

Sygn. akt: KIO 2241/10

**WYROK**  
z dnia 29 października 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Członkowie: Katarzyna Brzeska**

**Anna Chudzik**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 15 października 2010 r. wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SMT Scharf Polska Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 55, 43-100 Tychy** oraz **BEVEX - Banský Vysokum spol. s.r.o., Kosovská cesta 20, 971 13 Prievidza, Słowacja** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Lubelski Węgiel "Bogdanka" S.A. w Bogdance, 21-013 Puchaczów**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Śląskiego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego ATUT sp. z o.o., ul. W. Korfańskiego 37, 43-400 Cieszyn** oraz **FITE a.s., 709 51 Ostrava-Mariánské Hořy, Vystavní 2224/8, Republika Czeska** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SMT Scharf Polska Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 55, 43-100 Tychy** oraz **BEVEX - Banský Vysokum spol. s.r.o., Kosovská cesta 20, 971 13 Prievidza, Słowacja** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SMT Scharf Polska Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 55, 43-100 Tychy oraz BEVEX - Banský Vysoký spol. s r.o., Kosovská cesta 20, 971 13 Prievidza, Słowacja.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Lublinie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest „*dostawa 5 sztuk fabrycznie nowych lokomotyw spalinowych podwieszanych, przeznaczonych do przewozu ludzi i transportu materiałów w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych węgla kamiennego, zagrożonych wybuchem pyłu węglowego i metanu*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 lipca 2010 r. Nr 2010/S 126-193395.

Pismem z 6 października 2010 r., doręczonym w tym samym dniu faksem, Zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SMT Scharf Polska Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 55, 43-100 Tychy oraz BEVEX - Banský Vysoký spol. s r.o., Kosovská cesta 20, 971 13 Prievidza, Słowacja, zwanych dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Śląskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne ATUT sp. z o.o., ul. W. Korfańskiego 37, 43-400 Cieszyn oraz FITE a.s., 709 51 Ostrava-Mariánské Hory, Vystavní 2224/8, Republika Czeska, zwanych dalej „Przystępującym”. Zamawiający poinformował także, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, natomiast oferta złożona przez Fabrykę Maszyn Górniczych „PIOMA” S.A., zwaną dalej również „Pioma”, została sklasyfikowana na miejscu trzecim.

Wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego, a także wobec zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu Przystępującego, zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy, zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Pioma Odwołujący wniósł w dniu 15 października 2010r. odwołanie. W odwołaniu tym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 ust. 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, mimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- 3) art. 90 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz art. 89

ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- 4) art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, która powinna być odrzucona,
- 5) art. 89 ust. 1 ust. 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Pioma, mimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 6) art. 90 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Pioma do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia dokonanego wyboru oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) wykluczenia Przystępującego z postępowania,
- 4) odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego,
- 5) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Pioma,
- 6) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący argumentował, że elementem przedmiotu zamówienia obok dostawy urządzeń jest dostawa dokumentacji zawierającej m.in. „dokumenty przynależne, których obowiązek dostarczenia wynika zobowiązującego prawa”, w tym dopuszczenie Wyższego Urzędu Górniczego (część III pkt III.C ppkt 3 lit. d SIWZ). Wywodził, że do oferty wykonawcy byli zobowiązani dostarczyć m.in. dokumentację techniczno - ruchową lokomotywy (1 szt.) oraz wzory dokumentów dostarczanych wraz z dostawą lokomotyw (część III punkt ULG SIWZ).

Wskazywał ponadto, iż zgodnie z punktem III.B.15 w części III SIWZ, Zamawiający wymagał, by chłodnica oleju hydraulicznego i aparatura elektryczna była umieszczona poza wydzieloną częścią maszynową z silnikiem.

Wyjaśniał, że lokomotywy będące przedmiotem zamówienia są zaliczane do wyrobów stosowanych w wyrobiskach podziemnych zakładów górniczych wymienionych w punkcie 3 załącznika nr 1 do rozporządzenia Rady Ministrów z 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w zakładach górniczych (ppkt 3.1 załącznika

obejmujący urządzenia transportu linowego, kolejki podwieszane, kolejki spągowe oraz ich podzespoły). Z tego względu, zgodnie z § 2 powołanego rozporządzenia, ich stosowanie w zakładach górniczych wymaga wydania decyzji o dopuszczeniu wyrobu do stosowania w zakładach górniczych, zwanej dalej również dopuszczeniem.

Zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 7 rozporządzenia, do wniosku o wydanie dopuszczenia należy dołączyć m.in. dokumentację techniczno - ruchową zawierającą określone tam informacje wymagane do prawidłowego i bezpiecznego stosowania wyrobu, w tym warunki stosowania wyrobu, uwzględniające sposób przeprowadzania przeglądów, konserwacji, napraw i regulacji.

Argumentował, że Przystępujący zaoferował dostawę lokomotywy typu BIZON 120-4 (punkt 1 formularza oferty, str. 2 oferty). Na potwierdzenie spełniania wymagań Zamawiającego załączył do oferty m.in.:

- parametry techniczne lokomotywy (załącznik nr 12 do oferty, str. 109-110), gdzie na stronie 110 w punkcie 15 Przystępujący potwierdził, że w oferowanej lokomotywie chłodnica oleju hydraulicznego i aparatura elektryczna jest umieszczona poza wydzieloną częścią maszynową z silnikiem, a jako dokument potwierdzający spełnianie tego wymogu wskazało str. 23 DTR (dokumentacji techniczno - ruchowej),
- decyzję Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego z 20 marca 2009 r. L.dz. GEM/4711/0013/09/04677/P1 (załącznik nr 17 do oferty, str. 128-129), dopuszczającą lokomotywę dołową spalinową podwieszoną typu BIZON-120-X do stosowania w podziemnych zakładach górniczych,
- dokumentację techniczno - ruchową lokomotywy (załącznik nr 13 do oferty), obejmującą m.in. instrukcję obsługi lokomotywy dołowej spalinowej podwieszanej typu BIZON-120-X, nr NKP BIZON 120-X 07-01 z 2010 r.

W pierwszej kolejności podkreślał, że zgodnie z decyzją Prezesa WUG z 20 marca 2009 r. lokomotywa, będąca przedmiotem dopuszczenia do stosowania, ma być eksploatowana zgodnie z instrukcją obsługi o nr NKP BIZON 120-X 07-01 z 2007 roku (pkt 2.5 decyzji). Instrukcja ta jako element dokumentacji stanowi załącznik do decyzji. Natomiast Przystępujący załączył do oferty instrukcję z roku 2010, co wynika ze strony tytułowej oraz str. 47 instrukcji, gdzie zamieszczono informację, że instrukcja jest ważna od 1 maja 2010 r.

W świetle powyższego Odwołujący wywodził, że Przystępujący złożył Zamawiającemu inną instrukcję niż instrukcja, na podstawie której oferowana lokomotywa może być eksploatowana zgodnie z decyzją Prezesa WUG z 20 marca 2009 r., mimo że punkt 4 tej decyzji zobowiązuje do przedłożenia użytkownikowi instrukcji z 2007 r. Podkreślał, że okoliczność ta ma istotne znaczenie, ponieważ zgodnie z instrukcją z 2007 roku w

lokomotywie typu BIZON 120-X chłodnica oleju hydraulicznego i aparatura elektryczna są umieszczone w części maszynowej z silnikiem (tak jak na schemacie przedstawionym na str. 20 instrukcji z 2010 r. załączonej do oferty i na str. 52 DTR). Lokomotywa typu BIZON 120-X, dopuszczona do stosowania w podziemnych zakładach górniczych na mocy decyzji Prezesa WUG z 20 marca 2009 r. nie spełnia zatem wymagania, o którym mowa w punkcie III.B.15 w części III SIWZ.

Podkreślał, że na stronie 23 instrukcji z 2010 r. oraz na str. 55 DTR (załącznik 1.4 Bizon 120-X z ramą pomocniczą), załączonych do oferty Przystępującego, zamieszczono rysunek, gdzie w opisie wskazano „ramę pomocniczą” jako umiejscowienie chłodnicy oleju hydraulicznego wraz z systemem sterowania ciągnika spalinowego. Jednocześnie na stronach 6 i 12 tej instrukcji znajduje się informacja o treści: „Na specjalne zamówienie klienta można dostarczyć lokomotywę Bizon 120-X także w konfiguracji wg załącznika nr 1.4.” W przypadku tego wykonania „chłodnica oleju hydraulicznego, razem z wentylatorem i napędowym silnikiem hydraulicznym jest umieszczona w ramie pomocniczej na jednym z dodatkowych napędów lokomotywy” (str. 6 instrukcji), a „centralna skrzynia elektryczna jest umieszczona pod jednym z dodatkowych napędów, razem z urządzeniem chłodzącym obwodu hydraulicznego” (str. 12 instrukcji).

Wywodził, że zarówno wskazane rysunki, jak i zacytowane informacje nie zostały zamieszczone w instrukcji z 2007 r., o której mowa w punkcie 2.5 decyzji WUG z 20 marca 2009 r.

Podkreślał, że zgodnie z punktem 8 decyzji Prezesa WUG w przypadku zamiaru wprowadzenia przez wnioskodawcę zmian wyszczególnionych w § 8 ust. 2 powołanego tam rozporządzenia, wyrób podlega konieczności ponownego dopuszczenia do stosowania w podziemnych zakładach górniczych.

Zmiany, o których mowa w § 8 ust. 2 rozporządzenia, obejmują m.in. zmiany systemów sterowania wyrobem i osłon części ruchomych wyrobu (pkt 5 i 6). Wskazywał, że na str. 12 instrukcji załączonej do oferty zawarto informację, iż „W części silnikowej lokomotywy w tym wykonaniu znajduje się pomocnicza, elektryczna skrzynia rozdzielcza, z której jest rozgałęzione sterowanie elektromagnesów zaworów hydraulicznych”. Zawarte we wskazanym opisie dodatkowe okablowanie, jak również dodatkowa „skrzynka pomocnicza” znajdująca się w głównej części maszynowej są nowymi elementami sterowania ciągnikiem. Umieszczenie chłodnicy wraz z systemem sterowania poza częścią silnikową na ramie pomocniczej jest zatem zmianą wymagającą ponownego dopuszczenia lokomotywy do stosowania.

Wykonanie lokomotywy typu Bizon 120-X, gdzie chłodnica oleju hydraulicznego wraz z systemem sterowania są umieszczone poza częścią silnikową, nie zostało dopuszczone przez Prezesa WUG do stosowania w podziemnych zakładach górniczych. To wykonanie lokomotywy oferowanej przez Konsorcjum ATUT nie spełnia zatem wymagań SIWZ, ponieważ nie może być, z uwagi na brak dopuszczenia Prezesa WUG, stosowane do przewozu ludzi i transportu materiałów w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych węgla kamiennego. Podkreślić również należy, że ocena spełniania przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego dokonywana jest na dzień składania ofert, a nie według stanu w dacie realizacji dostawy, wskazując na treść art. 26 ust. 3 in fine ustawy. Nawet gdyby Przystępujący uzyskał dopuszczenie dla wykonania lokomotywy z ramą pomocniczą po dacie składania ofert, powinien zostać wykluczony z postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe podnosił, że treść oferty Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ i z tego względu oferta ta podlega odrzuceniu. Wywodził, że złożenie przez Przystępującego decyzji Prezesa WUG z 20 marca 2009 r. oraz instrukcji z 2010 r., do której wskazana decyzja się nie odnosi, służyło wprowadzeniu Zamawiającego w błąd co do spełniania przez oferowaną lokomotywę wymagania, o którym mowa w części III punkcie III.B.15 SIWZ. Podkreślał, że Przystępujący podał w ofercie nieprawdziwe informacje, ponieważ potwierdził na stronie 110 w punkcie 15 (załącznik nr 12 do oferty Parametry techniczne lokomotywy), że w oferowanej lokomotywie typu BIZON 120-4 chłodnica oleju hydraulicznego i aparatura elektryczna są umieszczone poza wydzieloną częścią maszynową z silnikiem, oraz przedstawił instrukcję z 2010 r., dotyczącą wykonania lokomotywy spełniającego ten wymóg, które jednakże nie zostało dopuszczone do stosowania w zakładach górniczych. Informacje te miały wpływ na wynik postępowania, ponieważ lokomotywa BIZON 120-4, dopuszczona do stosowania na mocy wskazanej decyzji Prezesa WUG z 20 marca 2009 r., nie spełnia wymagania punktu III.B.15 SIWZ, co powinno skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego.

Dodatkowo wskazywał, że Przystępujący przedstawił dokument w postaci uchwały zgromadzenia wspólników spółki Śląskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „ATUT” Sp. z o.o. w Cieszynie z 5 sierpnia 2010 r. (załącznik nr 1 do oferty, str. 11). Treścią tej uchwały jest zezwolenie zarządowi na przystąpienie do przetargu i zawarcie umowy z Zamawiającym na realizację zamówienia. Wskazany dokument został złożony jako kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem. Złożona kopia budzi wątpliwości Odwołującego co do jej prawdziwości. Wskazywał, że analogiczny dokument o identycznym układzie podpisów został jeszcze, co najmniej, dwukrotnie złożony w podobnego typu przetargach nieograniczonych:

1. w ofercie spółki Śląskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „ATUT” Sp. z o.o. w Cieszynie do przetargu oznaczonego numerem ewidencyjnym 33/IV/ZP/10 na „Zakup 4 sztuk lokomotyw podwieszanych o napędzie spalinowym dla Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. KWK Budryk” (otwarcie ofert odbyło się dn. 06.07.2010 r.),
2. w ofercie Konsorcjum firm: Lider Konsorcjum Śląskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „ATUT” Sp. z o.o. w Cieszynie oraz Członek konsorcjum FITE a.s. w Ostrawie, Czeska Republika do przetargu oznaczonego numerem ewidencyjnym ZP/631/2010 na „Dostawę urządzeń do eksploatacji ścian w polu CDF dla Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. KWK Murcki-Staszic, Część II. Dostawa 3 ciągników spalinowych kolejek podwieszanych wraz z zestawami transportowymi” (otwarcie ofert odbyło się dn. 23.09.2010 r.).

Wywodził, że identyczność samych podpisów oraz identyczność ich układu skłaniają do wniosku, że zgromadzenia wspólników, na których miało dojść do podjęcia wskazanych uchwał, nie miały miejsca, a podpisy wspólników pod rzekomymi uchwałami są kserowane lub skanowane (na co może wskazywać „spikselowana” struktura podpisów). Podnosił, że przedłożenie kopii fikcyjnego dokumentu stanowi podanie nieprawdziwych informacji. Informacje te mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zgodnie bowiem z zasadami reprezentacji spółki Śląskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „ATUT” Sp. z o.o., ujawnionymi w odpisie z rejestru przedsiębiorców tej spółki, zarząd decyduje samodzielnie w sprawach dotyczących zaciągania przez spółkę zobowiązań lub nabywania praw o wartości do 500.000 zł. Wartość oferty Przystępującego wynosi 1.908.433,80 zł. W konsekwencji zarząd spółki powinien był uzyskać zezwolenie zgromadzenia wspólników na przystąpienie do przetargu i złożenie oferty o takiej wartości. Brak takiej uchwały powinien skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 lub pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podnosił ponadto, że Przystępujący oferuje wykonanie zamówienia za łączną cenę w wysokości 1.564.290 zł netto, co po dodaniu podatku VAT daje kwotę 1.908.433,80 zł. Natomiast Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 4.291.350 zł. Wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez Zamawiającego jest zatem ponad dwukrotnie wyższa od ceny oferowanej przez Przystępującego.

Ceny oferowane przez pozostałych wykonawców przedstawiają się następująco:

1. Fabryka Maszyn Górniczych PIOMA S.A. - 2.690.257,26 zł,
2. Odwołujący - 4.341.752,88 zł,
3. Becker-Warkop Sp. z o.o.- 5.425.321,55 zł.

Wskazywał, że druga w kolejności według kryterium ceny tj. oferta wykonawcy PIOMA jest wyższa o 781.823,46 zł. Ceny oferowane przez pozostałych wykonawców są ponad dwukrotnie wyższe. Oferowana przez Przystępującego cena jednostkowa lokomotywy



wynosi 298.000 zł netto, co po dodaniu podatku VAT daje 363.560 zł. Podnosił, że w postępowaniu o udzielenie przez Jastrzębską Spółkę Węglową SA zamówienia na „Zakup 4 sztuk lokomotyw podwieszanych o napędzie spalinowym dla Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. KWK Budryk”, nr sprawy 33/IV/ZP/10, Śląskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „ATUT” Sp. z o.o. w Cieszynie zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia za łączną cenę brutto w wysokości 3.264.720 zł. Cena jednostkowa lokomotywy wynosiła 816.180 zł brutto.

Wskazywał, że w postępowaniu o udzielenie przez Katowicki Holding Węglowy SA zamówienia na „Dostawę urządzeń do eksploatacji ścian w polu CDF dla Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. KWK Murcki-Staszic, Część II. Dostawa 3 ciągników spalinowych kolejek podwieszanych wraz z zestawami transportowymi”, nr sprawy ZP/631/2010, Konsorcjum ATUT zaoferowało dostawę lokomotyw o wartości jednostkowej netto 590.000 zł, co po dodaniu podatku VAT daje 719.800 zł. Odwołujący wyjaśnia, że zgodnie ze specyfikacją dostawa dla KHW SA ma nastąpić na podstawie umowy leasingu finansowego, podana kwota nie obejmuje oprocentowania i marży leasingodawcy, a wyłącznie podaną w ofercie Konsorcjum ATUT wartość lokomotywy stanowiącą podstawę do ustalenia wysokości rat kapitałowych.

Biorąc powyższe pod uwagę wywodził, że cena oferowana przez Przystępującego jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Uwzględniając stosunek, w jakim cena ta pozostaje do wartości przedmiotu zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, oraz cen oferowanych przez pozostałych wykonawców, Zamawiający powinien był wezwać Przystępującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zaniechanie przez Zamawiającego tego wezwania nastąpiło z naruszeniem przepisu art. 90 ust. 1 ustawy. Ponadto oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Uzasadniając zarzuty podniesione przeciwko wykonawcy Pioma Odwołujący wskazywał, że zgodnie z punktem III.B.15 w części III SIWZ Zamawiający wymagał, by chłodnica oleju hydraulicznego i aparatura elektryczna była umieszczone poza wydzieloną częścią maszynową z silnikiem. Wywodził, że Zamawiający wymagał zatem, by oferowana lokomotywa była wyposażona w tzw. „blok elektro-hydrauliczny”, tzn. blok zawierający oprócz chłodnicy oleju hydraulicznego także aparaturę elektryczną, która steruje funkcjami lokomotywy. Blok ten powinien być umieszczony poza wydzieloną częścią maszynową z silnikiem. Wymóg ten jest istotną cechą budowy spalinowej lokomotywy podwieszanej, gdyż elementy elektroniki sterującej nie umieszczone poza wydzieloną częścią maszynową z silnikiem są narażone na drgania, wysoką temperaturę oraz zanieczyszczenie płynami bądź olejami, co w następstwie prowadzi do zaburzenia sterowania funkcjami lokomotywy.

Podnosił, że Fabryka Maszyn Górniczych „PIOMA” S.A. oferuje dostawę lokomotywy

typu Pioma CSP 4A00 (punkt 1 formularza oferty). Lokomotywa oferowana przez tego wykonawcę posiada jedynie chłodnicę oleju z wentylatorem napędzanym silnikiem hydraulicznym oraz hydrauliczny blok załączania jednostki napędowej, które są zabudowane w odrębnym korpusie, podwieszonym do jednej z jednostek napędowych. Informacje takie zostały zawarte na str. 58 instrukcji DTR-09-0204-K-00-PL z marca 2010 r. załączonej do oferty (str. 156 oferty). Element powyższy nie stanowi bloku elektro-hydraulicznego, o którym mowa w pkt. III.B.15 w części III SIWZ. Biorąc pod uwagę powyższe, treść oferty Pioma nie odpowiada treści SIWZ i z tego względu oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzucał także, że Fabryka Maszyn Górniczych „Pioma” SA oferuje wykonanie zamówienia za łączną cenę w wysokości 2.205.128,90 zł netto, co po dodaniu podatku VAT daje kwotę 2.690.257,26 zł. Natomiast Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 4.291.350 zł. Wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez Zamawiającego jest zatem prawie dwukrotnie wyższa od ceny oferowanej przez Piomę. Wskazywał, że ceny oferowane przez Odwołującego i Becker - Warkop Sp. z o.o. są również dużo wyższe od ceny oferowanej przez Pioma.

Oferowana przez Pioma cena jednostkowa lokomotywy wynosi 420.000 zł netto, co po dodaniu podatku VAT daje 512.400 zł. W innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego Pioma oferowała wyższą cenę za ten sam typ lokomotywy. W szczególności w postępowaniu o udzielenie przez Katowicki Holding Węglowy SA zamówienia na „Dostawę urządzeń do eksploatacji ścian w polu CDF dla Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. KWK Murcki-Staszic, Część II. Dostawa 3 ciągników spalinowych kolejek podwieszanych wraz z zestawami transportowymi”, nr sprawy ZP/631/2010, Pioma zaoferowała dostawę trzech lokomotyw o łącznej wartości netto 1.700.000 zł, cena jednostkowa lokomotywy netto wynosiła ok. 566.667 zł, co po dodaniu podatku VAT daje 691.333,74 zł. Cena ta była zatem o ponad 25% wyższa niż oferowana w niniejszym przetargu.

W oparciu o powyższą argumentację podnosił, że cena oferowana przez Fabrykę Maszyn Górniczych „Pioma” S.A. jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wywodził, że Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zaniechanie przez Zamawiającego tego wezwania nastąpiło z naruszeniem przepisu art. 90 ust. 1 ustawy. Ponadto oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy

Zamawiający w dniu 15 października 2010 r. przesłał pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopię odwołania wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Przystępujący i wykonawca Pioma otrzymał kopię odwołania i wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 15 października 2010 r.

Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczając przystąpienie Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 18 października 2010 r.

W zgłoszeniu Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez Przystępującego i wykonawcę Pioma, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia, pismo procesowe Przystępującego z 18 października 2010 r., jak również biorąc pod uwagę dokumenty, oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, skład orzekający Izby ustalił, co następuje.**

Zgodnie z punktem III.B.15 w części III SIWZ, Zamawiający wymagał, by *chłodnica oleju hydraulicznego i aparatura elektryczna była umieszczona poza wydzieloną częścią maszynową z silnikiem.*

Zgodnie z Rozdziałem VI wykonawcy zobowiązani byli złożyć dokumenty określone w cz. III SIWZ. Zgodnie z pkt III.G w części III SIWZ do oferty wykonawcy byli zobowiązani załączyć *dokumentację techniczno - ruchową lokomotywy (1 szt.) oraz wzory dokumentów dostarczanych wraz z dostawą lokomotyw (deklaracja zgodności, świadectwo jakości, itp.).*

Zgodnie z pkt C w części III SIWZ *wraz z dostawą przedmiotu przetargu, dostawca zobowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu dokumenty zgodne ze stanem prawnym na dzień dostawy tj. deklarację zgodności, dopuszczenie WUG, świadectwo wytwórcy, świadectwo gwarancji, itp., dokumenty upoważniające do stosowania lokomotyw w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem oraz inne dokumenty niezbędne do przeprowadzenia odbioru technicznego i przekazania do eksploatacji*

Przystępujący zaoferował dostawę lokomotywy spalinowej podwieszanej typu BIZON 120-4 (punkt 1 formularza oferty, str. 2 oferty). Załączył do oferty m.in.:

- parametry techniczne lokomotywy (załącznik nr 12 do oferty, str. 109-110), gdzie

na stronie 110 w punkcie 15 Przystępujący oświadczył, że w oferowanej lokomotywie chłodnica oleju hydraulicznego i aparatura elektryczna jest umieszczona poza wydzieloną częścią maszynową z silnikiem, a jako dokument potwierdzający spełnianie tego wymogu wskazało str. 23 DTR (dokumentacji techniczno - ruchowej),

- dokumentację techniczno - ruchową lokomotywy (załącznik nr 13 do oferty), obejmującą m.in. instrukcję obsługi lokomotywy dołowej spalinowej podwieszanej typu BIZON-120-X, nr NKP BIZON 120-X 07-01 z 2010 r.

- decyzję Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego z 20 marca 2009 r. L.dz. GEM/4711/0013/09/04677/P1 (załącznik nr 17 do oferty, str. 128-129), dopuszczającą lokomotywę dołową spalinową podwieszoną typu BIZON-120-X do stosowania w podziemnych zakładach górniczych.

