały przez Zamawiającego ostatecznie określone, kwestionowanie tych reguł nie może wpływać na wybór jako najkorzystniejszej innej oferty niż wybrana w oparciu o ustalone kryteria oceny ofert oraz opis przedmiotu zamówienia. Zmiana tych reguł wyboru oferty najkorzystniejszej na tym etapie postępowania – czego w efekcie domaga się Odwołujący - prowadziłaby bowiem do naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Co do zarzutu rażąco niskiej ceny Izba uznała ten zarzut za oczywiście niezasadny. Zarzut ten nie został poparty żadnymi dowodami, jak również jakąkolwiek argumentacją zasługującą na uwzględnienie. Argument, iż cena w ofercie Przystępującego Chemistil została obniżona do poziomu znacznie poniżej wartości szacunkowej samego zamówienia i jest niemal 60 i 90% niższa od cen pozostałych ofert w kontekście wydajności nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Odwołujący cenę oferty wskazanego wykonawcy odnosi do wydajności produktu, co nie jest uprawnione w świetle przywołanych powyżej argumentów. Wydajność preparatu była bowiem przez Zamawiającego oceniana w postępowaniu odrębnie. Odwołujący zaś nie wykazał, że oferowany przez Przystępującego Chemistil preparat nie może być zaoferowany Zamawiającemu po wskazanej w ofercie tego wykonawcy cenie bez konieczności ponoszenia przez niego strat przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Ponadto wskazywanie jako argumentu uzasadniającego stwierdzenie rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne jedynie różnicy procentowej ceny oferty w stosunku do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu oraz wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem, w tym także Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości UE (aktualnie TS UE), jak też w świetle obowiązujących w odniesieniu do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przepisów ustawy Pzp, jest nieuzasadnione. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie także żadnego uzasadnienia.

Podkreślić należy, że sama różnica w cenie oferty i szacunku zamawiającego samodzielnie, sama w sobie, nie może stanowić podstawy do ustalenia, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Istotne w tym zakresie jest bowiem wykazanie, że różnica ta ma charakter rażący, wskazujący na nierealność ceny ofertowej wykonawcy. Takich argumentów, czy też choćby twierdzeń Odwołujący w swoim odwołaniu nie zawarł.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 wskazanego rozporządzenia Izba może zasądzić na rzecz strony postępowania, która uzyskała korzystny dla niej wynik postępowania odwoławczego uzasadnione koszty strony, w tym – stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy. Taki rachunek co do kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego został faktycznie przedłożony do akt sprawy, jednakże z jego treści nie wynika, aby dotyczył kosztów pełnomocnika Zamawiającego związanych z niniejszym postępowaniem odwoławczym. Rachunek został wystawiony na rzecz Zamawiającego przez firmę doradczą, prowadzoną w formie spółki z o.o. z tytułu: „Zastępstwo przed Krajową Izbą Odwoławczą”, zaś pełnomocnikami w sprawie były osoby fizyczne: Pan S. G. – Z-ca Dyrektora Centrum Logistyki Materiałowej, Pani C. D. – Główny Specjalista Zespołu Przetargów i Umów W Centrum Logistyki Materiałowej i Pani A. W., a nie wskazana spółka. Tym samym zatem w tym przypadku Izba, nie znajdując żadnego powiązania pomiędzy kosztami wskazanymi w

rachunku złożonym do akt sprawy
z ustanowionymi w sprawie niniejszego postępowania odwoławczego (KIO 1761/14)
pełnomocnikami Zamawiającego, uznała wskazane koszty za nieuzasadnione.

Przewodniczący: