

Sygn. akt KIO/UZP 271/09

Sygn. akt KIO/UZP 276/09

WYROK

z dnia 19 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Andrzej Niwicki

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2009 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez

1. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowo Transportowe STROPNICA Sp. j. B. Adamek i G. Adamek ul. Broniewskiego 1A/19, 40-131 Katowice,

2. Macieja Pyraka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe PARTNER, ul. Krzepicka 112, Iwanowice Duże, 42-152 Opatów

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Katowicki Holding Węglowy S.A. ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice

protestów z dnia 18 i 19 lutego 2009 r.

przy udziale **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo „Carbomasz” Sp. z o.o., ul. Ligonja 30/01, 40-036 Katowice i Zakład Produkcyjno Handlowo Usługowy KONOPKA Sp.**

jawna, ul. Krzepicka 124, 42-152 Opatów zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołujących 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 uiszczonych wpisów, w tym:
 - 1) **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowo Transportowe STROPNICA Sp. j. B. Adamek i G. Adamek ul. Broniewskiego 1A/19, 40-131 Katowice,**
 - 2) **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące pięćset dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Macieja Pyraka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe PARTNER, ul. Krzepicka 112, Iwanowice Duże, 42-152 Opatów,**
2. dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Odwołujących** na rzecz **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, w tym
 - 1) **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowo Transportowe STROPNICA Sp. j. B. Adamek i G. Adamek ul. Broniewskiego 1A/19, 40-131 Katowice,**
 - 2) **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy złotych zero groszy) przez **Macieja Pyraka prowadzącego działalność**

gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe PARTNER, ul. Krzepicka 112, Iwanowice Duże, 42-152 Opatów,

3. dokonać zwrotu kwoty **25 426 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Odwoływających** w tym:

1) **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowo Transportowe STROPNICA Sp. j. B. Adamek i G. Adamek ul. Broniewskiego 1A/19, 40-131 Katowice,**

2) **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Macieja Pyraka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe PARTNER, ul. Krzepicka 112, Iwanowice Duże, 42-152 Opatów.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawy drewna – kopalniaków iglastych w okresie 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy do KHW S.A. (nr sprawy ZP/EZ/4/2009)*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 6 listopada 2008 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2008/S 216–287852. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 27.580.930,40 zł, tj. 7.113.804,23 euro.

Postępowanie obejmowało 7 części. Zamawiający dopuszczał składanie ofert częściowych.

Sygn. akt KIO/UZP 271/09

12 lutego 2009 r. Odwołujący dowiedział się o wyniku postępowania. 19 lutego 2009 r. Odwołujący wniósł protest na czynności Zamawiającego w polegające na wyborze jako najkorzystniejsze w części:

1. III – oferty wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwa CARBOMASZ Sp. z o.o. oraz Zakładu Produkcyjno Handlowo Usługowego KONOPKA Sp. j.
2. IV i VII – oferty Zakładu Produkcyjno Usługowego TARKOS Sp. j. Jerzy Kostrzewa, Błażej Kostrzewa
3. VI – oferty wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakładu Handlowo Usługowo Produkcyjnego ZBOREX s.c., Bogdan i Lucyna Łyko, Eugeniusz i Jadwiga Mańka, Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe KROBEX Sławomir Konieczny,

które to oferty, jego zdaniem, zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym podlegają odrzuceniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający naruszył więc art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru ofert w powyższych częściach, dokonanie ponownej oceny ofert tych wykonawców z uwzględnieniem treści art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych i ich odrzucenie z uwagi na fakt, iż ich oferty zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W poszczególnych częściach ceny zaoferowane przez wskazanych powyżej wykonawców były następujące: część III 4.222.560,40 zł brutto, co daje cenę netto 208,00 zł/m³, część IV 4.169.424,12 zł brutto, co daje cenę netto 205,00 zł/m³, część VI 5.132.000,00 zł brutto, co daje cenę netto 190,00 zł/m³, część VII 4.616.693,60 zł brutto, co daje cenę netto 200,00 zł/m³ oferowanego drewna kopalniakowego.

Zdaniem Odwołującego minimalna cena netto za m³ oferowanego drewna kopalniakowego powinna wynosić min. 220,00 zł, przy czym cena ta nie uwzględnia zysku, którego osiągnięcie jest celem każdego podmiotu, a którego wysokość można przyjąć na poziomie 3% – 8%.

Zgodnie z informacją podaną do wiadomości publicznej na stronie Portalu Leśno-Drzewnego minimalne ceny wywoławcze dla przetargów na drewno kopalniakowe w należytej jakości koniecznej do zapewnienie bezpieczeństwa w kopalniach na rok 2009 w Regionalnych Dyrekcjach Lasów Państwowych wynosiły dla różnych regionów Polski 130 – 159 zł/m³. Podane ceny są cenami wywoławczymi, co oznacza, że faktyczna cena zakupu surowca jest wyższa. Na potrzeby poniższych obliczeń przyjęto średnią cenę surowca na poziomie 145,00 zł za m³ netto. Do tej kwoty należy doliczyć kwoty związane ze składowaniem, obróbką, załadunkiem i transportem drewna kopalniakowego w wysokości min. 76 zł bez kosztów amortyzacji sprzętu.

Do nich należy dodać koszty pośrednie: dzierżawa składnicy, ewentualnie podatek gruntowy, utrzymanie biura, pracownicy, kredyt i obsługa bankowa konieczne przy znacznych opóźnieniach w płatnościach występujących w tej branży oraz przedpłaty przy zakupie surowca, utrzymanie i amortyzacja samochodu. Wyliczenia te wskazują, iż nierealna jest minimalna cena netto za oferowany m³ drewna kopalniakowego poniżej 220,00 zł.

Jeśli wykonawcy oferują drewno w cenach niższych niż wykazane, zachodzi poważna wątpliwość, czy nie jest to drewno o znacznie obniżonej jakości w stosunku do wymaganej, podczas gdy wszystkie materiały i urządzenia wykorzystywane do prac pod ziemią muszą spełniać rygorystyczne wymagania jakościowe ze względu na bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo ludzi tam pracujących.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż ceny drewna kopalniakowego w kopalniach Zamawiającego w postępowaniach na rok 2008 były wyższe niż najniższe ceny zaoferowane w niniejszym postępowaniu i wynosiły w zależności od kopalni: 245, 252, 258, 272 i 277 zł netto/m³. Tak więc ceny zaoferowane w niniejszym postępowaniu są niższe o ok. 25% od cen z roku poprzedniego. Różnica ta powinna była skłonić Zamawiającego do przeanalizowania aktualnej sytuacji na rynku drewna i wzięcia pod uwagę okoliczności, iż przy corocznej inflacji, wzroście cen paliwa, kosztów wynagrodzeń itp. ceny nie maleją, lecz rosną, a zaniżanie cen poniżej minimalnej rynkowej nie może być tłumaczone kryzysem i chęcią pozyskania zamówień za wszelką cenę. Zamawiający powziawszy wątpliwość lub

uzasadnione przypuszczenie, iż oferowana cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, ma obowiązek przeprowadzić postępowanie wyjaśniające na podstawie dyspozycji art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem powyższych uwag w stosunku do wykonawców wybranych w częściach III, IV, VI i VII postępowania i odrzucić ich oferty w oparciu o 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

25 lutego 2009 r. Zamawiający oddalił protest (w treści rozstrzygnięcia brak uzasadnienia).

6 marca 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzuty i argumentację z protestu oraz dodatkowo zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 183 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak ustosunkowania się do zarzutów podnoszonych w proteście, co jest niedopełnieniem ciążącego na Zamawiającym obowiązku przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji. Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie czynności wyboru ofert w częściach III, IV, VI i VII,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny kwestionowanych ofert z uwzględnieniem treści art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych,
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia kwestionowanych ofert z uwagi na fakt, iż zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
5. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu.

Sygn. akt KIO/UZP 276/09

12 lutego 2009 r. Odwołujący dowiedział się o wyniku postępowania.

18 lutego 2009 r. Odwołujący wniósł protest na następujące czynności Zamawiającego:

1. wykluczenie z postępowania w związku z odmową wydłużenia terminu związania ofertą następujących wykonawców: ZUM Susarski Jerzy w części III, IV, V, VI, wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PPU GAMEX, PHU WĘGLODRZEW w części VI, ZPD LAS-KOP w części V, ENERGOPORT Sp. z o.o. w części I, III, IV, V, VI, VII, wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DREWPOL, SAKIWER, PW Erwin RECLI, HELIX M. Ślimak, w części IV, wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WĘGLOKOKS SA, DREWGÓR Sp. j. w części IV, VI, VII, wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CARBOMASZ Sp. z o.o., ZPHU KONOPKA Sp.j. w części V i VII, UHP JUKA w części VII,
2. odrzucenie wykonawców z postępowania w związku z brakiem złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w stosunku do: wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CARBOMASZ Sp. z o.o., ZPHU KONOPKA Sp. j. w części VII, PPHU PARTNER M. Pyrak w części I, III, IV, V, VI, VII, MARA M. Głowacki w części III, ZPD LAS-KOP w części V, ENERGOPORT Sp. z o.o. w części I, wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PPU GAMEX, PHU WĘGLODRZEW w części VI,
3. wybór najkorzystniejszych ofert w częściach I – VII, wskazanie tych wykonawców dla poszczególnych części oferty oraz wskazanie kwoty najkorzystniejszych ofert: zadanie I ZPD LAS-KOP Sp. j. zadanie II wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DREWPOL, SAKIWER, PW Erwin RECLI, HELIX Mariusz Ślimak, zadanie III CARBOMASZ Sp. z o.o., zadanie IV ZPU TARKOS Sp. j., zadanie V wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PPU GAMEX, PHU WĘGLODRZEW, zadanie VI ZUHP ZBOREX s.c., PPUH KROBEX S. Konieczny, zadanie VII ZPU TARKOS Sp.j.

Odwołujący wniósł o uchylenie zaskarżonych czynności przy jednoczesnym unieważnieniu przetargu jako przeprowadzonego z rażącym naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych.

Ad. 1. Czynność ta została dokonana z naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 3 i art. 85 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający tylko w uzasadnionych i szczególnych przypadkach, może zwrócić się

do wszystkich wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na oznaczony okres, jednakże nie dłuższy niż 60 dni. Ustawodawca wskazał, iż związanie ofertą oraz wyznaczenie nowego terminu dotyczy całej oferty złożonej przez wykonawców w ramach toczącego się postępowania, a wykonawca zobowiązany jest do złożenia oświadczenia woli w zakresie przedłużenia terminu do związania ofertą, przy jednoczesnym obowiązku wydłużenia obowiązywania złożonego wraz z ofertą wadium. Ustawodawca nie przewidział możliwości wyrażania zgody co do związania ofertą na nowy okres na poszczególne zadania. Naruszałoby to bowiem art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, iż wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę, a zatem ostatecznym terminem tej zmiany lub wycofania jest upływ terminu do składania oferty. Skoro więc wykonawcy złożyli ofertę na poszczególne zadania lub całość zamówienia, to zmiana terminu związania ofertą winna obejmować całą ofertę wykonawcy, a nie może być dowolnie modyfikowana, poprzez wydłużenie terminu związania ofertą w części zadań, a w pozostałych poprzez odmowę. Powyższa czynność Zamawiającego prowadzi do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz praw wykonawców, którzy dokonali wydłużenia terminu związania ofertą w pełnym zakresie, tj. zgodnie z pierwotną ofertą. Wykonawcy, którzy dokonali takiej modyfikacji swojej oferty winni zostać wykluczeni, nie dla poszczególnych części zamówienia, lecz z całego przetargu. Odmienna interpretacja art. 85 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie zmiany terminu związania ofertą, wiąże się z rażącym naruszeniem prawa, które skutkować winno nieważnością całego przeprowadzonego postępowania i bezwzględną nieważnością ewentualnie zawartej umowy.

Ad.2. Czynność ta narusza art. 92 ust. 1 pkt 2 w powiązaniu z art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 oraz art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Kwestię oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, umożliwia weryfikacja oferty przez zamawiającego w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający występuje z takim zapytaniem do wykonawców, których oferta odbiega w sposób istotny od pozostałych, wskazując, iż oferta tego wykonawcy zawiera elementy rażąco niskie.

Procedura w zakresie określenia wartości zamówienia, podejmowana jest przez zamawiającego jeszcze przed zamieszczeniem ogłoszenia przy ustalaniu wartości zamówienia. Zgodnie z art. 35 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku istotnej zmiany okoliczności rynkowych, analiza taka powinna być powtórzona, czego wyrazem może być zmiana wartości przedmiotu zamówienia. Kolejny etap analizy rażąco niskiej ceny, podejmowany jest przez zamawiającego w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z powyższym zamawiający, kierując się uprzednio dokonаныmi ustaleniami wartości zamówienia, stosując stałe i czytelne kryteria, po otwarciu ofert, analizuje poszczególne oferty pod względem, czy zawarta w nich cena nie posiada elementów rażąco niskiej ceny. Procedura ta winna być przeprowadzona niezwłocznie po otwarciu ofert, zbadaniu ich zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz weryfikacją złożonych ofert w świetle ustalonej wartości zamówienia. Czynności takie winny być przeprowadzone przez zamawiającego w stosunku do wszystkich wykonawców w sposób obiektywny i przy zachowaniu tych samych kryteriów ocennych. Przeprowadzona przez zamawiającego dalsza procedura w zakresie zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, wskazuje w sposób niebudzący wątpliwości, iż złożone oferty nie odbiegały cenowo od wartości zamówienia i nie wskazywały na rażąco niskie ceny. Element rażąco niskiej ceny pojawił się po zakończeniu licytacji elektronicznej, w wyniku, której zostały wyłonione oferty zawierające najkorzystniejsze oferty. Zamawiający w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów ceny złożonych ofert. Jednakże późniejsza analiza wyjaśnień nie była jednolita i wskazuje, iż Zamawiający kierował się różnymi elementami ocennymi, co stoi w sprzeczności z art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący w wyniku przeprowadzenia aukcji elektronicznej złożył najkorzystniejsze oferty w ramach zadania I, III, IV, V, VI, VII, w wyniku czego Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień pomimo, iż jego oferta w zadaniu II nieznacznie odbiegała od oferty najkorzystniejszej, a Zamawiający nie wezwał go do złożenia wyjaśnień. Natomiast

w pozostałych zadaniach Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień także wykonawców, którzy złożyli oferty mniej korzystne, zajmując kolejne miejsca w zakresie złożonych ofert. Powyższe wskazuje, iż Zamawiający w sposób oczywisty nie kierował się przesłankami obiektywnymi, których ocena nie budzi wątpliwości, że doszło do naruszenia art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odpowiedzi na przedstawione zapytanie Odwołujący wyjaśnił, iż nie zaistniały okoliczności uzasadniające zgłoszenie przedmiotowego zapytania w zakresie złożenia wyjaśnień co do sposobu obliczenia ceny oferty. W wyniku zakończonej aukcji elektronicznej, Odwołujący przedstawił najlepsze pod względem cenowym oferty w poniższym zakresie: część I 3.530.990,00 zł, część III 3.244.148,00 zł, część IV 3.770.480,00 zł, część V 4.776.950,00 zł, część VI 4.748.890,00 zł, część VII 4.021.880,00 zł, wartości te zostały określone zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jako wartości netto, bez uwzględnienia VAT (pkt. 12.3), co potwierdza analiza przeprowadzonych postępień w aukcji elektronicznej. Przypisanie przez Zamawiającego wskazanym powyżej cenom wartości brutto stoi w sprzeczności z procedurą ustalenia ceny jednostkowej określonej w punkcie pkt. 12.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pkt. 12.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazuje wprost, iż „ceny jednostkowe podane przez Wykonawcę winny zamierać: a) wszelkie koszty związane z dostawą, ubezpieczeniem, opakowaniem itp., b) wszystkie podatki, cła, opłaty i inne ewentualne obciążania związane z realizacją zamówienia, z wyłączeniem podatku VAT”.

Cena zaoferowana przez Odwołującego w ramach aukcji elektronicznej jako cena netto, po dodaniu do niej VAT nie jest wartością rażąco niską, lecz rynkową. Wartość netto oferty zgodna jest ze złożoną ofertą pisemną, a zmniejszenie wynika wyłącznie z zastosowania postępień licytacyjnych.

Skoro Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia eliminuje VAT z elementu ceny, samodzielnie go ujmując w pkt. 13 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to taka sama procedura powinna obowiązywać w zakresie oceny oferty złożonej w ramach aukcji

elektronicznej. Odwołujący nie naruszył art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie braku wyjaśnienia składników ceny złożonej oferty, gdyż złożona przez niego oferta nie zawierała znamion ceny rażąco niskiej. Przeprowadzona procedura aukcji elektronicznej zawierała oczywiste niejasności oraz wyżej wskazany brak spójności procedur w ramach specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryterium ocennym jest wartość netto dostarczanego towaru. Zapis ten winien mieć swoje odzwierciedlenie w procedurze aukcji elektronicznej.

Ad. 3. Naruszenie art. 92 ust. 1 pkt. 1 pzp, poprzez wskazanie wyboru najkorzystniejszych ofert spośród wykonawców, którzy winni być wykluczeni z przetargu w związku z naruszeniem art. 85 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest oczywiste i winno skutkować unieważnieniem całego postępowania jako przeprowadzonego z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

25 lutego 2009 r. Zamawiający oddalił protest (w treści rozstrzygnięcia brak uzasadnienia).

6 marca 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzuty i argumentację z protestu oraz dodatkowo zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 183 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak uzasadnienia wydanego rozstrzygnięcia.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści ofert, wyjaśnień, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protestów i odwołań, przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

W odniesieniu do podniesionego przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowo Transportowe STROPNICA Sp. j. B. Adamek i G. Adamek zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny Izba uznała, iż zarzut nie został udowodniony. Po pierwsze wskazane ceny nie odbiegają w sposób znaczący od cen ustalonych przez Zamawiającego, które przełożyły się na podaną wartość zamówienia oraz kwoty, które zamierza on przeznaczyć na jego realizację w poszczególnych częściach, zawarte w protokole postępowania. Po drugie – fakt zastosowania zbliżonych do siebie cen przez trzech wykonawców uprawdopodobnia fakt, iż są to realne ceny, za które można zrealizować zamówienie.

Ceny uzyskane w innych postępowaniach przez tego samego lub innych zamawiających nie przesądzają o fakcie zastosowania rażąco niskiej ceny, gdyż w dużej mierze zależą one od zaistnienia różnych zmiennych czynników (oprócz konieczności uwzględnienia w cenie szczególnych wymagań zamawiającego i innych elementów wpływających na koszty), np. liczby wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia i cen zawartych w ich ofertach, na które konkurenci muszą zareagować, jeśli chcą złożyć ofertę konkurencyjną.

