

WYROK
z dnia 18 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Członkowie: **Anna Packo**

Małgorzata Rakowska

Protokolant: **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Rudopol-OPA Sp. z o.o., 41-701 Ruda Śląska, ul. Szyb Walenty 50** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** protestu z dnia 11 maja 2009 r.

przy udziale xxx zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie xxx

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Rudopol-OPA Sp. z o.o., 41-701 Ruda Śląska, ul. Szyb Walenty 50** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Rudopol-OPA Sp. z o.o., 41-701 Ruda Śląska, ul. Szyb Walenty 50**;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez **xxx** na rzecz **xxx** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu **xxx**;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**Rudopol-OPA Sp. z o.o., 41-701 Ruda Śląska, ul. Szyb Walenty 50**;

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

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *obsługę sprzętem ciężkim zwałów, drobnicowej sprzedaży węgla oraz bieżących potrzeb ZPMW dla KW S.A. Oddział KK Pokój* - numer sprawy 160800131/01. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 22 stycznia 2009 r. S 14-020132.

W dniu 5 maja 2009 roku zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o rozstrzygnięciu postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wielozakładowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich i Remontowych ENERGOPOL – WSK S.A.

Na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, w dniu 12 maja 2009 r. protest do zamawiającego wniósł odwołujący, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4, art. 90 i 180-181 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. W proteście wskazano na niezgodności dotyczące dokumentów załączonych do oferty w zakresie, w jakim dotyczą one zarządu spółki, a wynikające z wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego oraz informacji udzielonej przez Krajowy Rejestr Karny. Załączone dokumenty dotyczą różnych osób. Wskazując na decydujące znaczenie treści wpisu do rejestru przedsiębiorców KRS, protestujący uznał, iż wybrany wykonawca nie dostarczył wymaganego dokumentu w postaci informacji z KRK dotyczącej członka zarządu spółki, co stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Dodatkowo wskazany brak w ofercie, w ocenie wnoszącego protest, oznacza niezgodność treści oferty z siwz i stanowi podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W dalszej części protestu, wykonawca podniósł, iż w wybranej ofercie wskazane zostały w znacznym zakresie te same osoby do wykonania prac będących przedmiotem przetargu, co wskazywane równocześnie w innych przetargach prowadzonych przez zamawiającego, a dotyczących równolegle świadczonych identycznych usług na rzecz KWK „Bobrek-Centrum” oraz KWK „Szczygłowice”, a także KWK „Piaś”. Wskazana okoliczność stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, gdyż uniemożliwia należyte wykonanie usługi.

Ponadto w proteście zarzucono, iż wybrany wykonawca nie wykazał kserokopii dokumentów potwierdzających dysponowanie dwoma sztukami ładowarek kołowych o pojemności łyżki 5,0 m³ wyposażonych w wagę dynamiczną, wymaganych w pkt X.1.3 siwz oraz w załączniku nr 8 do siwz. W wykazie sprzętu załączonym do oferty wykonawca wskazał, iż dysponuje dwoma ładowarkami kołowymi Ł-34 wyposażonymi w wagę dynamiczną. W kolejnym załączniku do oferty oznaczonym jako „Środki trwałe na dzień 31.12.2008 r.”, wskazany został sprzęt, jakim dysponuje wykonawca. W zestawieniu brak jest dwóch sztuk ładowarek Ł-34 wyposażonych w wagę dynamiczną. Stan ten oznacza, w ocenie protestującego, iż oferta ENERGOPOL WSK powinna być odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Kolejny zarzut, jaki został wyartykułowany w proteście dotyczy wysokości ceny najkorzystniejszej oferty, która wskazywać ma na podstawę jej odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, jako zawierającej rażąco niską cenę. W celu wykazania rażąco niskiej ceny, protestujący wskazał na różnicę pomiędzy wartością szacunkową zamówienia, a ceną wybranej oferty, wynoszącą 28 %. Różnica ta powinna skutkować co najmniej wszczęciem przez zamawiającego procedury określonej w art. 90 ustawy i zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W proteście wykonawca odniósł się do pisma, jakie skierował do zamawiającego w dniu 7 kwietnia 2009 r., w którym wskazywał na wadliwość oferty wybranej później przez zamawiającego, które to pismo zostało potraktowane przez zamawiającego jako protest. Protestujący podkreślił, iż nie miał zamiaru składając pismo wnosić protestu, na co wskazuje z jednej strony brak jego oznaczenia jako protest, a z drugiej strony brak wypełnienia formalnych przesłanek dla uznania pisma za protest w świetle art.180 ustawy. Potraktowanie przez zamawiającego pisma jako protest stanowiło naruszenie art. 181 ustawy.

Wskazane powyżej naruszenia art. 90 oraz 180-181 ustawy prowadzą w ocenie protestującego do wniosku, iż zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Zamawiający oddalił protest w całości, przekazując informację odwołującemu faksem w dniu 20 maja 2009 roku. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia zamawiający wskazał, iż część

zarzutów dotyczących naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy była przedmiotem rozstrzygnięcia przez zamawiającego protestu z dnia 7 kwietnia 2009 roku, w sposób określony w art. 183 ust. 3 ustawy, tj. oddalenia wskutek upływu terminu wskazanego w ust. 1. Zamawiający podkreślił, że wykonawca nie może ponownie składać protestu na podstawie tych samych i wcześniej podniesionych zarzutów, skoro czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została wykonana zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Na tej podstawie zamawiający uznał ponowione zarzuty za niedopuszczalne.

W odniesieniu do dalszych zarzutów, zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia wykonawcy wraz z doręczonym zamawiającemu postanowieniem Sądu Rejonowego w Częstochowie w zakresie wpisu do KRS prawidłowych już danych dotyczących drugiego imienia Prezesa Zarządu, czynią zarzut bezzasadnym. Tożsamość Prezesa Zarządu nie budziła wątpliwości zamawiającego, gdyż zarówno w KRS oraz KRK podany został taki sam numer PESEL. Oczywista omyłka w podaniu drugiego imienia w KRS nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy. Zamawiający uznał, iż bez znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu pozostaje okoliczność, iż osoby wykazane przez wykonawcę były wskazywane do wykonania prac w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie podzielił również stanowiska wykonawcy w zakresie dotyczącym środków trwałych, które obejmują ładowarki Ł-34. Załączony wykaz środków trwałych potwierdza jedynie dysponowanie pojazdami, natomiast potwierdzenie warunku opisanego w pkt X ust. 1 pkt 3 siwz wynika z wykazu sprzętu zgodnie z załącznikiem nr 8.

Zamawiający nie uwzględnił również zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, gdyż w jego ocenie wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, które mogłyby uprawdopodobnić, że złożenie oferty przez ENERGOPOL WSK stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku i świadczenie usług albo ich odsprzedaż poniżej kosztów, w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15).

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, zamawiający wskazał, iż wykonawca nie wykazał skąd wynikać ma przekonanie, że zaoferowana cena uniemożliwia realizację zamówienia, jak również nie wykazał, iż spowoduje ona realizację zamówienia poniżej kosztów. Zamawiający nie miał wątpliwości w tym zakresie, a zatem nie był zobowiązany zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

Wobec rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego w dniu 29 maja 2009 roku odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, poprzez jego nadanie u operatora publicznego, przekazując jednocześnie jego treść zamawiającemu.