Na stronie 23 instrukcji obsługi lokomotywy z 2010 r. oraz na str. 55 DTR (załącznik 1.4 Bizon 120-X z ramą pomocniczą), załączonych do oferty Przystępującego, zamieszczono rysunek, gdzie w opisie wskazano „ramę pomocniczą” jako umiejscowienie chłodnicy oleju hydraulicznego wraz z systemem sterowania ciągnika spalinowego. Jednocześnie na stronach 6 i 12 tej instrukcji znajduje się informacja o treści: „Na specjalne zamówienie klienta można dostarczyć lokomotywę Bizon 120-X także w konfiguracji wg załącznika nr 1.4.” W przypadku tego wykonania „chłodnica oleju hydraulicznego, razem z wentylatorem i napędowym silnikiem hydraulicznym jest umieszczona w ramie pomocniczej na jednym z dodatkowych napędów lokomotywy” (str. 6 instrukcji), a „centralna skrzynia elektryczna jest umieszczona pod jednym z dodatkowych napędów, razem z urządzeniem chłodzącym obwodu hydraulicznego” (str. 12 instrukcji).

Zgodnie z decyzją Prezesa WUG z 20 marca 2009 r. lokomotywa, będąca przedmiotem dopuszczenia do stosowania, ma być eksploatowana zgodnie z instrukcją obsługi o nr NKP BIZON 120-X 07-01 z 2007 roku (pkt 2.5 decyzji).

Zgodnie z instrukcją obsługi lokomotywy z 2007 roku w lokomotywie typu BIZON 120-X chłodnica oleju hydraulicznego i aparatura elektryczna są umieszczone w części maszynowej z silnikiem.

Na rozprawie Przystępujący złożył decyzję Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego z dnia 25.10.2010 r. zmieniającą decyzję z dnia 20 marca 2009 r. W decyzji tej Prezes WUG nadał nowe brzmienie pkt 2.5 zgodnie z którym wyrób „*będzie eksploatowany zgodnie z instrukcją obsługi o nr NKP BIZON 120-X 10-09 z września 2010 r.*”, w pozostałym zakresie pozostawiając decyzję z dnia 20 marca 2009 r. bez zmian.

W uzasadnieniu decyzji wskazano, że w trakcie prowadzonego postępowania wyjaśniającego ustalono, że wprowadzone zmiany konstrukcyjne w przedmiotowym wyrobie nie naruszają postanowień §8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 roku w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w zakładach. Wskazano także, potwierdzeniem spełnienia wymagań są zapisy zawarte w wynikach badań i ocenie nr WBO/51/10 z października 2010 r. opracowanych przez jednostkę certyfikującą Test sp. z o.o. w Siemianowicach.

Wartość oferty Przystępującego wynosi 1.908.433,80 zł.

Ofertę Przystępującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Śląskiego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego ATUT sp. z o.o., ul. W. Korfanteo 37, 43-400 Cieszyn oraz FITE a.s., 709 51 Ostrava-Mariánské Hory, Vystavní 2224/8, Republika Czeska podpisał Prezes Zarządu Śląskiego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego „ATUT” Sp. z o.o. w Cieszynie Leszek Niedźwiecki.

Do oferty załączono:

- a) pełnomocnictwo członka Konsorcjum Tite a.s. dla Śląskiego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego „ATUT” Sp. z o.o. w Cieszynie do podpisania oferty, z prawem do udzielania dalszych pełnomocnictw, podpisane przez osobę umocowaną do reprezentowania Fite a.s,
- b) pełnomocnictwo Śląskiego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego „ATUT” Sp. z o.o. w Cieszynie z 6.8.2010 r. dla Leszka Niedźwieckiego, podpisane przez Prezesa Zarządu Leszka Niedźwieckiego i członka zarządu Renatę Pilch.

Złożony wraz z ofertą odpis z Krajowego Rejestru Sądowego z 23.04.2010 r. spółki Śląskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „ATUT” Sp. z o.o. w Cieszynie, zawiera następujące postanowienia:

- kapitał zakładowy spółki wynosi 50.000 zł,
- organ uprawniony do reprezentacji spółki: zarząd,
- zarząd decyduje samodzielnie w sprawach dotyczących zaciągania przez spółkę zobowiązań lub nabywania praw o wartości do 500.000,00 zł.

Jako członkowie zarządu zostali ujawnieni Renata Pilch – Zastępca Prezesa oraz Leszek Niedźwiecki – Prezes Zarządu.

Przystępujący złożył także wraz z ofertą dokument w postaci uchwały zgromadzenia wspólników spółki Śląskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „ATUT” Sp. z o.o. w Cieszynie z 5 sierpnia 2010 r. (załącznik nr 1 do oferty, str. 11). Treścią tej uchwały jest zezwolenie

zarządowi na dokonanie czynności prawnej o wartości zobowiązania (lub rozporządzenia) przewyższającego dwukrotność kapitału zakładowego. Jako czynność prawną wskazano przystąpienie do przetargu i zawarcie umowy z Zamawiającym na realizację niniejszego zamówienia. Dokument ten został złożony jako kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem przez Prezesa Zarządu Leszka Niedźwieckiego.

Na rozprawie w dniu 26 października 2010 r. Przystępujący okazał oryginał dokumentu w postaci uchwały zgromadzenia wspólników spółki Śląskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „ATUT” Sp. z o.o. w Cieszynie z 5 sierpnia 2010 r., którego kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem złożył do akt sprawy.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 4.291.350 zł. Koszt zamówienia Zamawiający ustalił w oparciu o wcześniej dokonywane przez siebie postępowania u udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone w latach 2008 - 2009. Zawarte w wyniku tych postępowań umowy zostały podpisane z członkami konsorcjum Odwołującego.

Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto 1.908.433,80 zł. Cena jednostkowa lokomotywy wynosi ok. 363.560 zł brutto. Fabryka Maszyn Górniczych PIOMA S.A. zaoferowała wykonania zamówienia za kwotę 2.690.257,26 zł, cena jednostkowa lokomotywy wynosi zatem ok. 512.400 zł brutto.

Ceny oferowane przez pozostałych wykonawców przedstawiają się następująco: Odwołujący - 4.341.752,88 zł, Becker-Warkop Sp. z o.o.- 5.425.321,55 zł.

W postępowaniu o udzielenie przez Jastrzębską Spółkę Węglową SA zamówienia na „Zakup 4 sztuk lokomotyw podwieszanych o napędzie spalinowym dla Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. KWK Budryk”, nr sprawy 33/IV/ZP/10, Śląskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „ATUT” Sp. z o.o. w Cieszynie zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia za łączną cenę brutto w wysokości 3.264.720 zł. Cena jednostkowa lokomotywy wynosiła 816.180 zł brutto.

W postępowaniu o udzielenie przez Katowicki Holding Węglowy SA zamówienia na „Dostawę urządzeń do eksploatacji ścian w polu CDF dla Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. KWK Murcki-Staszic, Część II. Dostawa 3 ciągników spalinowych kolejek podwieszanych wraz z zestawami transportowymi”, nr sprawy ZP/631/2010, Przystępujący zaoferował dostawę lokomotyw o wartości jednostkowej brutto 719.800 zł.

W innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego ceny transakcyjne kształtowały się następująco:

- a) 2.459.016,39 netto – w 2009, w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego dla Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK Piast, którego przedmiotem była dostawa 5 kompletnych ciągników spalinowych, 5 kompletnych zestawów transportowych, 10 szt. wózków hamulcowych, wybrano ofertę wykonawcy Pioma. Wartość szacunkowa zamówienia wynosiła 4.250.000,00 zł netto,

b) 1.027.708,20 zł netto, w 2009, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK Brzeszcze – Silesia, którego przedmiotem była dostawa dwóch ciągników spalinowych kolejki podwieszanej wraz z zestawami transportowymi, wybrano ofertę wykonawcy Ferrit s.r.o. Wartość szacunkowa zamówienia wynosiła 1.900.000 zł netto,

c) 983.606,56 zł netto, w 2010 r., w postępowaniu, którego przedmiotem był leasing finansowy wraz z dostawą dwóch ciągników spalinowych podwieszanych dla Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK Bielszowice, wybrano ofertę wykonawcy Ferrit s.r.o. Wartość szacunkowa wynosiła 1.531.027,53 zł netto.

