

Sygn. akt: KIO/UZP 285/10

**WYROK**  
**z dnia 16 marca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Członkowie: Izabela Niedziałek – Bujak**  
**Anna Packo**

**Protokolant: Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Lhoist Bukowa Sp. z o.o., 29-105 Krasocin, Bukowa, ul. Osiedlowa 10** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PGE Elektrownia Bełchatów S.A., 97-406 Bełchatów 5, Rogowiec, ul. Energetyczna 7** protestu z dnia 21.01.2010 r.

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: **WKG Trading Sp. z o.o., 98-355 Działoszyn, Raciszyn, ul. Działoszyńska 69** oraz **Kopalnia Wapienia „Morawica” S.A., 26-026 Morawica, ul. Górnicza 42**

i przy udziale wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego **Nordkalk sp. z o.o., 31-038 Kraków, ul. Starowiślna 13,15**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Lhoist Bukowa Sp. z o.o., 29-105 Krasocin, Bukowa, ul. Osiedlowa 10**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Lhoist Bukowa Sp. z o.o., 29-105 Krasocin, Bukowa, ul. Osiedlowa 10,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset zł 00 gr.) przez **Lhoist Bukowa Sp. z o.o., 29-105 Krasocin, Bukowa, ul. Osiedlowa 10** na rzecz **PGE Elektrownia Bełchatów S.A., 97-406 Bełchatów 5, Rogowiec, ul. Energetyczna 7** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10556 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych ) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Lhoist Bukowa Sp. z o.o., 29-105 Krasocin, Bukowa, ul. Osiedlowa 10.**

## **U z a s a d n i e**

I. PGE Elektrownia Bełchatów S.A. (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „*Dostawę kamienia wapiennego*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 8 grudnia 2009 r., nr ogłoszenia 2009/S 236-338458 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, Lhoist Bukowa Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) – złożyła protest na czynność polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej, podnosząc m.in. zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie WKG, wskazując na niezgodność treści oferty Kopalni Morawica z treścią SIWZ pod względem wskaźnika BWI oraz podnosząc szereg zarzutów dotyczących ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ. Zamawiający oddalił protest w zakresie powyższych zarzutów, w związku z czym Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie.

Odwołujący w odwołaniu podtrzymał zarzuty uprzednio podniesione w proteście, dotyczące naruszenia następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 22 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób wykluczający uczciwą konkurencję,
- 3) art. 26 ust. 1 w związku z art. 25 ust. 2 Prawa zamówień publicznych i § 1 ust. 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez nie żądanie od wszystkich wykonawców określonych przepisami prawa dokumentów potwierdzających warunek posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jak również poprzez dopuszczenie wykazania spełnienia tego warunku dokumentem nie przewidzianym przepisami prawa i bezprzedmiotowym dla oceny spełniania tych warunków,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych lub ewentualnie - 89 ust. 1 pkt. 5 czy też art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 10 i art. 24 ust. 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności określonych tymi przepisami i wybór oferty wykonawcy WKG Trading Sp. z o.o.,
- 5) art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP poprzez zaniechanie zwrócenia się do wykonawcy WKG Trading Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę,
- 6) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt. 7 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 146 ust. 1 pkt. 6 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, w którym doszło do naruszeń przepisów określonych w ustawie mających wpływ na wynik postępowania, w wyniku czego postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy,

Ponadto Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył art. 180 ust. 7 Prawa zamówień publicznych poprzez nieuzasadnione częściowe odrzucenie protestu Zamawiającego jako spóźnionego protestu dotyczącego treści ogłoszenia lub postanowień SIWZ.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, wnoszono o powtórny ocenę ofert, odrzucenie ofert WKG i Kopalni Morawica i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie rozpoznawała zarzutów odnoszących się do treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ, bowiem termin do wnoszenia zastrzeżeń tego rodzaju biegł od dnia opublikowania ogłoszenia i SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego, a więc podnoszenie tychże zarzutów już po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej jest spóźnione. W obecnym stanie prawnym Krajowa Izba Odwoławcza nie ma podstaw do badania z urzędu podstaw do unieważnienia postępowania, a termin do podnoszenia zarzutów odnoszących się do ogłoszenia i SIWZ (Odwołujący kwestionował określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu i dokumenty żądane przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia tych warunków) już minął. Gdyby zarzuty odnoszące się do ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ stanowiły samodzielną podstawę protestu wniesionego już po wyborze oferty najkorzystniejszej, protest (i odwołanie) musiałby zostać odrzucony w całości. Jednak, wobec okoliczności, że Odwołujący podnosił również zarzuty odnoszące się do czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, protest, a następnie odwołanie, podlegały rozpatrzeniu merytorycznemu – zostały wniesione w terminie odnośnie pozostałych zarzutów, które nie dotyczyły treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w dwóch częściach. Zamawiający oświadczył na posiedzeniu, iż w części drugiej zawarł umowę (z Kopalnią Morawica) po uchyleniu zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu postanowieniem z dn. 12.02.2010 r. sygn. akt KIO/W 18/10. Okoliczność ta w ocenie składu orzekającego nie wpływa jednak na możliwość rozpoznania odwołania.