Odwołujący powtórzył żądania przedstawione w proteście o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia ENERGOPOL WSK na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy, dokonanie ponownej oceny ofert, lub unieważnienie przetargu. W uzupełnieniu stanowiska przedstawionego w proteście, odwołujący dodatkowo wskazał, że uzupełnione na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny stwierdzać spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert (art. 26 ust. 3). Odwołujący dalej wyjaśnił, iż wymóg sprzętowy co do wyposażenia ładowarek kołowych w wagę dynamiczną dotyczył wyłącznie ładowarek o pojemności 5 m³, natomiast nie został on sformułowany w odniesieniu do ładowarek o pojemności 1,5-2,5 m³ oraz min. 3,4 m³. Jako dowód na okoliczność, iż ładowarki Ł-34 produkcji Huty Stalowa Wola S.A. w wersji wyposażenia standardowego nie mają zamontowanej wagi, załączył oświadczenia Katowickiego Przedsiębiorstwa Napraw Maszyn Budowlanych Budropol Sp. Jawna.

Izba nie stwierdziła okoliczności, których wystąpienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania na posiedzeniu i rozpoznała sprawę na rozprawie.

Na podstawie oryginału dokumentacji oraz stanowisk stron skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Na wstępie skład orzekający Izby potwierdził spełnienie przesłanki materialno-prawnej dla stwierdzenia skuteczności wniesionego odwołania określonej w art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą pzp, tj. doznania lub możliwości doznania uszczerbku w interesie prawnym odwołującego w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Jak wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, oferta odwołującego oznaczona numerem 2, sklasyfikowana została na drugiej pozycji spośród ofert poddanych ocenie według jedyne go kryterium - ceny. Tym samym, na skutek czynności wyboru oferty sklasyfikowanej jako pierwsza, odwołujący utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, co wypełnia przesłankę do wnoszenia środków ochrony prawnej.

W związku z powyższym ustaleniem skład orzekający dokonał merytorycznej oceny zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Na wstępie koniecznym było ustalenie, czy wszystkie zgłoszone w odwołaniu zarzuty podlegają rozpoznaniu na rozprawie, w szczególności w kontekście zgłoszonego przez zamawiającego zarzutu o niedopuszczalności zarzutów podnoszonych na wcześniejszym etapie postępowania w piśmie odwołującego z dnia 7 kwietnia 2009 roku. Przyjęcie stanowiska zamawiającego oznaczałoby, iż jedynie część zarzutów dotyczących wybranej oferty, jako odnoszących się do nowych okoliczności, aniżeli ostatecznie rozstrzygniętych przez zamawiającego, mogłaby być skutecznie podnoszona w toczącym się postępowaniu odwoławczym. Natomiast zarzuty powtórzone przez wykonawcę w kolejnym proteście nie podlegałyby merytorycznemu rozpoznaniu przed Izbą w związku z artykułem 187 ust. 4 pkt 6 ustawy pzp. W tym zakresie skład orzekający zasadniczo stwierdza, iż powtórzenie w części zarzutów, co do których zapadło ostateczne rozstrzygnięcie w wyniku innego postępowania protestacyjnego, nie mogłoby skutkować odrzuceniem odwołania w całości, a jedynie prowadziłyby do konieczności pominięcia tych zarzutów przy rozstrzyganiu zawistego sporu. Odnosząc się natomiast do stanu faktycznego sprawy, skład orzekający ustalił, iż część zarzutów zgłoszonych w proteście, a następnie w odwołaniu, była przedmiotem pisma odwołującego z dnia 7 kwietnia 2009 roku, uznanego przez zamawiającego, jako protest. Wskazuje na to wprost treść zawiadomienia o wniesionym proteście z dnia 9 kwietnia 2009 roku, które zamawiający przekazał wykonawcom, w tym również odwołującemu. W odpowiedzi na pismo odwołujący złożył do zamawiającego nowy dokument wadium i wyraził zgodę na przedłużenie okresu związania ofertą. Zamawiający pozostawił „protest” bez rozpoznania, a w rozstrzygnięciu protestu z dnia 11 maja 2009 roku stwierdził, iż na skutek upływu terminu określonego w art. 183 ust. 1 ustawy pzp., protest z 7 kwietnia 2009 roku został oddalony na podstawie art. 183 ust. 3 ustawy pzp. Ponieważ odwołujący nie wniósł odwołania od takiego rozstrzygnięcia, na tej podstawie zamawiający uznał, iż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dokonana została zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