Zgodnie z punktem III.B.15 w części III SIWZ, Zamawiający wymagał, by *chłodnica oleju hydraulicznego i aparatura elektryczna była umieszczona poza wydzieloną częścią maszynową z silnikiem.*

Fabryka Maszyn Górniczych „PIOMA” S.A. zaoferowała dostawę lokomotywy typu Pioma CSP 4A00 (punkt 1 formularza oferty). Na str. 58 instrukcji DTR-09-0204-K-00-PL z marca 2010 r. załączonej do oferty (str. 156 oferty) znajduje się zapis iż zespół chłodzenia oleju hydraulicznego jest to odrębny korpus w którym zabudowana jest chłodnica oleju z wentylatorem oraz napędzający go silnik hydrauliczny. Dodatkowo w zespole chłodzenia zbudowany jest hydrauliczny blok załączania jednostki napędowej, cały zespół chłodzenia podwieszony jest do jednej z jednostek napędowych.

Na rozprawie Zamawiający złożył oświadczenie, iż w zakresie ww. zarzutu uznaje słuszność stanowiska Odwołującego, a mianowicie iż lokomotywa oferowana przez wykonawcę Pioma nie spełnia wymogu, określonego w punkcie III.B.15 w części III SIWZ.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego 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 Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**1. Zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu z powodu podania nieprawdziwych informacji lub zaniechania odrzucenia jego oferty z powodu sprzeczności z treścią punkcie III.B.15 SIWZ.**

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Przystępującego, wskazując na naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący zaprzeczył prawdziwości oświadczenia Przystępującego, który w ofercie na stronie 110 w punkcie 15 (załącznik nr 12 do oferty Parametry techniczne lokomotywy), wskazał, że w oferowanej lokomotywie typu BIZON 120-4 chłodnica oleju hydraulicznego i aparatura elektryczna są umieszczone poza wydzieloną częścią maszynową z silnikiem.

Odwołujący wskazał także, że z tego powodu oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ, a mianowicie z pkt III.B.15 w części III SIWZ, w którym Zamawiający wymagał, by *chłodnica oleju hydraulicznego i aparatura elektryczna była umieszczona poza wydzieloną częścią maszynową z silnikiem*.

Izba zważyła, że norma prawna wyrażona w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest normą iuris cogentis. Oznacza to, że zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości.

Z uwagi na daleko idący skutek uznania złożonej w ofercie informacji za nieprawdziwą jakim jest obowiązek wykluczenia z udziału w postępowaniu, w orzecznictwie ukształtował się pogląd, że wykazanie nieprawdziwości oświadczenia wykonawcy wymaga przeprowadzenia dowodu, którego wiarygodność nie budzi wątpliwości i z którego w sposób jednoznaczny wynika, że oświadczenie wykonawcy jest niezgodne z rzeczywistością.

Stanowisko takie Krajowa Izba Odwoławcza zajęła m.in. w wyroku z dnia 10 czerwca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 666/09, 667/09, 668/09, 669/09, w którym wskazała, że „*dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja mająca*



*rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Gdyby w tej mierze istniały jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne, nie potwierdzałyby warunku udziału w postępowaniu, bądź zawierały nieścisłości zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp”.*

Ponadto niezbędnym jest, aby złożenie nieprawdziwych informacji miało lub mogło mieć w przyszłości wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba stwierdziła także, że ciężar dowodu co do podania przez Przystępującego informacji nieprawdziwych a także iż złożenie tych informacji ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania spoczywał w niniejszej sprawie na Odwołującym, albowiem to on z faktu tego wywodził skutek prawny tj. obowiązek wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z art. 188 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony mogą przedstawiać, aż do zamknięcia rozprawy. Ponadto, zgodnie z art. 6 KC w związku z art. 14 ustawy Pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na stronie, która z faktu wywodzi skutki prawne.

Izba zważyła także, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Odrzucenie oferty na podstawie przywoływanego przepisu następuje wyłącznie w razie braku spełnienia przez oferowane świadczenie (treść oferty) opisanych w SIWZ wymagań merytorycznych zamawiającego (treść SIWZ). Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie w ugruntowanym orzecznictwie, w którym podkreśla się, że „Użyte przez ustawodawcę w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy sformułowania „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. (por. wyrok KIO z dnia 8 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 883/08).

*Treść SIWZ to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.” (por. wyrok KIO z dnia 8 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 883/08).*

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż dla Zamawiającego przedmiotowo istotnym było, aby by

chłodnica oleju hydraulicznego i aparatura elektryczna była umieszczona poza wydzieloną częścią maszynową z silnikiem (punkt III.B.15 w części III SIWZ).

Przystępujący oświadczył, że oferowana przez niego lokomotywa spełnia ww. wymóg. Złożył bowiem parametry techniczne lokomotywy (załącznik nr 12 do oferty, str. 109-110), gdzie na stronie 110 w punkcie 15 oświadczył, że w oferowanej lokomotywie chłodnica oleju hydraulicznego i aparatura elektryczna jest umieszczona poza wydzieloną częścią maszynową z silnikiem, a jako dokument potwierdzający spełnianie tego wymogu wskazało str. 23 DTR (dokumentacji techniczno - ruchowej),

Z dokumentacji techniczno - ruchowej lokomotywy (załącznik nr 13 do oferty), obejmującą m.in. instrukcję obsługi lokomotywy dołowej spalinowej podwieszanej typu BIZON-120-X, nr NKP BIZON 120-X 07-01 z 2010 r. wynikało, że posiada ona rozwiązanie konstrukcyjne polegające na tym, że chłodnica oleju hydraulicznego wraz z systemem sterowania ciągnika spalinowego umiejscowiona jest na „ramie pomocniczej”, a więc poza wydzieloną częścią maszynową z silnikiem.

Okoliczność iż opisane w instrukcji z 2010 r. rozwiązanie techniczne spełnia wymóg postawiony przez zamawiającego opisany w punkcie III.B.15 w części III SIWZ nie była sporna pomiędzy Stronami.

Spór pomiędzy Stronami wynikał z faktu, że opisane rozwiązanie konstrukcyjne na dzień upływu terminu składania ofert nie było dopuszczone do stosowania w zakładach górniczych. Przystępujący złożył bowiem wraz z ofertą decyzję Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego z 20 marca 2009 r. L.dz. GEM/4711/0013/09/04677/P1 (załącznik nr 17 do oferty, str. 128-129), dopuszczającą lokomotywę dołową spalinową podwieszoną typu BIZON-120-X do stosowania w podziemnych zakładach górniczych. Jednakże zgodnie z tą decyzją lokomotywa, będąca przedmiotem dopuszczenia do stosowania, miała być eksploatowana zgodnie z instrukcją obsługi o nr NKP BIZON 120-X 07-01 z 2007 roku (pkt 2.5 decyzji). Natomiast zgodnie z instrukcją obsługi lokomotywy z 2007 roku w lokomotywie typu BIZON 120-X chłodnica oleju hydraulicznego i aparatura elektryczna umieszczone są w części maszynowej z silnikiem.

Izba zważyła, że Zamawiający nie wymagał załączenia do oferty decyzji Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego o dopuszczeniu oferowanej lokomotywy do stosowania w podziemnych zakładach górniczych. Dokument taki wykonawca zobowiązany będzie złożyć dopiero w momencie dostawy przedmiotu umowy. Zgodnie bowiem z literalnym brzmieniem pkt C w części III SIWZ dopiero w momencie dostawy przedmiotu przetargu, *wykonawca z którym zostanie zawarta umowa zobowiązany będzie dostarczyć Zamawiającemu dokumenty tj. deklarację zgodności, dopuszczenie Wyższego Urzędu Górnictwa,*

*świadcstwo wytwórcy, świadectwo gwarancji, itp., dokumenty upoważniające do stosowania lokomotyw w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem oraz inne dokumenty niezbędne do przeprowadzenia odbioru technicznego i przekazania do eksploatacji.* Powołane postanowienie SIWZ koresponduje także z postanowieniem §3 wzoru umowy (część II SIWZ).

Natomiast do oferty w myśl pkt III.G w części III SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli załączyć jedynie *dokumentację techniczno - ruchową lokomotywy (1 szt.) oraz wzory dokumentów dostarczanych wraz z dostawą lokomotyw (deklaracja zgodności, świadectwo jakości, itp.).* Przystępujący jako wzór dokumentu wymaganego na etapie dostawy jakim jest decyzja Wyższego Urzędu Górnictwa, złożył decyzję o dopuszczeniu do stosowania lokomotywy, w myśl której miała być ona eksploatowana zgodnie z instrukcją obsługi o nr NKP BIZON 120-X 07-01 z 2007 roku.