Nie ma również dowodów na to, iż wskazani wykonawcy złożyli oferty na drewno gorszej jakości niż wymagana lub, że ceny ofert ustalili pod wpływem błędu, przeciwnie – zostały one na etapie wyjaśnień cen ofert oraz w chwili przedłużenia terminu związania ofertą podtrzymane.

W odniesieniu do przedstawionego przez pana Macieja Pyraka zarzutu zaniechania wykluczenia wskazanych wykonawców Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 83 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeśli przedmiot zamówienia jest podzielny, a wykonawca może złożyć ofertę na jedną lub więcej części, jeśli zamawiający nie ustali w tym zakresie ograniczeń.

Dopuszczenie składania ofert częściowych powoduje, że każda z części zamówienia jest w dużej mierze traktowana oddzielnie, co powoduje, iż,

w zależności od ustalonych warunków przetargu, osobno może być ustalona wysokość wadium (art. 45 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych), dokonywane wykluczenia wykonawców, odrzucanie ofert, czy unieważnienie postępowania (art. 93 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Skoro nie budzi więc wątpliwości, iż wykonawca, który złożył ofertę dla kilku części danego zamówienia, może być wykluczony tylko w zakresie jednej z nich, gdyż dla niej np. nie wniósł wadium, nie spełnił warunku udziału w postępowaniu (gdy postawiono inne warunki dla różnych części) albo nie przedstawił dla danej części wszystkich wymaganych dokumentów, nie sposób również stwierdzić, iż do fragmentu przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczącej nieprzedłużenia wadium lub okresu związania ofertą, należy stosować inną zasadę postępowania. Dotyczy to również odrzucenia oferty, zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wystąpił tylko w stosunku do wybranych części zamówienia.

To zamawiający, który, z przyczyn od niego zależnych lub nie, nie zawrze umowy w pierwotnie określonym terminie związania ofertą, ponosi ryzyko nieprzedłużenia przez wykonawców tego terminu. Oczywiście jest, iż wykonawcy, znając już swoje prawdopodobne miejsce w rankingu ofert, kalkulując ponoszone koszty w stosunku do spodziewanych zysków, decydują o losie swojej oferty – czy ją podtrzymać lub czy podtrzymać ją w całości, a tym samym, czy ponieść koszty związane z wniesieniem wadium, jeśli prawdopodobieństwo uzyskania przez nich zamówienia jest znikome.

W odniesieniu do zarzutu odrzucenia oferty złożonej przez pana Macieja Pyraka, którą Zamawiający odrzucił ze względu na to, iż „złożone wyjaśnienia nie określają sposobu obliczenia ceny, nie można ocenić, czy oferta zawiera rażąco niską cenę dla części zamówienia o numerach I, III, IV, V, VI i VII” (art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) Izba uznała, iż zarzut ten częściowo się potwierdził. Jakkolwiek pismo z 16 stycznia 2009 r. pod nazwą „Wyjaśnienia Wykonawcy w trybie art. 90 ustawy z dnia 29.01.2004. Prawo zamówień publicznych” w znikomej części odnosi się do „wyjaśnienia dotyczącego elementów oferty mających wpływ na wysokość

ceny”, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, z treści tego pisma wynika jednoznacznie, iż podane przez Odwołującego ceny poszczególnych części są cenami netto. Biorąc zatem pod uwagę fakt, iż Zamawiający za prawidłowe i najkorzystniejsze uznał oferty, które przedstawiają niższe niż Odwołujący ceny netto, nierównym traktowaniem wykonawców jest uznanie, iż Odwołujący złożył ofertę z rażąco niską ceną lub, iż cen tych nie można porównać w celu stwierdzenia, czy cena Odwołującego jest rażąco niska.