W tak ustalonych okolicznościach sprawy, po przeanalizowaniu treści pisma z dnia 7 kwietnia 2009 roku, skład orzekający uznał, iż nie może być ono uznane za protest w rozumieniu art. 180 ustawy pzp. W szczególności wynika to z braku wskazania przez wykonawcę, w treści pisma czynności podjętej, czy też zaniechanej przez zamawiającego, co do której stwierdzonoby naruszenie przepisu ustawy pzp i z którym to naruszeniem ustawodawca wiąże prawo do wniesienia protestu. Skoro czynność taka nie była przedmiotem pisma, jak również jej braku wykonawca nie kwestionował, to nie można wiązać skutków prawnych wniesionego pisma ze skutkami, jakie ustawa wiąże z wniesieniem protestu. W ocenie składu orzekającego pismo datowane na dzień 7 kwietnia 2009 roku, należy oceniać, jako ocenę oferty konkurencyjnej, dokonaną przez innego wykonawcę, który zgłasza zamawiającemu stwierdzone przez niego nieprawidłowości przed

zakończeniem oceny oferty przez zamawiającego. Sam fakt, iż wykonawca zgłasza zamawiającemu wnioski, co do sposobu oceny oferty, nie daje podstaw do stwierdzenia, że wykonawca wnosi protest wobec czynności zamawiającego. Treść pisma nie dawała podstaw zamawiającemu do uznania, iż wykonawca wniósł protest, a tym samym nie może rodzić to negatywnych konsekwencji dla wykonawcy w postaci niedopuszczalności późniejszego zgłoszenia zarzutów w drodze środków ochrony prawnej na czynność wyboru oferty. Prowadziłoby to bowiem do pozbawienia rzeczywistej ochrony wszystkich uczestników postępowania. Należy zwrócić uwagę na konsekwencje, jakie rodziłoby dla pozostałych wykonawców uznanie zastrzeżeń innego wykonawcy jako protestu. Musieliby oni przystąpić do postępowania protestacyjnego, gdyż zgodnie z art. 181 ust. 6 nie mogliby później korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Protest taki, jako przedwczesny zapewne podlegałyby odrzuceniu, co zamykałoby drogę do możliwości zaskarżenia czynności, nawet dokonanej z naruszeniem przepisów ustawy. Zarówno „protestujący”, jak i „przystępujący” nie mogliby wykazać naruszenia interesu prawnego, gdyż w dacie składania „protestu”, czy też „przystąpienia”, nie byłoby wiadome, w jaki sposób zamawiający wykorzysta uzyskane informacje, co uniemożliwiłoby wykazanie wystąpienia związku przyczynowego pomiędzy stwierdzonym naruszeniem przepisu ustawy, a uszczerbkiem w interesie prawnym.

Oceny formalnej pisma z 7 kwietnia 2009 roku nie zmieniają dalsze czynności podjęte przez odwołującego, w tym w szczególności wniesienie nowego wadium, z której to czynności zamawiający wywodził, iż wykonawca przyznał, że traktuje swoje pismo jako protest. Dalsze czynności wykonawcy nie mogą mieć znaczenia dla oceny pisma dokonywanej z uwzględnieniem treści oświadczenia woli oraz okoliczności, jakie istniały w dacie jego złożenia.

Na tej podstawie, skład orzekający stwierdził, iż pismo z dnia 7 kwietnia 2009 roku nie może być oceniane jako protest, a tym samym odwołanie podlega rozpoznaniu w całości podniesionych zarzutów.