Jednocześnie w instrukcji z 2007 r. dokonał zmian, polegających m.in. na wprowadzeniu rozwiązania konstrukcyjnego polegającego na tym, że chłodnica oleju hydraulicznego wraz z systemem sterowania ciągnika spalinowego umiejscowiona jest na „ramie pomocniczej”, a więc poza wydzieloną częścią maszynową z silnikiem. Opisane rozwiązanie techniczne umieścił w instrukcji obsługi lokomotywy z 2010 r., którą załączył do oferty. Konstrukcja taka została następnie dopuszczona do stosowania w podziemnych zakładach górniczych decyzją Prezesa WUG z dnia 25.10.2010 r. zmieniającą decyzję z dnia 20 marca 2009 r., a więc już po upływie terminu składania ofert. W decyzji z 25.10.2010 r. Prezes WUG nadał bowiem nowe brzmienie pkt 2.5, zgodnie z którym wyrób „*będzie eksploatowany zgodnie z instrukcją obsługi o nr NKP BIZON 120-X 10-09 z września 2010 r.*”, w pozostałym zakresie pozostawiając decyzję z dnia 20 marca 2009 r. bez zmian.

Izba zważyła, że stanowisko Odwołującego, iż już w momencie upływu terminu składania ofert wykonawca zobowiązany był złożyć decyzję Wyższego Urzędu Górnictwa o dopuszczeniu lokomotywy do stosowania w podziemnych zakładach górniczych nie znajduje oparcia w postanowieniach SIWZ. W tym miejscu wskazać należy, że obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp jest precyzyjne wskazanie żądanych od wykonawców dokumentów w treści SIWZ. Wymóg ten jest niezwykle istotny, albowiem wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia na etapie składania ofert muszą mieć pewność co do tego, jakie dokumenty powinni złożyć wraz z ofertą, aby podlegać wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a także aby ich oferta nie podlegała odrzuceniu. Na etapie badania ofert wykonawcy nie mogą być zaskakiwani żądaniem złożenia dokumentów, niewymienionych w SIWZ. Wymóg taki naruszałby bowiem zasadę równego traktowania wykonawców wynikającą z art. 7 ustawy Pzp. W postępowaniu,

będącym przedmiotem odwołania, wśród wymaganych w zakresie przedmiotu zamówienia dokumentów Zamawiający wymienił jedynie dokumentację techniczno - ruchową lokomotywy (1 szt.) oraz wzory dokumentów dostarczanych wraz z dostawą lokomotyw (deklaracja zgodności, świadectwo jakości, itp.). Zamawiający nie sformułował więc obowiązku złożenia wraz z ofertą decyzji Prezesa WUG. Nadmienić należy, że dokument w postaci decyzji Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego o dopuszczeniu wyrobu do stosowania w podziemnych zakładach górniczych jest dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. Dokument taki, w myśl art. 25 ust. 1 ustawy Pzp winien być wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ. Skoro Zamawiający wśród żądanych przez siebie na etapie składania ofert dokumentów nie wymienił w SIWZ decyzji Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego, to w trakcie badania ofert nie mógł wymagać takiego dokumentu od Przystępującego.

Argumentacja Odwołującego, iż ponieważ przedmiotem zamówienia jest wyrób który wymaga dopuszczenia do stosowania w podziemnych zakładach górniczych wykonawcy powinni złożyć stosowne dopuszczenia już w ofercie, aczkolwiek nie pozbawiona racjonalności, w tej sytuacji mogła być jedynie postulatem skierowanym do Zamawiającego na przyszłość. W świetle przytoczonych postanowień SIWZ Przystępujący mógł bowiem zaoferować lokomotywę z rozwiązaniem konstrukcyjnym wymaganym przez Zamawiającego, które na dzień upływu terminu składania ofert nie posiadało jeszcze stosownego dopuszczenia. W konsekwencji Przystępujący oświadczając, iż oferowana lokomotywa spełnia kwestionowany parametr, nie złożył informacji nieprawdziwych, zaś złożona przez niego oferta w tym zakresie odpowiadała treści SIWZ.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż Zamawiający zasadnie zaniechał wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty. Nie nastąpiło więc naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp a także art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

## **2. Zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu z powodu podania nieprawdziwych informacji albo zaniechania odrzucenia jego oferty jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów lub z powodu sprzeczności oferty z ustawą**

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Przystępującego, wskazując na naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący zakwestionował prawdziwość złożonego przez Przystępującego wraz z ofertą dokumentu w postaci uchwały zgromadzenia wspólników spółki Śląskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „ATUT” Sp. z o.o. w Cieszynie z 5 sierpnia 2010 r. Wywodził ponadto, że brak takiej uchwały powinien skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 lub pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że Przystępujący złożył wraz z ofertą dokument w postaci uchwały zgromadzenia wspólników spółki Śląskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „ATUT” Sp. z o.o. w Cieszynie z 5 sierpnia 2010 r. (załącznik nr 1 do oferty, str. 11). Treścią tej uchwały jest zezwolenie zarządowi na dokonanie czynności prawnej o wartości zobowiązania (lub rozporządzenia) przewyższającego dwukrotność kapitału zakładowego. Dokument ten został złożony jako kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem przez Prezesa Zarządu Leszka Niedźwieckiego.

Na rozprawie w dniu 26 października 2010 r. Przystępujący okazał oryginał dokumentu w postaci uchwały zgromadzenia wspólników spółki Śląskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „ATUT” Sp. z o.o. w Cieszynie z 5 sierpnia 2010 r., którego kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem złożył do akt sprawy.

Izba dokonując wizualnego porównania kopii uchwały złożonej wraz z ofertą oraz okazanego na rozprawie przez Przystępującego oryginału uchwały zważyła, że kopia uchwały nie jest identyczna z okazanym oryginałem, na co wskazuje inny kształt oraz układ podpisów złożonych przez wspólników. W ocenie Izby powyższe spostrzeżenie nie oznacza jeszcze wykazania przez Odwołującego, iż Przystępujący złożył informacje nieprawdziwe. Oznacza jedynie, że Przystępujący nie okazał oryginału, na podstawie którego kopię za zgodność z oryginałem poświadczył Prezes Zarządu Leszek Niedźwiecki. Ponadto Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 18.10.2010 r. wskazał, że uchwały sporządza się w 4 oryginałach, trzech dla wspólników i jednym dla spółki.

Odwołujący załączył do odwołania celem porównania kserokopie uchwał zgromadzenia wspólników złożone przez Przystępującego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup 4 sztuk lokomotyw podwieszanych o napędzie spalinowym dla Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. KWK Budryk” oraz „Dostawę urządzeń do eksploatacji ścian w polu CDF dla Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. KWK Murcki-Staszic, Część II. Dostawa 3 ciągników spalinowych kolejek podwieszanych wraz z zestawami transportowymi”. Wywodził, że identyczność samych podpisów oraz identyczność ich układu skłaniają do wniosku, że zgromadzenia wspólników, na których miało dojść do podjęcia wskazanych uchwał, nie miały miejsca, a podpisy wspólników pod rzekomymi uchwałami są kserowane lub skanowane (na co może wskazywać „spikselowana” struktura podpisów).

Izba stwierdziła, że rzeczywiście kserokopie ww. uchwał wykazują podobny układ i

kształt podpisów wspólników do układu i kształtu podpisów na kopii uchwały załączonej przez Przystępującego do oferty niniejszym postępowaniu. Jednakże ustalenie, że podpisy i ich układ na wszystkich dokumentach są identyczne wymagałoby zgromadzenia oryginalnego materiału porównawczego tj. przedstawienia oryginalnych kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem z obydwu wskazywanych przez Odwołującego ofert.