Izba ustaliła, iż Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Jednak po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

#### 1. Zarzut odnośnie rażąco niskiej ceny w ofercie WKG Trading Sp. z o.o.

Odwołujący wnioskował o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia, że cena podana w ofercie przez WKG sp. z o.o. jest rażąco niska. Izba oddaliła ten wniosek stwierdzając, że przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na wskazaną okoliczność nie jest możliwe: nie ma ogólnego czy urzędowego cennika, który mógłby pozwolić na obiektywne ustalenie minimalnej ceny z przedmiot zamówienia. Na cenę dostawy wapienia składa się m.in. koszt samego surowca i koszty transportu. Koszty te są rynkowe - zależą wyłącznie od indywidualnych warunków wynegocjowanych z dostawcami i przewoźnikami. W związku z powyższym biegły nie mógłby ustalić, jaka cena za wykonanie

zamówienia jest realna, bowiem zależy to od wielu zmieniających się czynników, m.in. od warunków rynkowych i indywidualnej siły negocjacyjnej wykonawcy. W okolicznościach niniejszej sprawy skład orzekający stwierdził, że może samodzielnie ocenić, czy cena zaoferowana przez WKG jest rażąco niska, czy też nie, i nie jest w tym celu konieczna wiedza specjalistyczna.

Dowodzenie zaistnienia rażąco niskiej ceny (tj. zaoferowania dostawy będącej przedmiotem zamówienia poniżej kosztów jej realizacji) jest każdorazowo trudne, i często musi wystarczyć uznanie za prawdopodobne, że zamówienie można wykonać za określoną cenę. Na podstawie dokumentów załączonych przez WKG do składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia i w toku postępowania odwoławczego pism (pism ofertowych przewoźników), Izba uznała, iż jest wysoce prawdopodobne, że WKG może wykonać zamówienie za podaną cenę. Niezasadny jest argument Odwołującego, że WKG jako podmiot nowy na rynku, nie jest w stanie takich cen uzyskać i w rezultacie samemu zaoferować niskiej ceny – powszechne doświadczenie wskazuje, że krótkie istnienie przedsiębiorstwa może równie dobrze powodować, że jest ono bardziej konkurencyjne od podmiotów funkcjonujących już dłuższy czas, i często nieskłonnych do obniżenia raz już ustalonych cen.

Porównując wysokości cen ofert złożonych w postępowaniu (druk ZZO, kopia w aktach sprawy), Izba stwierdziła, że cena oferty WKG nie odbiegała w taki sposób od cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, aby uzasadniało to wszczęcie procedury opisanej w art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Bez uprzedniego przeprowadzenia takiej procedury nie ma możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Gdyby jednak Zamawiający wszczął postępowanie wyjaśniające co do elementów ceny mających wpływ na jej wysokość, bez wątpienia uzyskałby takie same wyjaśnienia, które WKG złożył w toku postępowania w związku z wniesieniem środków ochrony prawnej – i Izba stwierdziła, że wyjaśnienia te były wystarczające. W rezultacie skład orzekający nie uwzględnił zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 i 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

## 2. Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty Kopalni Morawica z treścią SIWZ

Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał w SIWZ, aby dostarczany kamień posiadał określony wskaźnik BWI – „max 12 kW/t” (załącznik nr 1 do SIWZ, tabela, poz. 9, kopia w aktach sprawy). Równocześnie Zamawiający nie wymagał złożenia w ofercie żadnych dokumentów poświadczających wysokość tego wskaźnika – wystarczyło oświadczenie w tym zakresie wykonawcy składającego ofertę. Kopalnia Morawica złożyła takie oświadczenie w swojej ofercie – strona 36 (wykorzystując formularz przygotowany przez Zamawiającego) i 37 oferty.

Odwołujący wskazywał, że z jego wiedzy wynika, że w Kopalnia Morawica nie dysponuje wapieniem o wskaźniku wymaganym przez Zamawiającego, jednak zarzutu nie poparł żadnymi dowodami.

W ocenie składu orzekającego, bez wątpienia treść oferty (strona 36 i 37) Kopalni Morawica jest zgodna z treścią SIWZ. Skoro Zamawiający nie żądał w SIWZ żadnych dokumentów mających potwierdzać ten parametr oferowanego kamienia, to nie ma podstaw, aby żądać takiego dokumentu na późniejszym etapie.

Na rozprawie Zamawiający oświadczył, że współpracuje z Kopalnią Morawica od dłuższego czasu, dostarczyła mu ona łącznie ponad 880 tys. ton kamienia, a obecnie dostarcza 3 000 ton dziennie w ramach realizowanej umowy zawartej po uchyleniu zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu i spełnia on jego wymogi co do wskaźnika BWI. Izba uznała oświadczenie Zamawiającego za wiarygodne, bowiem akceptacja przez Zamawiającego kamienia nieodpowiadającego jego wymogom (Odwołujący wskazuje, że kamień o dużej twardości może powodować problemy eksploatacyjne) - a konsekwencji niezdatnego do celu, jakiemu ma służyć - nie byłaby racjonalna.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....