Skład orzekający uznał odwołanie w zakresie zgłoszonych zarzutów za bezzasadne.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, w związku z brakiem załączenia dokumentu KRK dla członka zarządu ujawnionego we wpisie do KRS, nie zasługuje na uwzględnienie. Skład orzekający potwierdził, iż do oferty załączony został odpis z rejestru przedsiębiorców KRS 0000044754 (str. 8-19) z dnia 13 lutego 2009 roku, w którym jako Prezes Zarządu widnieje Zdzisław Antoni W., pełniący funkcję zarządu jednoosobowego. Na stronie 23 oferty załączono informację z KRK dotyczącą Zdzisława Jana W. Z niezgodności w oznaczeniu w obu wskazanych powyżej dokumentach drugiego imienia, odwołujący wywodzi, iż oba dokumenty dotyczą dwóch różnych osób, a dokumenty załączone do oferty

powinny dotyczyć osoby wymienionej w KRS. Skład orzekający uznał na podstawie treści obu spornych dokumentów, a także wyjaśnień wykonawcy z dnia 22 kwietnia 2009 roku, iż do oferty załączono dokument KRK wystawiony dla osoby pełniącej funkcję Prezesa Zarządu, tj. Pana Zdzisława Jana W. Słusznie zamawiający zaznaczył, iż na obu dokumentach, tj. odpisie z KRS oraz informacji KRK wskazany został taki sam numer PESEL osoby, co potwierdza, iż w jednym z dokumentów wystąpił błąd w oznaczeniu drugiego imienia, wymagający wyjaśnienia. Z załączonego do wyjaśnień postanowienia Sądu Rejonowego w Częstochowie z dnia 16 lutego 2009 roku oraz odpisu KRS z dnia 16 lutego 2009 roku, wynika bezspornie, iż w rejestrze sądowym występowała omyłka pisarska, sprostowana na wniosek w dniu 16 lutego 2009 roku. Nie znajduje zatem w tych okolicznościach potwierdzenie stanowisko odwołującego, iż wybrany wykonawca nie potwierdził nie później niż na dzień składania ofert spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Termin składania ofert upływał w dniu 6 marca 2009 roku i w tym terminie wykonawca złożył kompletną ofertę. Występująca rozbieżność została wyjaśniona w sposób wiarygodny przez wykonawcę w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, a zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp oraz odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Na marginesie Izba wskazuje, iż oczekiwania odwołującego co do konieczności potwierdzenia braku karalności osoby pierwotnie wskazanej w rejestrze przedsiębiorców, faktycznie byłyby niemożliwe do spełnienia, gdyż osoba wskazana z obu imion i nazwiska, o podanym numerze PESEL nie istnieje.

Izba nie stwierdziła podstawy do odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp., z tego tytułu, iż w ofercie wskazane w wykazie osoby do wykonania prac, były równocześnie wskazywane w innych przetargach prowadzonych przez tego samego zamawiającego, co ma potwierdzać niemożliwość należytego wykonania usługi. Twierdzenie to nie znajduje żadnego potwierdzenia w naruszeniu jakiegokolwiek przepisu ustawy pzp. Ustawodawca nie ogranicza wykonawców, co do możliwości równoczesnego ubiegania się o udzielenie zamówienia w różnych postępowaniach. Odwołujący nie przedstawił żadnego racjonalnego dowodu, iż wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać usługi, nawet jeżeli jednocześnie realizuje inne zamówienia. Jak wynika z załącznika nr 1 do siwz (szczegółowy zakres zamówienia), zamawiający będzie określał rzeczywistą ilość potrzebnych jednostek sprzętowych oraz ilość godzin w zamówieniach tygodniowych, jaka wynikać będzie z bieżących potrzeb kopalni w ramach wskazanych wielkości maksymalnych. Oznacza to, że ilość osób potrzebna do wykonania zamówienia będzie uzależniona od zmiennych potrzeb zamawiającego, a tym samym nie jest możliwe potwierdzenie, iż wykonawca, który będzie kierował pracownikami do wykonania różnych zamówień, nie będzie w stanie należycie wykonać przedmiotowego

zamówienia. Ponadto, okoliczność ta nie miałaby wpływu na ocenę potencjału wykonawcy, gdyż odwołujący nie kwestionował, jakoby wykonawca rzeczywiście dysponował osobami wskazanymi przez niego na wykazie, stanowiącym załącznik nr 9 do oferty (strona 28 i 29).