W tym miejscu zauważyć należy, że nawet wykazanie złożenia przez Przystępującego informacji nieprawdziwych nie prowadziłoby do obowiązku wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Izba stwierdziła bowiem, że niezłożenie powyższej uchwały nie ma i nie mogłoby mieć żadnego wpływu na wynik postępowania. Tymczasem, jak wskazano wcześniej, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obowiązek zamawiającego wykluczenia z udziału w postępowaniu aktualizuje się dopiero wtedy gdy złożenie informacji nieprawdziwych ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Izba zważyła, że czynność prawna w postaci złożenia oferty przez Przystępującego o wartości 1.908.433,80 zł przewyższała dwukrotność kapitału zakładowego Śląskiego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego ATUT sp. z o.o., ul. W. Korfantego 37, 43-400 Cieszyn, który wynosi 50.000 zł. W świetle powyższego zarząd spółki w istocie zobowiązany był uzyskać zgodę zgromadzenia wspólników spółki na zaciągnięcie takiego zobowiązania wyrażonej w drodze uchwały. Powyższe wynika z literalnego brzmienia przepisu art. 230 Kodeksu spółek handlowych (KSH), który stanowi, iż *rozporządzenie prawem lub zaciągnięcie zobowiązania do świadczenia o wartości dwukrotnie przewyższającej wysokość kapitału zakładowego wymaga uchwały wspólników, chyba że umowa spółki stanowi inaczej*.

Izba zważyła jednak, że wbrew stanowisku Odwołującego z niezyskaniem uchwały zgromadzenia wspólników w przedmiocie wyrażenia zgody na zaciągnięcie zobowiązania powyższej dwukrotności kapitału zakładowego spółki, ustawa KSH nie wiąże sankcji w postaci nieważności czynności prawnej. Art. 230 KSH stanowi bowiem, że nie stosuje się w tym zakresie przepisu art. 17 § 1 KSH, który stanowi że *„jeżeli do dokonania czynności prawnej przez spółkę ustawa wymaga uchwały wspólników albo walnego zgromadzenia bądź rady nadzorczej, czynność prawna dokonana bez wymaganej uchwały jest nieważna”*.

Konsekwencją braku sankcji nieważności jest stosowanie przepisu art. 230 KSH jedynie do stosunków wewnętrznych spółki i rodzi wyłącznie odpowiedzialność członków zarządu wobec spółki. Natomiast niezyskanie wymaganej uchwały zgromadzenia wspólników nie pozbawia skuteczności czynności prawnej spółki dokonanej przez zarząd względem osób trzecich, a więc i zamawiającego. Pogląd taki podzielany jest w piśmiennictwie, w którym wyjaśnia się, iż *Ostatecznie ustawodawca zdecydował się "zdjąć" z barków kontrahentów spółek sankcję bezwzględnej nieważności czynności prawnych zdziałanych z naruszeniem regulacji zawartej w art. 230 k.s.h. Przyjęta została zasada, że*

*przepisu art. 17 § 1 k.s.h. nie stosuje się, czyli kontrahenci spółek nie będą ponosili negatywnych skutków braku podejmowanych w spółkach uchwał. Obecne jednoznaczne brzmienie art. 230 powoduje, że jego stosowanie będzie jedynie do skutków wewnętrznych spółki. (por. Kidyba Andrzej, komentarz, LEX/el. 2010, Komentarz do art. 230 kodeksu spółek handlowych).*

Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż Zamawiający zasadnie zaniechał wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Ze przyczyn opisanych wcześniej oferta Przystępującego nie podlegała też odrzuceniu jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów, albowiem art. 230 KSH z niezłożeniem uchwały zgromadzenia wspólników w przedmiocie wyrażenia zgody na zaciągnięcie przez zarząd zobowiązania o wartości przewyższającej dwukrotność kapitału zakładowego nie wiąże sankcji nieważności.

Przytoczone przez Odwołującego okoliczności faktyczne nie uzasadniały także odrzucenia oferty Przystępującego jako sprzecznej z ustawą Pzp, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

### **3. Zarzut zaniechania przez Zamawiającego wezwania Przystępującego i wykonawcy Pioma do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego i wykonawcy Pioma jako zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia**

Odwołujący podnosił w odwołaniu, iż oferta Przystępującego i wykonawcy Pioma podlega odrzuceniu z tego względu, iż zaoferowana przez Przystępującego i wykonawcę Pioma cena jest ceną rażąco niską.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie podziela prezentowany w orzecznictwie pogląd, że „za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia i jego wartość”. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT zawiera rażąco niską cenę.” (por. wyrok KIO z 10 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 684/09).

Ponadto, w ocenie Izby, brak jest podstaw do określenia z góry, iż pewna procentowo określona różnica kwestionowanej ceny ofertowej w stosunku do wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, czy też w stosunku do innych ofert uprawnia do

stwierdzenia, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Izba podziela pogląd, że oceny tej należy dokonywać w konkretnym przypadku, uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia. Tym samym Izba podziela wyrażane wcześniej w orzecznictwie KIO stanowisko, iż *Dla uznania, że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość (np. 20 %, 30 %, czy 60 %) od ceny innego wykonawcy, składającego ofertę w postępowaniu. Dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę.*" (Wyrok z dnia 13.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1492/08).

Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że w okolicznościach niniejszej sprawy niezasadnym było odnoszenie cen ofertowych zaoferowanych przez Przystępującego i wykonawcę Pioma do wartości szacunkowej zamówienia określonej przez Zamawiającego na poziomie 4.291.350 zł. Jak bowiem wynika z trzech pierwszych analizowanych poniżej postępowań o podobnym przedmiocie zamówienia, ostateczne ceny transakcyjne były znacząco niższe od wartości szacowanej i kształtowały się na poziomie 54-64% wartości szacunkowej. Oszacowana wartość zamówienia nie odzwierciedlała cen rynkowych, które kształtują się w wyniku naturalnego mechanizmu rynkowego, to jest ofert i transakcji na tym rynku dokonywanych. Wartość szacunkowa jest pochodną samodzielnego szacunku i przypuszczeń Zamawiającego, dokonywanego niejednokrotnie na podstawie analizy rynku, która nie musi być jednak powiązana z rzeczywistymi cenami, jakie na rynku są oferowane i możliwe do uzyskania.

W tej sytuacji, dokonując ustalenia, czy oferty złożone przez Przystępującego i wykonawcę Pioma są ofertami z ceną niewiarygodną i nierealistyczną Izba odniosła je do cen rynkowych podobnych zamówień. O zasadności stosowania takiego kryterium odniesienia wypowiedziała się wielokrotnie Izba oraz sądy.

Przykładowo, w wyroku z dnia 27.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 895/09) Izba zajęła stanowisko, iż *„(...) Aby móc stwierdzić, że cena oferty jest niewiarygodna, należy ją odnieść do cen rynkowych podobnych zamówień i ustalić, czy cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną rażąco niska w stosunku do cen obowiązujących na rynku tego rodzaju.*" W wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 21.05.2008 r., wyrażono pogląd, iż *„Wobec braków enumeratywnie określonym w ustawie kryteriów jej oceny, jednym z nich jest relacja ceny proponowanej do cen rynkowych podobnych zamówień, a więc ocena, czy i w jaki stopniu proponowana cena od nich odbiega*". sygn. akt: X Ga 127/08). *„Punktem odniesienia do ceny jest przedmiot zamówienia i przyjęć można, że cena rażąco niska, to taka która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu co cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielnie zamówienia*



*publicznego. Ciężar dowodu wykazania, że oferta (...) zawiera rażąco niską cenę spoczywa na skarżącym wykonawcy (art. 6 kc.) (...)*". (Wyrok SO w Katowicach z dnia 28.04.2008 r., sygn. akt: XIX Ga 128/08).

Izba określając kryteria odniesienia dokonała analizy cen transakcyjnych w powoływanych przez Odwołującego i Przystępującego pięciu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK Piast całkowita wartość końcowa wynosiła ok. 2,5 mln złotych netto, przy wartości szacunkowej zamówienia 4.250.000 zł. Cena rynkowa ukształtowała się więc na poziomie 58% wartości zamówienia. W skład przedmiotu zamówienia wchodziło 5 ciągników, a także 5 zestawów transportowych i 10 sztuk wózków. Cena jednostkowa ciągnika wraz z zestawem transportowym kształtowała się więc na poziomie ok. 500.000 zł netto. Izba ustaliła także, że wartość zestawu transportowego i wózka kształtuje się na poziomie ok. 200 000 zł, której to okoliczności podnoszonej na rozprawie przez Przystępującego nie zaprzeczył Odwołujący. Po odjęciu wartości zestawu transportowego i wózków otrzymamy cenę jednostkową ciągnika równą ok. 300 000 zł netto.