Potwierdza się jednak także twierdzenie Zamawiającego o błędnej kwalifikacji podstawy odrzucenia oferty, ponieważ oferta Odwołującego podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny (czy też dokładniej – jej podaniu Zamawiającemu), a zatem stwierdzone uchybienie przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma wpływu na wynik postępowania.

Jak wynika z protokołu z 7 stycznia 2009 r. obrazującego przebieg aukcji, z wpisywanych przez wykonawców wartości nie wynikało, czy ceny podawane są cenami netto, czy też brutto. Skoro więc w chwili składania ofert w trakcie aukcji nie było wiadomo, iż podane ceny są cenami netto, Zamawiający nie mógł na podstawie samego oświadczenia złożonego już po aukcji ingerować w treść oferty Odwołującego i skorygować cen przez doliczenie VAT.

Zamawiający podane ceny traktował jak ceny brutto, zgodnie z definicją ceny zawartą w art. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tak też podał je w informacji o wyniku postępowania, czemu wykonawcy nie przeczyli (oprócz pana Mariana Głowackiego, który wcześniej wyjaśnił, iż podał cenę netto).

Zamawiający ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani w zaproszeniu do udziału w aukcji z 31 grudnia 2008 r., w którym odwołał się do instrukcji dotyczącej procesu rejestracji oraz aukcji elektronicznej zawartej na stronie operatora www.e-przetarg.pl/instrukcje/index.html, ani w samej tej instrukcji nie wskazał, iż należy się posługiwać ceną netto. Przywołany przez Odwołującego punkt 12.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnosi się wyłącznie do obliczenia ceny jednostkowej, którą rzeczywiście należało podać jako cenę netto. Jednak dalsza część

formularza cenowego, dla każdej z części, zawiera również dalsze obliczenia (wartość netto, stawka i kwota VAT), które prowadzą do uzyskania ceny finalnej, czyli „wartości oferty brutto”.

Również kryterium oceny ofert wskazane w punkcie 13.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnosi się do „ceny (wartości) oferty brutto 100%”. Zatem nie potwierdziło się twierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający wymagał podania cen oferty jako cen netto.

Zastrzeżenia dotyczące poprawności obliczenia wartości zamówienia i wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych są spóźnione, gdyż, zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, protest powinien zostać złożony w ciągu 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W stosunku do pozostałych wymienionych wykonawców zarzut postawiony przez pana Macieja Pyraka dotyczący „odrzućenia oferentów z postępowania w związku z brakiem złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1” nie został sformułowany w sposób, który pozwoliłby poznać cel, stanowisko i żądania Odwołującego w tej kwestii. Oferty tych wykonawców w podanych zadaniach zostały przez Zamawiającego odrzucone, a więc żądanie Odwołującego prawdopodobnie nie jest skierowane na ich odrzucenie. Z kolei Odwołujący nie ma interesu prawnego w obronie ofert konkurujących z nim wykonawców, gdyż, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej przez wykonawców jest ograniczony tylko do sytuacji uszczerbku w możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawcę wnoszącego dany środek ochrony prawnej, a nie jakikolwiek podmiot.

Tym samym nie potwierdził się zarzut nieprawidłowego wyboru ofert najkorzystniejszych.

Odwołujący nie wykazał również zaistnienia okoliczności skutkujących koniecznością unieważnienia postępowania. Należy także podkreślić, iż ewentualne uchybienia zaistniałe na etapie badania i oceny ofert byłyby w chwili obecnej wadami usuwalnymi, które Zamawiający mógłby skorygować poprzez powtórzenie tych czynności.

Zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 183 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wskazania uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu nie mógł być rozpatrywany jako nie ujęty w proteście. Zgodnie bowiem z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba rozpoznaje odwołanie wyłącznie w zakresie zarzutów podniesionych w proteście.

Zgodnie z art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów prawa, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Sytuacja taka w niniejszej sprawie nie zachodzi.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania na podstawie przedstawionych rachunków, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

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, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) 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:

.....

.....