W zakresie kwestionowanego braku dokumentów potwierdzających dysponowanie dwoma sztukami ładowarek kołowych o pojemności łyżki 5,0 m³ wyposażonymi w wagę dynamiczną, skład orzekający ustalił, iż na stronie 50 oferty znajduje się wykaz (załącznik nr 11), w którym w pozycjach 5 i 6 wskazano ładowarki kołowe Ł-34 wyposażone w wagę o pojemności łyżki 3,4 m³ (2 sztuki - pozycja 5) oraz 5,0 m³ (2 sztuki - pozycja 6). W siwz w pkt X.1.3, zamawiający wymagał, aby wykonawcy dysponowali niezbędnym sprzętem do wykonania zamówienia, tj. między innymi: ładowarkami kołowymi o pojemności łyżki min. 3,4 m³ – 2 sztuki oraz ładowarkami kołowymi o pojemności łyżki 5,0 m³ wyposażonymi w wagę dynamiczną – 2 sztuki. W celu potwierdzenia spełniania warunku, wykonawcy mieli załączyć do oferty wykaz sprzętu, a w przypadku gdy wykonawca w wykazie wskaże sprzęt, którym będzie dysponował, również pisemne zobowiązanie innych podmiotów do jego udostępnienia do wykonania zamówienia (pkt XII.3 siwz). W pkt XVI.2 siwz, zamawiający wymagał dołączenia do oferty, w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1, kserokopii dokumentów, które potwierdzają dysponowanie pojazdami. W załączniku nr 1 do siwz zamawiający określił szacunkowe potrzeby jednostek sprzętowych. Odwołujący zakwestionował w proteście, iż do oferty nie załączono dokumentów potwierdzających dysponowanie dwoma sztukami ładowarek kołowych o pojemności łyżki 5,0 m³ wyposażonych w wagę dynamiczną, gdyż informacja taka nie została potwierdzona w załączonym do oferty wykazie środków trwałych (załącznik nr 15 – strona 54-59). Z okoliczności tej odwołujący wnioskował, iż oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Skład orzekający stwierdził, iż załączony do oferty wykaz środków trwałych – załącznik nr 15, nie może być podstawą do odrzucenia oferty, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca w załączniku nr 11 do oferty, przedłożył wykaz sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia, w którym potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu (str. 50). Odwoływanie się do treści załączonego dokumentu, który nie zawiera wystarczająco dokładnych informacji, niezbędnych dla potwierdzenia spełniania warunku, w szczególności o wyposażeniu ładowarek w wagi dynamiczne, nie dowodzi, iż oświadczenie wykonawcy zawarte w wykazie nie potwierdza spełniania warunku. Zamawiający zobowiązany jest dokonać oceny spełniania warunków na podstawie dokumentów, jakich wymagał w ogłoszeniu i specyfikacji, a w przedmiotowym zakresie wyłącznie na podstawie wykazu sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia. Załącznik nr 15 potwierdzać ma jedynie, że wykonawca dysponuje pojazdami niezbędnymi do wykonania zamówienia. Z treści przedłożonego zestawienia wynika, iż wykonawca