W drugim z analizowanych postępowań tj. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na rzecz Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK Brzeszcze – Silesia KWK całkowita wartość końcowa wyniosła ok. 1 mln zł netto, przy wartości szacunkowej ok. 1,9 mln zł. Cena rynkowa ukształtowała się na poziomie 54% wartości szacunkowej zamówienia. Przedmiotem zamówienia były 2 ciągniki wraz z zestawami transportowymi. Cena jednego ciągnika wyniosła zatem 500 000 złotych netto. Po odjęciu wartości zestawu transportowego ok. 160 000 zł netto, otrzymamy cenę ciągnika na poziomie 340 000 zł netto.

W trzecim z analizowanych postępowań tj. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na rzecz Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK Bielszowice całkowita wartość końcowa wyniosła ok. 983.606,56 zł netto, przy wartości szacunkowej ok. 1.531.027,53 zł netto. Cena rynkowa ukształtowała się na poziomie ok. 64% wartości szacunkowej zamówienia. Przedmiotem zamówienia był leasing finansowy wraz z dostawą dwóch ciągników spalinowych. Cena jednostkowa leasingu ciągnika wyniosła zatem ok. 491.000 zł.

W czwartym postępowaniu tj. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na rzecz Jastrzębskiej Spółki Węglowej SA KWK Budryk na „Zakup 4 sztuk lokomotyw podwieszanych o napędzie spalinowym dla Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. ", nr sprawy 33/IV/ZP/10, Śląskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „ATUT" Sp. z o.o. w Cieszynie zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia za łączną cenę brutto w wysokości

3.264.720 zł. Cena jednostkowa lokomotywy wynosiła 816.180 zł brutto. Oferta ta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, zaś cena transakcyjna wyniosła ok. 670.000 zł brutto za lokomotywę.

W piątym postępowaniu tj. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na rzecz Katowickiego Holdingu Węglowego SA na „Dostawę urządzeń do eksploatacji ścian w polu CDF dla Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. KWK Murcki-Staszic, Część II. Dostawa 3 ciągników spalinowych kolejek podwieszanych wraz z zestawami transportowymi”, nr sprawy ZP/631/2010, Przystępujący zaoferował dostawę lokomotyw o wartości jednostkowej brutto 719.800 zł, natomiast cena najkorzystniejszej oferty ukształtowała się na poziomie ok. 690 tys. zł brutto za lokomotywę.

W niniejszym postępowaniu Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto 1.908.433,80 zł. Cena jednostkowa lokomotywy wynosi zatem ok. 363.560 zł brutto. Fabryka Maszyn Górniczych PIOMA S.A. zaoferowała wykonania zamówienia za kwotę 2.690.257,26 zł, cena jednostkowa lokomotywy wynosi zatem ok. 512.400 zł brutto.

Analiza porównawcza cen zaproponowanych przez Przystępującego i wykonawcę Pioma a także cen transakcyjnych w podobnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego doprowadziła do wniosku, iż ceny ofertowe zaproponowane przez Przystępującego i wykonawcę Pioma (odpowiednio 360.000 zł brutto i 512.000 zł brutto) nie są cenami nierealistycznymi i niewiarygodnymi, stwarzającym zagrożenie że zamówienie zostanie wykonane poniżej ceny rynkowej. Na uwagę zasługuje bowiem fakt, że ceny transakcyjne, zwłaszcza w pierwszym i drugim z analizowanych postępowania tj. ok. 300.000 zł netto i 340.000 zł netto były bardzo zbliżone do cen zaproponowanych przez Przystępującego i wykonawcę Pioma. W ocenie Izby świadczyło to o tym, że możliwe jest zrealizowanie zamówienia za cenę zaoferowaną w niniejszym postępowaniu przez Przystępującego i wykonawcę Pioma. Izba uwzględniła również okoliczność, że w przypadku postępowania czwartego i piątego cena zaoferowana przez Przystępującego nie była ceną transakcyjną, albowiem w obu tych postępowaniach wybrano oferty z niższą ceną. Ponadto, w przypadku zamówienia trzeciego przedmiotem zamówienia nie był zakup a leasing przedmiotu dostawy, co wiązać się mogło z koniecznością doliczenia kosztów związanych z obsługą leasingu.

Izba wzięta ponadto pod uwagę specyfikę przedmiotowego zamówienia, która mogła wpłynąć na obniżenie cen ofertowych. Na uwagę zasługuje bowiem fakt, że jednym z kryteriów oceny ofert była kompatybilność z urządzeniami Scharf. Zgodnie z rozdziałem IX pkt 1.4 SIWZ, kryterium „kompatybilność” Zamawiający przyznawał 20 pkt za zaoferowanie

lokomotywu typu DZ1500 firmy Scharf i Bewex 80 firmy Bewex. Z tego względu Odwołujący, którego członkiem konsorcjum jest SMT Scharf Polska Sp. z o.o., mając świadomość iż w tym kryterium otrzyma maksymalną ilość punktów, mógł kalkulując cenę, uwzględnić tę okoliczność. Mogło to wpłynąć na zmianę strategii pozostałych wykonawców którzy nie mogli liczyć na uzyskanie znaczącej punktów w tym kryterium i obniżenia oferowanych cen celem wyrównania ich do poziomu konkurencji.

Kolejną okolicznością, która w ocenie Izby mogła wpłynąć na obniżenie ceny był znacząco krótszy, aniżeli w przypadku innych zamawiających, termin płatności należności za dostarczony przedmiot zamówienia przewidziany przez Zamawiającego w SIWZ. Jak wyjaśnił w trakcie rozprawy Przystępujący, czemu nie zaprzeczył Odwołujący, częstą praktyką w przypadku innych podmiotów zamawiających podobny przedmiot zamówienia jest znaczące odraczanie terminu płatności. Jak podnosił na rozprawie Przystępujący, praktyka taka związana jest nierzadko z ich trudniejszą, aniżeli w przypadku obecnego Zamawiającego, sytuacją finansową. Tymczasem Zamawiający w niniejszym postępowaniu przewidział krótki termin płatności należności za dostarczony przedmiot zamówienia tj. 30 dni od doręczenia faktury VAT (§7 ust. 2 wzoru umowy). Uwzględnienie tej okoliczności mogło znacząco wpłynąć na możliwość obniżenia ceny ofertowej przez wykonawców, którzy nie byli zobligowani w tej sytuacji do doliczenia kosztów zaciągnięcia i obsługi kredytu kupieckiego.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga również, że postępowanie przed Izłą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, z założenia uwzględniającym postulat szybkości i koncentracji materiału dowodowego – zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy, strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne najpóźniej do końca rozprawy. Natomiast art. 191 ust. 2 ustawy stanowi, iż wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Uwzględniając zasadę ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 Kc, nie uznano za udowodnioną przez Odwołującego tezę o wystąpieniu ceny rażąco niskiej – Odwołujący nie przedstawił żadnych rozstrzygających dowodów, które pozwoliłyby potwierdzić stanowisko Odwołującego i przyjąć jakie jest rzeczywiste minimum kosztowe realizacji przedmiotowego zamówienia oraz na czym polega rażące zaniżenie ceny oferty wybranej i oferty wykonawcy Pioma w stosunku do cen rynkowych.

Niezasadnym okazał się więc podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, albowiem cena zaoferowana przez Przystępującego i wykonawcę Pioma nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę okoliczność, iż ceny zaoferowane przez obu wykonawców okazały się zbliżone do cen rynkowych, nie było koniecznym wzywaniem ich przez Zamawiającego do

złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Niezasadnym okazał się więc zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie rozpoznawała merytorycznie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Pioma jako sprzecznej z punktem III.B.15 w części III SIWZ, albowiem Zamawiający w trakcie rozprawy uznał słuszność stanowiska Odwołującego, zaś wykonawca Pioma nie skorzystał z prawa do obrony swego stanowiska nie zgłaszając przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Pomimo uznania przez Zamawiającego słuszności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Pioma z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z postanowieniem III.B.15 w części III SIWZ, naruszenie to, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie ma i nie będzie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Zaniechanie odrzucenia oferty sklasyfikowanej na trzecim miejscu nie będzie miało istotnego wpływu na wynik postępowania, nie potwierdziły się bowiem zarzuty skierowane przeciwko ofercie najkorzystniejszej, nie została również zakwestionowana oferta Odwołującego, która w rankingu zajęła miejsce drugie.

Z powyższych względów, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....