posiada w grupie maszyn specjalistycznych łącznie 4 ładowarki kołowe Ł-34, co nie pozostaje w sprzeczności z treścią oświadczenia złożonego w załączniku nr 11 do oferty, w którym wykonawca wykazał łącznie, iż dysponuje czterema sztukami ładowarek kołowych Ł-34 wyposażonymi w wagę dynamiczną o pojemnościach 3,4 m³ oraz 5,0 m³. Oczekiwanie, aby załączony dokument dotyczący pojazdów w sposób szczegółowy określał ich parametry nie wynika z zapisów siwz, Zamawiający nie określił szczegółowo jakiego rodzaju dokumentu oczekuje, ani zakresu informacji, pozostawiając wykonawcom swobodę w tym zakresie. Również sam odwołujący nie wskazał na rodzaj dokumentu, który byłby wystarczający w kontekście zapisów siwz. Skład orzekający Izby uznał, iż odwołujący nie podważył prawdziwości oświadczenia wykonawcy o dysponowaniu dwoma sztukami ładowarek Ł-34 o pojemności łyżki 5,0 m³ wyposażonych w wagi dynamiczne. Dowodu takiego w szczególności nie dostarcza treść załączonego do odwołania pisma przedstawiciela Huty Stalowa Wola – producenta ładowarek wskazanych na wykazie. Potwierdza ono jedynie, iż w wyposażeniu podstawowym, standardowym ładowarki nie mają zamontowanej wagi. Tym samym należy uznać, iż jest możliwość zamontowania wagi na zamówienie. Mając powyższe na uwadze, zarzut należało oddalić.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny wybranej oferty, skład orzekający oddalił zarzut, gdyż wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających słuszność zarzutu, opierając się wyłącznie na gołosłownym twierdzeniu, iż cena niższa o 28 % w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia, powinna zostać zakwalifikowana jako rażąco niska. Z uwagi na brak ustawowej definicji ceny rażąco niskiej, skład orzekający przywołuje definicję wypracowaną przez orzecznictwo, powtarzaną wielokrotnie w wyrokach również sądów powszechnych, iż ceną rażąco niską jest cena niewiarygodna oderwana całkowicie od realiów rynkowych. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego opłacalne (wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. XIX Ga 3/07). Z samego porównania ceny oferty wybranej z drugą w kolejności ofertą odwołującego wynika, iż różnica w cenie wynosi około 6%, a więc nie można mówić o zaniżeniu ceny w sposób niedozwolony. Potwierdzeniem dla stanowiska Izby, iż cena oferty najkorzystniejszej odpowiada cenom rynkowym, może być również przedłożone przez zamawiającego umowy zawarte w okresie 2008 i 2009 roku, w których wysokość cen jest porównywalna z ceną oferty przedstawioną w rozbiciu na ceny roboczogodzin stanowiących podstawę dla wyliczenia ceny całkowitej oferty. Zaoferowana w ofercie stawka roboczogodziny pracy sprzętu netto wynosi: 75 zł (spycharka z operatorem), 50 zł (ładowarka kołowa z operatorem), 75 zł (ładowarka kołowa 3,4 m³ łyżki wyposażona w wagę dynamiczną z operatorem) oraz 86 zł (ładowarka kołowa 5,0 m³ łyżki wyposażona w wagę dynamiczną z operatorem). Wysokość cen roboczogodziny sprzętu w zawartych

umowach wynosi odpowiednio: od 64 zł do 83 zł (spycharka), od 68,50 zł do 85 zł (ładowarka kołowa z wagą, pojemność 3,4 m³) Izba zaznacza, iż procedura wyjaśniania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny określona w art. 90 ustawy pzp, znajduje zastosowanie w sytuacji, jeżeli zachodzi potrzeba wyjaśnienia ceny, natomiast nie stosuje się jej z automatu do oferty najtańszej. To zamawiający dokonując analizy ceny ofert decyduje, czy zachodzi podstawa do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, tak aby móc dokonać wyboru oferty, która nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Jeżeli na podstawie analizy cen rynkowych, zamawiający poweźmie wątpliwość co do wysokości ceny, zobowiązany jest zastosować procedurę określoną w art. 90 ustawy pzp. W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający nie naruszył art. 90 ustawy, którego zastosowanie nie znajduje uzasadnienia w odniesieniu do oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający pominął zarzut naruszenia art. 180 i 181 ustawy pzp, w związku z uznaniem przez zamawiającego pisma odwołującego z dnia 4 kwietnia 2009 roku, jako protest, gdyż zarzut ten został podniesiony z uchybieniem terminu do wniesienia protestu na czynność zawiadomienia wykonawców o wniesieniu protestu z dnia 9 kwietnia 2009 roku.

Mając na względzie powyższe ustalenia, Izba nie potwierdziła wystąpienia przesłanki dla unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*